

# **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 Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Trimestral

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

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

## ADMINISTRACIÓN

### **Ministerio de Justicia**

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

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

## VENTA Y DISTRIBUCIÓN

### **Librería de la Agencia Estatal 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 IV  
Octubre-diciembre, 2011

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2012

---

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

---

NIPO (AEBOE): 007-12-033-3  
NIPO (M. de Justicia): 051-12-004-8  
ISSN: 0210-301X  
Depósito legal: M-125-1958

---

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

## Aspectos contractuales de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre distribución de combustibles

**FERNANDO GÓMEZ POMAR**

Catedrático de Derecho Civil

**MARIAN GILI SALDAÑA**

Profesora Ayudante de Derecho Civil

Universitat Pompeu Fabra

### RESUMEN

*En los últimos años, la elevada litigación en torno a los contratos de distribución de combustibles ha despertado controversias jurídicas importantes. Aunque las materias relativas al Derecho de la competencia son las que han acaparado mayor espacio y atención en el debate, las cuestiones contractuales son igualmente relevantes e interfieren recíprocamente con las propiamente concurrenciales. Este trabajo analiza y sugiere el modo en que los tribunales debieran aproximarse a tres tipos de cuestiones aun relativamente abiertas en la jurisprudencia española a fin de conseguir que los resultados de aplicación de la normativa vigente sean satisfactorios tanto jurídica como económicamente: en primer lugar, cómo entender la asignación y distribución de riesgos en los contratos de distribución de carburantes; en segundo lugar, la incidencia de las cláusulas contractuales y prácticas que afectan al precio de venta final del combustible; finalmente, las consecuencias de la nulidad de dichos contratos por vulneración de la normativa de competencia así como sus efectos restitutorios y, eventualmente, indemnizatorios.*

### PALABRAS CLAVE

*Contratos de distribución de combustibles, Derecho de la competencia, asignación y distribución contractual de riesgos, cláusulas relativas al precio final del combustible, efectos de la nulidad de los contratos.*

## ABSTRACT

*In recent years, high litigation on oil distribution contracts has raised important legal disputes. Although matters relating to Competition Law are those that have attracted both more space and attention in the debate, contractual issues are equally important and mutually interfere with those of Competition Law. This paper analyzes and suggests how courts should approach three types of issues still unresolved in the case law of the Spanish Supreme Court so that the application of the current rules are both legally and economically satisfactory: first, how to understand the allocation and distribution of risks in oil distribution contracts; second, the importance of contractual terms and practices that affect the final price of oil; finally, the consequences of absolute nullity of such contracts for contravention of Competition Law as well as their restorative and, eventually, compensatory effects.*

## KEYWORDS

*Oil distribution contracts, Competition Law, contractual allocation of risks, price terms, effects of contract nullity.*

SUMARIO: 1. *Planteamiento y objeto de análisis.*—2. *Asignación y distribución de riesgos en los contratos de distribución de combustibles:* 2.1 *Determinación de la asignación contractual de riesgos.* 2.2 *Agencia genuina o no genuina.*—3. *Cláusulas relativas al precio de venta final del combustible.*—4. *Consecuencias de la nulidad de los contratos de distribución por vulneración del Derecho de la competencia:* 4.1 *Aplicabilidad del art. 1306.2 CC a la nulidad de los contratos de distribución de combustibles.* 4.2 *La difícil interpretación de la fórmula ser extraño a la causa torpe.* 4.3 *Alcance de la aplicación del art. 1306.2 CC a los contratos de distribución de combustibles.* 4.4 *Compatibilidad del art. 1306.2 CC con las sanciones públicas por vulneración de la normativa de competencia.* 4.5 *Problemas derivados de la aplicación del art. 1303 CC a los contratos de distribución de combustibles.*—5. *Bibliografía citada.*

## 1. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE ANÁLISIS

En los últimos años, la elevada litigación en torno a los contratos de distribución de combustibles no solo ha suscitado un alto grado de judicialización de un sector de la vida económica sino que también ha despertado controversias jurídicas importantes sobre algunas cuestiones asociadas a la misma.

Los antecedentes remotos de dicha litigación se remontan a momentos lejanos en el tiempo, concretamente a 1927 con la crea-

ción del monopolio estatal de petróleos<sup>1</sup>, que sería atribuido el 17 de octubre de ese mismo año a «Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos S.A.» (CAMPESA). Dicho monopolio fue reorganizado en julio de 1947<sup>2</sup>, reservándose al Estado la capacidad de otorgar concesiones para la práctica totalidad de las actividades de hidrocarburos y, a CAMPESA, la competencia exclusiva sobre las actividades de distribución y comercialización. En 1984 se inició la transición hacia la liberalización del sector de hidrocarburos<sup>3</sup> a fin de cumplir los estándares del Tratado de Adhesión a la Comunidad Económica Europea (en adelante, CEE), que fue firmado por España en 1985. La adaptación del monopolio de petróleos debía finalizar el 1 de enero de 1992 y exigía una regulación del acceso al comercio al por mayor y al por menor de los productos petrolíferos procedentes de la CEE<sup>4</sup>. Con esta finalidad se aprobaron el Estatuto regulador de la actividad de distribuidor al por mayor de productos petrolíferos importados de la CEE<sup>5</sup> y el Reglamento para el suministro y venta de gasolinas y gasóleo de automoción<sup>6</sup>, respectivamente.

Los problemas que se suscitan en la práctica versan sobre la conformidad de los contratos de distribución de combustibles celebrados en España con el Derecho europeo (y español) de la competencia y, en particular, con la prohibición de los acuerdos que restringen la competencia que establecía el art. 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, hecho en Roma el 25 de marzo de 1957 (en adelante, TCEE) –posteriormente, art. 81 de la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea<sup>7</sup> (en adelante, TCE) y, en la actualidad, art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>8</sup> (en adelante, TFUE)–, y con los Reglamentos y Directivas que el Consejo había adoptado, con base en la habilitación prevista en el art. 87 TCEE, para la aplicación de los principios enumerados en los arts. 85 y 86<sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> Real Decreto-ley núm. 1142, de 28 de junio de 1927 (*Gaceta de Madrid* de 30 de junio de 1927).

<sup>2</sup> Ley de 17 de julio de 1947 (*BOE* núm. 199, de 18 de julio de 1947).

<sup>3</sup> Ley 45/1984, de 17 de diciembre, de reordenación del sector petrolero (*BOE* núm. 302, de 18 de diciembre de 1984).

<sup>4</sup> Real Decreto-ley 5/1985, de 12 de diciembre, de adaptación del monopolio de petróleos (*BOE* núm. 298, de 13 de diciembre de 1985).

<sup>5</sup> Real Decreto 2401/1985, de 27 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto regulador de la actividad de distribuidor al por mayor de productos petrolíferos importados de la CEE (*BOE* núm. 312, de 30 de diciembre de 1985).

<sup>6</sup> Real Decreto 645/1988, de 24 de junio, por el que se aprueba el Reglamento para el suministro y venta de gasolinas y gasóleo de automoción (*BOE* núm. 152, de 25 de junio de 1988).

<sup>7</sup> *DO* n.º C 325, de 24 de diciembre de 2002.

<sup>8</sup> *DOUE* n.º C 83/47, de 30 de marzo de 2010.

<sup>9</sup> Reglamento núm. 17/62/CEE del Consejo, de 21 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (*DOCE* n.º L 13, de 21 de febrero de 1962); Reglamento núm. 19/65/CEE del Consejo, de 2 de marzo de 1965, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas (*DO* n.º 36, de 6 de marzo de 1965); Reglamento núm. 1984/1983/CEE de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apar-

Aunque las materias relativas al Derecho de la competencia son las que han acaparado mayor espacio y atención en el debate, las cuestiones contractuales son igualmente relevantes e interfieren recíprocamente con las propiamente concurrenciales. Así, si la vulneración de la normativa de competencia tiene, lógicamente, efectos contractuales, las reglas y resultados interpretativos del ámbito contractual tienen a su vez efectos sobre la aplicación del Derecho de la competencia.

Este trabajo analiza y sugiere el modo en que los tribunales debieran aproximarse a tres tipos de cuestiones aún relativamente abiertas en la jurisprudencia española –cómo entender la asignación y distribución de riesgos en los contratos de distribución de carburantes, la incidencia de las cláusulas contractuales y prácticas que afectan al precio de venta final del combustible, y las consecuencias de la nulidad de dichos contratos por vulneración de la normativa de competencia así como sus efectos restitutorios y, eventualmente, indemnizatorios–, a fin de conseguir que los resultados de aplicación de la normativa vigente sean satisfactorios tanto jurídica como económicamente.

La cuestión puede parecer un tanto abstrusa y acaso desconectada de los problemas centrales del Derecho privado patrimonial. Esta primera impresión no es cierta, sin embargo. Creemos que el análisis de las cuestiones abiertas en esta nutrida jurisprudencia en materia de contratos de distribución de combustibles ofrece ángulos de apreciable interés desde una perspectiva general. En varios sentidos, además, que afectan, entendemos, de modo relevante al papel actual del Derecho privado en una economía desarrollada.

En primer lugar, porque nos encontramos con una muestra muy destacada de cláusulas y prácticas contractuales en un sector muy definido y acotado de la actividad económica, que permite una consideración en profundidad de las razones y consecuencias económicas de distintos modos jurídicos de acercarse y entender

---

tado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva (en adelante, Reglamento 1984/83/CEE; *DO* n.º L 281, de 13 de octubre de 1983); Reglamento núm. 123/85/CEE de la Comisión, de 12 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles (*DO* n.º L 15, de 18 de enero de 1985); y Reglamento núm. 2790/99/CE de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (en adelante, Reglamento 2790/99/CE; *DO* n.º L 336, de 29 de diciembre de 1999), que fue sustituido por el Reglamento (UE) núm. 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (*DOUE* n.º L 102/1, de 23 de abril de 2010).

los contratos. En otras palabras, se ofrece al privatista un espacio de estudio rico y bien delimitado para contrastar las herramientas de entendimiento jurídico del contrato y su virtualidad en un sector económico. En segundo lugar, porque nos hallamos ante un escenario en el cual el Derecho privado aparece en una función instrumental en relación con la aplicación de normas de Derecho público que son las que explican el conflicto contractual. De algún modo aparecen los efectos de Derecho privado *al servicio* de los objetivos de un cierto grupo de normas de Derecho público ordenador de la vida económica, en este caso las de competencia. Esta interacción, nos parece, resulta especialmente interesante y reveladora de las posibilidades *instrumentales* del Derecho privado para la plena efectividad de objetivos de política jurídica general. Por último, nos hallamos ante un campo de pruebas especialmente complejo en relación con un grupo variado de normas contractuales que no han recibido excesiva atención teórica, las que se refieren a las consecuencias de la ineficacia contractual, en especial cuando éstas han de ligarse al fundamento último que explica la ineficacia.

En este trabajo, no obstante, no nos ocuparemos de varias cuestiones, relevantes incluso, en conexión con los casos que sirven de origen a este estudio, pero que se pueden sustancialmente dar ya por resueltas y asentadas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo o, simplemente, desbordan el alcance prioritario del objeto de análisis. Así, por ejemplo, queremos dejar fuera del ámbito de este trabajo, en primer lugar, la doctrina jurisprudencial que sostiene la nulidad total del contrato –y no la simple nulidad parcial acompañada de integración parcial y jurisprudencial de las cláusulas nulas– cuando las cláusulas que afectan a la duración temporal del pacto de exclusiva y al margen de libertad del concesionario en el precio de venta final se entienden contrarias al Derecho de la competencia.

Algunos ejemplos de esta doctrina pueden verse en las SSTs, 1.<sup>a</sup>, 2 de junio de 2000 (Ar. 5092; MP: Francisco Marín Castán) y 3 de octubre de 2007 (Ar. 2922; MP: Juan Antonio Xiol Ríos). El primer caso versaba sobre un contrato de concesión mercantil por el cual José Carlos adquiriría la explotación de una estación de servicio propiedad de «Distribuidora Industrial, S.A.» (DISA), quien además se encargaría de suministrar los carburantes y lubricantes. Sin embargo, DISA acabaría celebrando otro contrato relativo a la estación de servicio con «Prodalca España, S.A.». Juan Carlos demandó a DISA y a «Prodalca España, S.A.» por incumplimiento contractual, y solicitó que se declarara la validez y eficacia del contrato, que se declarara la nulidad de cualquier relación jurídica

entre las dos sociedades codemandadas, que se le entregara la estación de servicio y que se condenara a las demandadas al pago de una indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Las Palmas de Gran Canaria estimó en parte la demanda, absolvió a «Prodalca España, S.A.», declaró la validez del contrato y, tras desestimar la pretensión de cumplimiento por imposibilidad de entrega de la estación de servicio, condenó a DISA al pago de una indemnización de daños y perjuicios a determinar en ejecución de sentencia. La Audiencia Provincial de Las Palmas confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por Juan Carlos y estimó el de DISA. Para el Tribunal, el contrato era nulo *ex art. 6.3 CC*, pues incluía cláusulas contractuales incompatibles con las condiciones del Reglamento 1984/83/CEE, como la imposición al revendedor de una obligación de compra exclusiva al proveedor y unos precios controlados por este último. La nulidad debía ser, además, total, porque «(...) las cláusulas incompatibles con el Derecho comunitario no pueden considerarse separables, ni sería tampoco posible obligar a las partes a renegociarlas con vistas a iniciar una relación sobre bases que serían sustancialmente distintas de las establecidas. (...) En definitiva, procede la nulidad de pleno derecho porque la supresión de las cláusulas contrarias al Derecho comunitario alteraría por completo la economía del contrato» (FD 7.º)<sup>10</sup>.

El segundo caso tenía por objeto un contrato de imagen, suministro, colaboración técnica y comercial entre «Cepsa Estaciones de Servicio, S.A.» y «Estación de Servicio Polígono de Baeza, S.A.». Ante la falta de pago de las facturas de suministros y el incumplimiento del pacto de exclusividad y de los precios de venta al público prefijados, «Cepsa Estaciones de Servicio, S.A.» demandó a «Estación de Servicio Polígono de Baeza, S.A.» y solicitó que se declarara el incumplimiento del contrato, la condena a su cumplimiento y, de no ser posible, su resolución. El Juzgado de Primera Instancia de Baeza desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Jaén confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. Para el Tribunal, el contrato era nulo, pues incluía una condición suspensiva que hacía que la duración del contrato excediera el plazo máximo de diez años previsto en el Reglamento 1984/83/CEE; además, los precios de venta al público de carburantes eran fijados por la actora, se concedían condiciones más favorables a otros suministradores y se fijaban condiciones por unidad de suministro y no de estación de servicio. Dado que dichas cláusulas contractuales afectaban al alcance temporal del pacto de exclusividad y demás condiciones del contrato restrictivas de la competencia, así como a la liber-

---

<sup>10</sup> Sentencia comentada por MERCADAL VIDAL, FRANCISCO, «Derecho europeo de la competencia: contrato relativo a la explotación de una estación de servicio; nulidad de pleno derecho por violación de Tratado de Roma y del Reglamento de exención por categorías apreciada por el juez español; remisión al ordenamiento», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 55, 2001, pp. 87-120.

tad del concesionario para la fijación de los precios, no podía aceptarse que tuvieran «(...) carácter accesorio en relación con el conjunto del contrato; antes bien, su trascendencia resulta[ba] evidente»<sup>11</sup> (FD 9.º)<sup>12</sup>.

Nótese, sin embargo, que algunas sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid han sostenido, con base en el principio de conservación del contrato y a fin de evitar un perjuicio importante para el proveedor que ha realizado inversiones iniciales importantes en el inmueble del distribuidor, que los casos de contravención de la normativa comunitaria por infracción de la duración máxima de la cláusula de exclusiva no deben resolverse mediante la nulidad total del contrato sino por medio de la simple reducción de la duración pactada a la máxima permitida. De acuerdo con la SAP Madrid 27 de octubre de 2006 (AC 2007\84; MP: Enrique García García), «(...) si el contrato era válido bajo la normativa al amparo de la cual fue estipulado no puede devenir luego nulo en su integridad (...) por la modificación normativa posterior (Reglamento 2790/1999) (...). [L]a solución no vendría por la nulidad radical de toda la operación (...) sino por vía de la consensuada adaptación del contrato a la duración máxima que derivaba del nuevo Regla-

---

<sup>11</sup> Véase un comentario a esta sentencia en PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles, «Sentencia de 3 de octubre de 2007: Nulidad de pleno derecho de contrato de abanderamiento por infracción de Reglamento comunitario», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 77, 2008, pp. 761-799, especialmente pp. 784-790. Para la autora, las afirmaciones del Tribunal Supremo acerca de la inseparabilidad de las cláusulas contrarias al Derecho comunitario son coherentes con el resultado al que se pretende llegar si se tiene en cuenta que la finalidad perseguida por la norma que establece la prohibición –a saber, evitar que se adopten acuerdos, decisiones y prácticas contrarias a la libre competencia– se consigue mejor con la nulidad total del contrato. Ahora bien, desde el punto de vista de los resultados para el mercado, se decanta por una argumentación alternativa: «[s]i el contrato se considera[ra] ineficaz parcialmente (...), los distribuidores mayoristas estarían vinculados por un contrato que permitiría un mayor número de estaciones de servicio a disposición de los consumidores, sin que los minoristas estuvieran vinculados por el contenido contrario a la prohibición, que es en definitiva lo que se pretende con la misma (...)».

<sup>12</sup> En un mismo sentido, SSTS, 1.ª, 20 de noviembre de 2008 (Ar. 140; MP: Jesús Corbal Fernández), 15 de abril de 2009 (Ar. 1765; MP: Jesús Corbal Fernández), 30 de junio de 2009 (Ar. 5563; MP: Jesús Corbal Fernández), 30 de junio de 2009 (Ar. 4704; MP: Francisco Marín Castán) y 30 de julio de 2009 [Ar. 4580; MP: Jesús Corbal Fernández; comentada por PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Sentencia de 30 de julio de 2009: Nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho antitrust. La aplicación del Derecho de la libre competencia por los órganos jurisdiccionales del orden civil. La nulidad total y parcial del contrato anticoncurrencial. La causa torpe y la culpabilidad de las partes en el art. 1.306.2.º del Código Civil. Consecuencias restitutorias de la nulidad», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 83, 2010, pp. 1045-1072, especialmente pp. 1068-1069, para quien hubiese sido procedente la declaración de nulidad parcial del contrato que solicitaba el recurrente y no la total que declaró el Tribunal Supremo, pues «(...) un contrato de franquicia en el que el franquiciador sólo tiene la facultad de recomendar precios y de fijar precios máximos (pero no mínimos) es un contrato (...) perfectamente razonable desde el punto de vista jurídico y económico (...) y, desde luego, es un negocio con la misma causa y merecedor de la misma calificación que el original. Igualmente, (...) la supresión de la cláusula de fijación de precios mínimos, aunque hipotéticamente pudiese alterar (...) el resultado económico del contrato, (...) no [lo] convierte (...) en excesivamente oneroso para una de las partes. En cuanto a (...) si pueden existir dudas acerca de la regulación que hubiesen querido las partes tras la eliminación de la facultad de fijar precios mínimos (...), resulta evidente que su deseo hubiese sido la situación más cercana posible a la pactada, dentro de la legalidad concurrencial, esto es, la conservación para el franquiciador del poder de recomendar precios y de fijar precios máximos para algunos artículos»].

mento (cinco años) o en su defecto, si no se aprovechase el plazo para ello previsto (disposición transitoria del nuevo Reglamento), por considerar que la duración de la cláusula de exclusiva de suministro quedaría limitada al máximo establecido en la nueva regulación, lo que supondría que expiraría a los cinco años desde la entrada en vigor de la modificación legal (...)» (FD 8.º)<sup>13</sup>.

Tampoco pretendemos ocuparnos, en segundo lugar, de la doctrina jurisprudencial que, en este ámbito de los contratos de distribución de combustibles, tan solo permite, al amparo del art. 6.3 CC, solicitar judicialmente la nulidad del contrato, pero no la modificación del régimen contractual pactado, cuando unas determinadas cláusulas contractuales contravienen el Derecho de la competencia.

Son ilustrativas, en este sentido, las SSTs, 1.ª, 23 de junio de 2009 (Ar. 4231; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel), 29 de junio de 2009 (Ar. 4242; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel<sup>14</sup>), 24 de febrero de 2010 (RJ 2010\1404; MP: Francisco Marín Castán), 22 de marzo de 2010 (Ar. 3917; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel), 6 de septiembre de 2010 (Ar. 6954; MP: Francisco Marín Castán), 28 de septiembre de 2010 (Ar. 7142; MP: Francisco Marín Castán), 18 de febrero de 2011 (Ar. 2360; MP: Francisco Marín Castán) y 31 de marzo de 2011 (Ar. 3437; MP: Francisco Marín Castán). Los hechos que se planteaban en todas ellas eran los siguientes: la sociedad demandante, arrendataria de una estación de servicio propiedad de la sociedad demandada, quien a su vez la abastecía de productos petrolíferos de forma exclusiva y percibía una comisión por las ventas, solicitaba, por un lado, que los contratos celebrados entre ambas –denominados de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento o de abanderamiento– se declararan sujetos al régimen de compra en firme o reventa por aplicación del Derecho comunitario y, por otro lado, que se condenara a la demandada al pago de una indemnización de daños y perjuicios consistente en la diferencia entre el precio efectivamente abonado por la estación de servicio y los precios ofrecidos por otros operadores en régimen de compra en firme o reventa a estaciones de servicio de características similares desde el 1 de junio de 2000, fecha en que había entrado en vigor el Reglamento 2790/99/CE. Dicho en otros términos, pretendían que los contratos celebrados bajo la vigencia del Reglamento 1984/83/CEE se transformaran en unos contratos diferentes por aplicación del

<sup>13</sup> En un mismo sentido, SSAP Madrid 8 de marzo de 2007 (AC 2007\1812; MP: Rafael Saraza Jimena), 28 de marzo de 2007 [AC 2007\1755; MP: Gregorio Plaza González; confirmada por la STS, 1.ª, 10 de mayo de 2011 (Ar. 3852; MP: Jesús Corbal Fernández)] y 13 de octubre de 2008 (AC 2009\171; MP: Enrique García García).

<sup>14</sup> Véase un comentario a esta sentencia en 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», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010, pp. 1339-1368.

Reglamento 2790/99/CE, pero sin instar la nulidad de los contratos inicialmente celebrados por incompatibilidad con el art. 81 TCE. Para el Tribunal Supremo, el cambio de reglamentación contractual pretendido por las demandantes chocaba con la regla *pacta sunt servanda* (art. 1091 CC), no estaba previsto en los contratos litigiosos y, además, carecía de apoyo legal, pues la sanción que el art. 81.2 TCE vinculaba a los acuerdos a los que resultase de aplicación el art. 81.1 TCE era la nulidad de pleno derecho.

Finalmente, tampoco abordaremos aquí la doctrina jurisprudencial que considera que la nulidad de un contrato contrario al Derecho de la competencia se contagia y arrastra consigo, en cascada o en cadena, los contratos conexos, preparatorios o *contemplados unitariamente en cuanto al fin de la operación económica pretendida* como, por ejemplo, la constitución de un derecho real limitado o una opción de compra.

Constituye una buena muestra de esta doctrina la STS, 1.<sup>a</sup>, 30 de junio de 2009 (Ar. 5563; MP: Jesús Corbal Fernández), en la que se discutía la aplicación del Reglamento 2790/99/CE a la cláusula de exclusividad de veinticinco años prevista en el contrato de arrendamiento de industria y compra en exclusiva que habían suscrito «Rentan Vencan, S.L.» –propietaria del suelo y constituyente de un derecho de superficie– y «Canoven, S.L.» –arrendataria de la estación de servicio y compradora y revendedora de combustibles– con «Shell España, S.A.» –superficiaria, arrendadora de la estación de servicio y proveedora de combustibles–. Mientras que para la proveedora no era necesario adaptar el contrato porque éste se ajustaba al Reglamento 1984/83/CEE, la propietaria del suelo y la arrendataria alegaban que eran empresas vinculadas *ex art. 11* del Reglamento 2790/99/CE y, por tanto, resultaba de aplicación el art. 5 a) de dicho Reglamento, que excluía la limitación temporal de cinco años cuando «(...) los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales o terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del periodo de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador». El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia desestimó la demanda por falta de vinculación entre las actoras y declaró la validez de los contratos. La Audiencia Provincial de Valencia confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación y declaró tanto la nulidad del contrato de arrendamiento de industria y compra en exclusiva, tanto como del contrato de superficie: «[e]l que (...) tengan una función económico-social diferente, y no coincidan los otorgantes, no obsta a que se hallen íntimamente relacionados –combinados o entrelazados– e incluso vinculados (recíprocamente condicionados), hasta el punto de que no se habría celebrado el uno sin el otro. Una cosa es que no coincida la

causa, y otra diferente que no respondan al mismo fin. Resulta incontrovertible que Renta Vencan S.L. no habría concedido el derecho de superficie, si no estuviera ya convenido que el objeto de éste (Estación de Servicio) se arrendaría por la superficiaria a Canoven, S.L.» (FD 4.º)<sup>15</sup>.

Esta línea jurisprudencial es menos estable y consolidada que las anteriores, pues hay también jurisprudencia que, a diferencia de la que se acaba de reseñar, opta por la independencia de los contratos conexos, preparatorios o *contemplados unitariamente en cuanto al fin de la operación económica pretendida* y niega la conexión causal entre los contratos contrarios al Derecho de la competencia y los que tienen por objeto –en el sentido de los arts. 1271 a 1273 CC– la estación de servicio.

Un ejemplo de esta doctrina puede verse en la STS, 1.ª, 25 de octubre de 2007 (Ar. 8259; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), que analizaba la posible comunicación de los efectos de la resolución de un contrato de arrendamiento de industria y suministro en exclusiva a un contrato anterior de compraventa de estación de servicio. El Tribunal Supremo confirmó el pronunciamiento de las sentencias de instancia y declaró que los contratos celebrados por las partes «(...) constituían negocios jurídicos diferenciados e independientes (...), permaneciendo cada uno de ellos ajeno a los efectos y consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones derivadas del otro contrato». Además, «(...) la previsión de la celebración del posterior contrato de arrendamiento de industria y de venta en exclusiva únicamente [aparecía] como el compromiso que asumía la compradora de presentar (...) un contrato con dicho objeto (...), pero (...) tal compromiso no autoriza (...) a considerar que este negocio jurídico, juntamente con el que posteriormente había de perfeccionarse, conformaban una unidad compleja con causa única, ni, en fin, a identificar ésta con la motivación que inspiró el planteamiento de la operación en términos económicos –que no quedaba, por tanto, causalizada–, o con la finalidad económica última perseguida por las partes, pues la razón de ser del primer negocio jurídico subsistía aun cuando el segundo no llegase a tener lugar, o cuando, habiéndose perfeccionado y, en su caso, consumado, deviniera ineficaz» (FD 2.º)<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Para un análisis de su confrontación con la STS, 1.ª, 30 de junio de 2009 (Ar. 4704; MP: Francisco Marín Castán), véase ARGUDO PÉREZ, «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», cit., pp. 1355 ss.

<sup>16</sup> Véanse, asimismo, la STS, 1.ª, 30 de junio de 2009 (Ar. 4704; MP: Francisco Marín Castán) y la SAP Madrid 15 de febrero de 2010 (AC 2010\508; MP: José Vicente Zapater Ferrer).

## 2. ASIGNACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLES

La cuestión del reparto de los riesgos dimanantes de la actividad de distribución de combustibles ha desempeñado un papel central en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los litigios entre distribuidores y proveedores.

De modo general, en Derecho de contratos, la noción de *riesgo* o *riesgos* es equívoca, pues se contempla y aplica en situaciones y en relación con eventos muy dispares.

Así, por ejemplo, en el contrato de compraventa, el *riesgo* se refiere al impacto negativo de la pérdida o deterioro de la cosa vendida antes de la entrega<sup>17</sup>; en el contrato de transporte, hace refe-

---

<sup>17</sup> En este sentido, arts. 66-70 de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (en adelante, Convenio de Viena). El Convenio de Viena prevé dos supuestos especiales: la compraventa que implica el transporte de las mercaderías y la compraventa de mercaderías en tránsito. En el resto de casos, el riesgo se traspaasa al comprador cuando éste se hace cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, cuando las mercancías se ponen a su disposición e incumple el contrato al rechazar su recepción. Si el contrato versa sobre mercancías no identificadas, se considerarán puestas a disposición del comprador cuando estén identificadas a los efectos del contrato y se pueda considerar que el riesgo de su pérdida ha pasado a ser del comprador (sobre esta cuestión, ALCOVER GARAU, Guillermo, *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil: derecho español e internacional*, Civitas, Madrid, 1991; OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías: el régimen jurídico del Convenio de Viena y sus primeras aplicaciones jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; TAMAYO CARMONA, Juan A., *Responsabilidad y riesgo contractual: normas de la Convención de Viena sobre venta internacional de mercaderías e incoterms 2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002). Véanse asimismo, aunque no mencionan expresamente el término *riesgo*, los arts. 1452 CC y 333-335 CCom. El art. 1452 CC prevé dos regímenes distintos: el primero, regulado en sus dos primeros apartados, se refiere a las ventas de cosas específicas por precio concreto y a las ventas de cosas genéricas o fungibles hechas aisladamente. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, el riesgo aquí es del comprador (*periculum est emptoris*), quien además de quedarse sin la cosa —si ésta se pierde— o soportar su deterioro, deberá pagar el precio o no podrá recuperarlo si ya lo había pagado. El segundo, regulado en el tercer apartado de dicho precepto, se refiere a las ventas de cosas fungibles por un precio fijado con relación al peso, número o medida, en cuyo caso el riesgo solo se transmite al comprador una vez que las mercancías se han pesado, contado o medido, salvo mora del comprador (para un análisis del régimen de transmisión de riesgos en el Código civil español véanse, por todos, COSSÍO, Alfonso de, «Los riesgos en la compraventa civil y mercantil», *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 361 ss.; íd., «La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas», *Anuario de Derecho civil*, 1953, pp. 587 ss.; ALONSO PÉREZ, Mariano, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972; PINTÓ RUIZ, José Juan, «Resolución del contrato y la regla *periculum est emptoris*», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 74, núm. 4, 1975, pp. 693 ss.; DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 4, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2010, pp. 111 ss. El art. 333 CCom también atribuye al comprador los daños y menoscabos que sobrevengan a las mercaderías, salvo en los casos de dolo o negligencia del vendedor. Sin embargo, el art. 334 CCom establece una serie de excepciones a la regla anterior, pues si la venta se hizo por número, peso o medida, o la cosa vendida no estaba determinada, el comprador podía reconocerla y examinarla previamente, o el contrato incluía la condición de no entregarla hasta que adquiriese unas condiciones determinadas, los riesgos irán a cargo del vendedor, incluso en los supuestos de caso fortuito.

rencia a la pérdida o avería de la mercadería transportada<sup>18</sup>; y, en los contratos de colaboración o colaboración-distribución, alude al impacto negativo del incumplimiento del contrato por parte del tercero o riesgo de cobro<sup>19</sup>.

Sin embargo, es en este ámbito en el cual la cuestión relativa a los riesgos, en un sentido económico, tiene un alcance y trascendencia mayores. De hecho, el contrato se define, en buena medida, como un plan de asignación de riesgos de eventos futuros que trata de determinar cuáles son los incentivos de conducta y la cobertura de riesgos más deseable para las partes. Técnicamente, sería una función o *mapping* entre contingencias futuras y conductas de los contratantes, de manera que el coste o beneficio asociado a cada contingencia no se atribuiría a una sola de las partes, sino que se repartiría entre ellas.

Por ejemplo, en un contrato de trabajo, el empleador no asume el riesgo de que el coste de prestar que pueda sufrir el empleado aumente, sino que lo asume el propio trabajador, salvo enfermedad o accidente. Por tanto, el trabajador no puede exigir un aumento de la retribución porque la prestación le resulte ahora más costosa, ya sea porque ha de aprender una nueva tecnología, o un nuevo marco legal. Asimismo, en un préstamo hipotecario a tipo fijo, el prestatario no asume el riesgo financiero de los tipos de interés pero sí el riesgo de pérdida de valor del inmueble hipotecado y el riesgo de reducción de sus ingresos futuros (arts. 1911 CC y 140 LH).

Esta asignación de riesgos es mucho más que una atribución contractual explícita o una atribución implícita deducida de la calificación o caracterización tipológica (concesión, agencia, etc.) de la relación contractual. La concreta asignación de riesgos en las circunstancias económicas en que se desarrolla el contrato permite

---

<sup>18</sup> Véase una referencia a *riesgo y ventura del cargador* en el antiguo art. 361 CCom, que ha sido derogado por la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (BOE núm. 273, de 12 de noviembre de 2009; en adelante, Ley 15/2009). En la actualidad, los arts. 47 a 49 de la Ley 15/2009 regulan los supuestos en los que el porteador responde de la pérdida de las mercancías, así como varias causas y presunciones de exoneración de responsabilidad. Según la regla general, el porteador responde de la pérdida total o parcial de las mercancías, y de las averías que sufran, desde el momento de su recepción para el transporte hasta el de su entrega en destino, así como de los daños derivados del retraso en la ejecución del transporte. Ahora bien, quedará exonerado de responsabilidad si prueba que dicha pérdida, avería o retraso fueron debidos a la culpa del cargador o del destinatario, a una instrucción de éstos no motivada por una acción negligente del porteador, a un vicio propio de las mercancías o a circunstancias que no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir.

<sup>19</sup> El art. 272 CCom establece que si el comisionista percibe, además de la comisión ordinaria por la venta, otra comisión llamada de garantía, correrán de su cuenta los riesgos de la cobranza. Asimismo, el art. 19 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia (BOE núm. 129, de 29 de mayo de 1992; en adelante, LCA) señala que será nulo el pacto por el cual el agente asuma el riesgo y ventura de uno, de varios o de la totalidad de los actos u operaciones promovidos o concluidos por cuenta de un empresario, si no consta por escrito y expresa la comisión a percibir.

reconstruir el plan contractual querido por las partes. Además, dado que el contrato es por definición voluntario, la distribución de riesgos acordada será presumiblemente la que maximizará el valor del excedente contractual conjunto y, presuponiendo que no haya efectos externos –un supuesto sin duda exigente en ámbitos relevantes para la estructura competitiva del mercado, pero no en los demás–, también será eficiente desde el punto de vista global. Cuando pueda haber tales efectos externos –en términos económicos, pero también jurídicos–, se deberá llevar a cabo un análisis pormenorizado –sin recurrir a la técnica de la inserción en categorías– de la asignación de riesgos y examinar cuál tiene o está abocada a tener un efecto negativo, pues solo las asignaciones que produzcan tales efectos se deberán considerar problemáticas.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre distribución de carburantes no es particularmente acertada en esta materia al menos por dos tipos de razones: de un lado, porque considera que la determinación de la asignación contractual de riesgos es una cuestión *netamente jurídica* y, de otro, porque parece hacer descansar la calificación del contrato de distribución como agencia *genuina o verdadera* o agencia *no genuina o espuria* –lo que, se verá, tiene importantes efectos jurídicos– simplemente en el examen de tales riesgos.

## 2.1 Determinación de la asignación contractual de riesgos

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre cómo debía valorarse la concreta asignación de riesgos en el ámbito de los contratos de distribución de combustibles en el asunto *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES) c. Compañía Española de Petróleos, S.A. (CEPSA)*<sup>20</sup>. Los hechos que se planteaban en el caso eran los siguientes: el 4 de mayo de 1995, la CEEES había presentado ante el Servicio de Defensa de la Competencia una denuncia contra CEPSA por considerar que los contratos que dicha compañía había celebrado a finales de 1992 con las empresas titulares de las estaciones de servicio –denominados de compra en firme y, posteriormente, de comisión de venta en garantía o de agencia– eran restrictivos de la competencia. El Servicio de Defensa de la Competencia, mediante Decisión de 7 de noviembre de 1995, acordó su sobreseimiento alegando la imposibilidad de aplicar el art. 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia<sup>21</sup> (en adelante, LDC), a los contratos celebrados

<sup>20</sup> STJCE 14 de octubre de 2006 (TJCE 2006\370; MP: U. Iöhmus).

<sup>21</sup> BOE núm. 170, de 18 de julio de 1989.

por comisionistas, agentes comerciales o intermediarios con otros empresarios. Dicha Decisión fue confirmada, en primer lugar, por Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de abril de 1998 y, posteriormente, por sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de enero de 2002. La CEEES presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción del art. 85.1 TCEE y del Reglamento 1984/83/CEE. El Alto Tribunal decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas una cuestión prejudicial a fin de determinar si los contratos de distribución en exclusiva de carburantes que reunían unas determinadas características caían dentro del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria.

Los acuerdos verticales –como los contratos que vinculan a proveedores y titulares de estaciones de servicio– solo entran en el ámbito de aplicación del art. 101 TFUE –antiguos arts. 85 TCEE y 81 TCE– cuando los sujetos que intervienen son operadores económicos independientes o, dicho en otros términos, se trata de acuerdos entre dos empresas, entendiéndose por tales aquellas entidades que constituyen unidades económicas desde el punto de vista del objeto del acuerdo<sup>22</sup>. En ocasiones, las relaciones entre un comitente –un distribuidor de carburantes– y su intermediario –el titular de una estación de servicio– pueden configurarse de este modo. Sin embargo, cuando el titular de una estación de servicio no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado porque depende completamente del proveedor de combustibles, quien asume todos los riesgos financieros y comerciales de la actividad económica, se entiende que opera como un auxiliar integrado en la empresa del proveedor y, por tanto, no resulta de aplicación la prohibición prevista en el art. 101 TFUE<sup>23</sup>.

Según el Tribunal, el elemento decisivo para determinar si el titular de una estación de servicio era un operador económico independiente residía «(...) en el contrato celebrado con el comitente y, concretamente, en las cláusulas tácitas o expresas (...) relativas a la asunción de los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de los productos a terceros. (...) [L]a cuestión del riesgo debe ser analizada caso por caso y teniendo en cuenta la realidad económica más que la calificación jurídica de la relación contractual en el Derecho interno» (Apdo. 46).

<sup>22</sup> Sobre el concepto de empresa en el contexto del Derecho comunitario de la competencia pueden verse las SSTJCE 23 de abril de 1991 (TJCE 1991\1180; MP: Paul J. G. Kapteyn) y 11 de julio de 2006 (TJCE 2006\195; MP: S. von Bahr).

<sup>23</sup> Sobre la condición de empresario independiente puede verse ARGUDO PÉRIZ, *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*, cit., pp. 1347 ss.

El juez nacional debía valorar dos tipos de riesgos: por un lado, los riesgos vinculados a la venta de los productos y, por otro lado, los riesgos vinculados a las inversiones específicas del mercado. Dentro de la primera categoría se debía tomar en consideración si el titular de la estación de servicio adquiriría la propiedad de los productos antes de su venta a terceros y si asumía los costes relativos a su distribución –en particular, los costes de transporte–, los gastos relativos a su conservación, la responsabilidad por los daños que pudieran sufrir como consecuencia de su pérdida o deterioro –independientemente del cumplimiento o no de la obligación de conservarlos en condiciones adecuadas–, la responsabilidad por los daños y perjuicios que pudieran causar a terceros, el riesgo financiero a falta de comprador para el carburante o en caso de pago diferido por utilización de tarjetas de crédito, etc. Y, dentro de la segunda categoría, si asumía el riesgo financiero al realizar inversiones específicas relacionadas con la venta de los productos o inversiones en acciones de promoción. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas concluyó que «[e]l artículo 85 del Tratado CEE (...) se aplicará a un contrato de distribución en exclusiva de carburantes y combustibles (...) celebrado entre un suministrador y un titular de una estación de servicio, cuando este titular asuma, en una proporción no insignificante, uno o varios riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de terceros (...)»<sup>24</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sostenido reiteradamente que la concreta asignación de riesgos entre las partes es una cuestión jurídica cuya determinación se debe realizar mediante el examen de las cláusulas del contrato, sin entrar a valorar la entidad efectiva de los riesgos asumidos en la realidad o las circunstancias reales que permitan apreciar que el reparto de riesgos es distinto del que se desprende del clausulado contractual.

La línea adoptada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo puede verse en la STS, 3.<sup>a</sup>, 4 de mayo de 2007 (Ar. 2097; MP: Manuel Campos Sánchez Bordona), donde el Alto Tribunal afirmó que «(...) lo que se trata es precisamente de decidir si el contrato así pactado, tras el examen de todas sus especificaciones, se inscribe dentro de un tipo negocial o de otro. A estos efectos, tampoco podrán calificarse de decisivas determinadas referencias nominales (por ejemplo, la relativa a la actuación *por cuenta de*) cuando el conjunto de los rasgos contractuales desvirtúe las conclusiones que de aquella mera referencia nominal pudieran extraerse». Para el Tribunal, la asunción de riesgos significativos, junto con la obligación del titular

<sup>24</sup> Este criterio sería reafirmado por la SSTJCE 11 de septiembre de 2008 (TJCE 2008\203; MP: U. Iöhmus).

de la estación de servicio de respetar el precio final de venta al público fijado por el suministrador, eran factores que denotaban que los contratos de distribución no se podían beneficiar de la exención prevista en el Reglamento 1984/83/CEE. En el caso, el titular de la estación de servicio había asumido los siguientes riesgos significativos: «en primer lugar, (...) ha de pagar la mercancía entregada asumiendo el riesgo comercial correspondiente a la diferencia entre las cantidades suministradas y las efectivamente vendidas a los clientes. (...) En segundo lugar, (...) asume en exclusiva los riesgos del producto (pérdidas, fugas, diferencias de volumen por factores ligados a la temperatura o evaporación, etc.) desde que le es suministrado, incluso si los conserva en condiciones adecuadas. A partir del momento de la entrega del producto, y sea cual sea el momento en que éste sea vendido al consumidor final, el titular de la estación de servicio lo habrá abonado por la cantidad que se le suministró, que puede no coincidir con la que él mismo venderá a los consumidores cuando el combustible sufra una minoración de su volumen a consecuencia de las alteraciones de temperatura, o sufra las mermas y pérdidas de otros factores. El dato de que estas variaciones –volumétricas o de distinto signo– no se produzcan en cantidades importantes no es óbice a la consideración, netamente jurídica, de que existe el riesgo y que es asumido por el titular de la estación de servicio. Asume (...) igualmente los riesgos derivados de los daños que los productos puedan causar a terceros mientras se encuentren en sus instalaciones, también en los supuestos de caso fortuito» (FD 16.º)<sup>25</sup>.

En cambio, la Sala Primera se expresa en términos más favorables a considerar el contexto económico real por encima de la calificación jurídica, aunque su análisis es, en último extremo, similar al de la Sala Tercera en cuanto a formalismo.

Un claro exponente de la línea seguida por la Sala Primera del Tribunal Supremo puede verse en la STS, 1.ª, 20 de noviembre de 2008 (Ar. 140; MP: Jesús Corbal Fernández), en la que el Tribunal defiende que «[l]o que importa, como dice la STJCE de 14 de diciembre de 2006 (...) es más la realidad económica que la calificación jurídica (ap. 46), y para determinar si debe aplicarse el citado artículo [85.1 TCEE] es necesario analizar la distribución de los riesgos financieros y comerciales entre el titular y el proveedor de carburantes (...). La ponderación interpretativa del conjunto de las cláusulas del contrato litigioso efectuada por el Tribunal de apelación responde a la finalidad expresada de respeto al Derecho comunitario, y en tal perspectiva no resulta comprensible se tilde de ilegal, ilógica y absurda» (FD 2.º)<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Se hacen eco de esta doctrina las SSTS, 3.ª, 10 de noviembre de 2010 (Ar. 7974; MP: Eduardo Espín Templado) y 17 de noviembre de 2010 (Ar. 7978; MP: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat).

<sup>26</sup> Cfr. STS, 1.ª, 15 de enero de 2010 (Ar. 1400; MP: Francisco Marín Castán), donde el Tribunal sostiene que «(...) el error de la sentencia impugnada consiste en no haber advertido la posibilidad de contratos que, aun siendo en abstracto calificables como de agencia (...), puedan sin embargo incurrir en prohibición y consiguiente nulidad por impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (...). Que esto es lo sucedido con el contrato litigioso

Los factores que el juez debiera, pues, tomar en consideración a la hora de examinar los distintos tipos de riesgos son los siguientes: en primer lugar, y en relación con los riesgos de pérdida, deterioro o minusvalía volumétrica que afecte al combustible, el tipo de producto, la incidencia real de tales eventos –¿es un riesgo importante si el evento se produce con una probabilidad del 1/1.000.000?– y la presencia de otros factores –por ejemplo, la conveniencia de mantener incentivos residuales al correcto almacenaje y custodia– que permitan explicar el porqué el fabricante no debe absorber todo el riesgo<sup>27</sup>. En segundo lugar, y respecto de los riesgos asumidos frente a terceros, cuáles son estos riesgos en concreto, si realmente son absorbidos por las partes o se trasladan a otros mediante la contratación de seguros y, por último, el régimen de responsabilidad legal aplicable<sup>28</sup>. Finalmente, en relación con el riesgo comercial –pago a la petrolera frente a cobro del comprador final–, no basta con examinar el plazo de pago fijado en el contrato y verificar que no está condicionado al

---

se desprende (...) de su contenido, por más que se titule *contrato de abastecimiento en exclusiva de productos petrolíferos a estaciones de servicio en régimen de agencia* y sus cláusulas y parte expositiva aludan (...) al titular de la estación de servicio (...) como el *agente*. (...) [E]l contenido del contrato revela que [el agente] asume en proporción nada insignificante varios riesgos vinculados a la venta de los productos a terceros. Como especialmente significativo destaca el riesgo derivado de las ventas pagadas mediante tarjeta de crédito de la red de la compañía abastecedora; en definitiva, el del impago final por el cliente de la estación de servicio (...). Además, el apdo. 5 de la cláusula quinta impone (...) el pago al contado *al tiempo de efectuarse los distintos pedidos de los productos*, con la única alternativa de pagar en un plazo máximo de nueve días a partir de la entrega o suministro de los productos, pero esto último sólo si *el agente prestaba previamente garantías suficientes a juicio de Repsol Comercial*, y el apdo. 6 (...) establece que el retraso en los pagos dará lugar al devengo automático de los correspondiente intereses de demora, (...) pudiendo Repsol *suspender los suministros hasta la regularización de la deuda*. Por otro lado, el apdo. 2 de la cláusula séptima obliga al *agente a tener la Estación de Servicio permanentemente abastecida de los productos objeto de la exclusiva de suministro* (...). Finalmente, el apdo. 4 de la misma cláusula dispone que *el agente asume el riesgo de los productos objeto de la exclusiva desde el momento en que los reciba de Repsol Comercial y éstos se introduzcan en los depósitos o almacenes existentes en la Estación de Servicio, teniendo, desde ese momento, la obligación de conservar tales productos en las condiciones necesarias para evitar toda pérdida o deterioro de los mismos y respondiendo, en su caso, tanto frente a Repsol Comercial como frente a terceros, de cualquier contaminación o mezcla que puedan sufrir aquéllos y de los daños que, por tal motivo, se puedan causar*» (FD 4.º). Esta sentencia ha sido comentada por SOBREPORA MILLET, Isabel/HERNÁNDEZ PARDO, Alfredo, «Prácticas contrarias al Derecho de la competencia en la venta de combustibles y carburantes en estaciones de servicio. Comentario de la STS de la Sala de lo Civil (Pleno), de 15 de enero de 2010 (RJ 2010, 1400)», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 26, 2011-1, pp. 255-267.

<sup>27</sup> Ello explica que comisionistas y depositarios asuman riesgos sobre lo que se les ha confiado. Así, el comisionista que tuviere en su poder mercaderías o efectos por cuenta ajena, responde de su conservación en el estado que los recibió (art. 266 CCom). Asimismo, los depositarios están obligados a guardar la cosa y restituirla, cuando le sea pedida, al depositante, o a sus causahabientes, o a la persona que hubiese sido designada en el contrato (art. 1766 CC). La obligación de custodia y transporte que corresponde al porteador se encuentra regulada en el art. 28 de la Ley 15/2009.

<sup>28</sup> Por ejemplo, el art. 1908.1 CC somete a los propietarios a un régimen de responsabilidad objetiva por los daños causados por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia y por la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado.

cobro efectivo, sino también si el plazo contractual es inferior o no al tiempo estimado de venta del producto, si el contrato con los compradores finales es al contado o mediante sistemas que aseguran el cobro, cuáles son los niveles efectivos de riesgo comercial asumidos y si el plazo contractual cumple efectivamente una función adecuada de incentivo en el marco del contrato –incentivos a una estimación realista en los pedidos, a no concentrar el esfuerzo en el negocio paralelo distinto a la venta de combustible, etc.

La STS, 1.<sup>a</sup>, 5 de mayo de 2010 (Ar. 5026; MP: Francisco Marín Castán) analiza con bastante corrección la cuestión de los riesgos comerciales. El 11 de marzo de 1988, «Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.» (Repsol) y Adela celebraron un contrato de abanderamiento por el cual la petrolera, propietaria de la estación de servicio, cedía la explotación de la misma en régimen de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento a la persona que, con anterioridad, había sido su propietaria. El 17 de noviembre de 2000, Repsol demandó a la arrendataria por incumplimiento de la cláusula de exclusiva de abastecimiento y solicitó la resolución del contrato y una indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Madrid estimó en parte la demanda, declaró el incumplimiento de la exclusiva de abastecimiento y la resolución del contrato, y condenó a la demandada al pago de una indemnización de daños y perjuicios a determinar en ejecución de sentencia. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, entre otras cuestiones, porque «(...) lo decisivo para determinar si un contrato de (...) abanderamiento incurre o no en la prohibición del Tratado (...) es si quien explota la estación de servicio es o no un agente genuino, condición que depende de que asuma o no los riesgos financieros o comerciales significativos, riesgos que (...) no se advierten en este caso porque la recurrente, que no es propietaria de la estación de servicio, no cargaba con las consecuencias de las ventas abonadas mediante tarjeta emitida por Repsol ni mediante ninguna otra tarjeta de crédito y tampoco tenía que pagar a Repsol al contado, de suerte que sus obligaciones respecto de los productos suministrados no diferían sustancialmente de las exigibles a cualquier gestor de una estación de servicio y, en cuanto al pago de los productos a Repsol en un plazo de nueve días, no se considera suficiente para desvirtuar la condición de agente genuino dada la normal rotación de los productos suministrados» (FD 5.<sup>o</sup>).

## 2.2 Agencia genuina o no genuina

La jurisprudencia del Tribunal Supremo parece hacer descansar la calificación del contrato como agencia *espuria o no genuina*<sup>29</sup>, o

<sup>29</sup> Véanse las SSTs, 3.<sup>a</sup>, 4 de mayo de 2007 (Ar. 2097; MP: Manuel Campos Sánchez Bordona) –«(...) la asunción de (...) dos riesgos significativos, unida al hecho de que se imponía al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de

agencia *verdadera o genuina*<sup>30</sup>, en el examen de los riesgos asumidos por los contratantes. Sin embargo, este automatismo desde la caracterización de –ciertos– riesgos a la calificación global del contrato es apresurado e incorrecto. Dentro de un mismo tipo contractual caben legítimamente distintas asignaciones de riesgos en función de factores como el precio o la retribución, pero también de otras circunstancias económicas relevantes. Así, por ejemplo, son perfectamente posibles, aceptables, y se encuentran previstos legalmente, los contratos de mandato, comisión o agencia con riesgos –comerciales o de otro tipo– significativos a cargo de los mandatarios<sup>31</sup>, de los comisionistas<sup>32</sup> y de los agentes<sup>33</sup>.

venta al público fijado por el suministrador, son factores que (...) bastan para concluir que los contratos de distribución (...) no podían beneficiarse de la exención prevista en el Reglamento 1984/83» (FD 17.º)– y 17 de noviembre de 2010 (Ar. 7978; MP: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat) –«los titulares de las estaciones de servicio no actúan como genuinos agentes o comisionistas (...) sino como operadores económicos independientes, ya que se comprometen (...) al pago al contado de los combustibles y carburantes entregados en el plazo de nueve días desde el suministro, a la conservación de productos petrolíferos suministrados, asumiendo el riesgo vinculado al deterioro o pérdida, y, asimismo, los riesgos financieros y comerciales derivados del desarrollo de la actividad de distribuidores minoristas de carburantes» (FD 5.º)–. Asimismo, la STS, 1.ª, 15 de enero de 2010 (Ar. 1400; MP: Francisco Marín Castán) –«(...) si bien algunas de aquéllas [obligaciones] sí son propias de los agentes, como la de conservar los productos en las debidas condiciones, sin embargo globalmente consideradas destierran (...) la idea de que el (...) recurrente fuese, en el contexto real económico y jurídico, un operador económico dependiente de Repsol o un auxiliar integrado en su empresa» (FD 4.º)–.

<sup>30</sup> En este sentido, véanse las SSTs, 1.ª, 5 de mayo de 2010 (Ar. 5026; MP: Francisco Marín Castán) y 3 de septiembre de 2010 (Ar. 6951; MP: Francisco Marín Castán). En el primer caso, «(...) los riesgos que se transferían constituían una parte insignificante y, por ende, se correspondían con los que según nuestro CCom pueden correr a cargo del comisionista. Así, los gastos de transporte del producto los soportaba por entero la abastecedora; los riesgos por pérdida del producto sólo los asumía la actora-recurrente a partir de que se encontraran bajo su custodia; el riesgo de daños a terceros (...) sólo comprendía aquellos que se causaran por acción u omisión de la propia actora-recurrente desde que se hubiera hecho cargo del producto, sin extenderse nunca a los daños causados por las características del producto tal y como había sido servido por la abastecedora; el pago a los nueve días se correspondía con la normal rotación del producto; y, en fin, la actora-recurrente no soportaba los riesgos de la utilización de la tarjeta de crédito CEPESA por los clientes de la estación de servicio (...)» (FD 4.º). En el segundo caso, los riesgos financieros y comerciales significativos no se advierten «(...) porque la recurrente, que no es propietaria de la estación de servicio, no cargaba con las consecuencias de las ventas abonadas mediante tarjeta emitida por Repsol ni mediante ninguna otra tarjeta de crédito y tampoco tenía que pagar a Repsol al contado (...) y, en cuanto al pago de los productos a Repsol en un plazo de nueve días, no se considera suficiente para desvirtuar la condición de agente genuino dada la normal rotación de los productos suministrados» (FD 5.º).

<sup>31</sup> De acuerdo con el art. 1726 CC, el mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales en función de si el mandato ha sido o no retribuido. Asimismo, el art. IV. D-3:103 DCFR regula la obligación del mandatario de cumplir sus obligaciones con la diligencia debida, tomando en consideración (a) la naturaleza, magnitud, frecuencia y previsibilidad de los riesgos que se derivan del cumplimiento de las obligaciones; (b) si las prestaciones serán realizadas por un mandatario no profesional o de forma gratuita; (c) la remuneración que se pagará por la realización de las prestaciones, y (d) el momento de su cumplimiento.

<sup>32</sup> Art. 272 CCom (véase *supra* nota 19).

<sup>33</sup> Art. 19 LAC (véase *supra* nota 19). Véase, asimismo, el art. IV. E-3:313 DCFR, según el cual el acuerdo por el cual el agente comercial garantiza que un cliente pagará el

La calificación o encaje tipológico de un contrato es meramente instrumental pues, en último extremo, trata de asegurar el cumplimiento de la auténtica voluntad de las partes –y no solo de la voluntad nominal o cosmética (*falsa demonstratio*)– en cuanto al modo de regir su relación contractual (arts. 1091 y 1255 CC).

El simple hecho de que haya riesgos a cargo de uno solo de los contratantes no justifica una *recalificación* del contrato, salvo que previamente se haya realizado una reconstrucción de la voluntad global de las partes y se haya examinado la distribución global de riesgos. Además, dicha función de recalificación, efectuada a fines de aplicación de la normativa de competencia, tampoco justifica una desviación de la modalidad contractual elegida por los contratantes hacia otra que, siendo alternativa a la realmente escogida, ha sido rechazada implícitamente.

Esta última posibilidad se atisbaba en algunas sentencias del Tribunal Supremo, pero parece ahora firmemente condenada por la más reciente jurisprudencia de la Sala Primera [SSTS, 1.ª, 23 de junio de 2009 (Ar. 4231; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel), 29 de junio de 2009 (Ar. 4242; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel), 24 de febrero de 2010 (Ar. 1404; MP: Francisco Marín Castán), 22 de marzo de 2010 (Ar. 3917; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel), 6 de septiembre de 2010 (Ar. 6954; MP: Francisco Marín Castán), 28 de septiembre de 2010 (Ar. 7142; MP: Francisco Marín Castán), 18 de febrero de 2011 (Ar. 2360; MP: Francisco Marín Castán) y 31 de marzo de 2011 (Ar. 3437; MP: Francisco Marín Castán)]. En todos estos casos, las demandantes pretendían que los contratos celebrados bajo la vigencia del Reglamento 1984/83/CEE se transformaran en unos contratos diferentes por aplicación del Reglamento 2790/99/CE, pero sin pedir previamente la nulidad de los contratos inicialmente celebrados por incompatibilidad con el art. 81 TCE. Para el Tribunal Supremo, el cambio de reglamentación contractual era contrario a la regla *pacta sunt servanda* (art. 1091 CC), no estaba previsto en los propios contratos litigiosos ni tenía apoyo legal, y resultaba contrario a la potencialidad normativa creadora que reconoce nuestro sistema jurídico a los interesados (art. 1255 CC).

Finalmente, es también muy importante que este resultado de recalificación no se cuele por la puerta de atrás, disfrazando bajo pretendidas consecuencias restitutorias (art. 1303 CC) o de retención (art. 1306.2 CC) lo que serían indemnizaciones correspondientes a otros esquemas contractuales distintos a los elegidos por las partes.

---

precio de los productos objeto del contrato que ha negociado o celebrado será válido si (a) consta por escrito o en algún otro soporte duradero; (b) cubre contratos negociados o celebrados por el agente comercial o contratos con clientes concretos que constan en el acuerdo; y (c) es razonable para los intereses de las partes. El agente comercial que celebre este tipo de contratos tendrá derecho a una comisión razonable.

### 3. CLÁUSULAS RELATIVAS AL PRECIO DE VENTA FINAL DEL COMBUSTIBLE

El núcleo de las consideraciones que se han hecho en relación con la asignación de riesgos en el contrato es trasladable a las cláusulas y conductas de las partes que inciden en el precio de venta final del producto. En efecto, dado que las previsiones contractuales se establecen, al menos de forma presuntiva, para maximizar el valor conjunto del contrato para las partes, es necesario atender a las circunstancias económicas reales que inciden en los efectos de tales cláusulas y conductas –pero sin tomar en consideración pretendidas caracterizaciones *puramente jurídicas* en relación con la materia<sup>34</sup>–, así como a todos sus efectos –no solo los concurrenciales–.

En la interpretación de la incidencia y de los efectos de las cláusulas contractuales se debe partir de un dato normativo: las cláusulas se pactan para ser eficaces y para ser cumplidas. Imaginemos una cláusula que reza lo siguiente:

«El comisionista comercializará los combustibles y carburantes en nombre y por cuenta del principal en el precio y demás condiciones fijados por éste. *No obstante, el comisionista tendrá plena libertad para repartir su comisión con los clientes, por lo que podrá reducir el precio efectivo pagado por éstos, mediante incentivos a su cargo, sin disminuir los ingresos a abonar al principal*».

El punto de partida en el entendimiento de este contrato debiera ser el de que el comisionista tendrá libertad para determinar el precio de venta mediante la posibilidad de realizar descuentos dentro del margen que ofrece su comisión, siempre y cuando no se acredi-

---

<sup>34</sup> Como dice correctamente la STS, 3.<sup>a</sup>, 10 de noviembre de 2010 (Ar. 7969; MP: Manuel Campos Sánchez-Bordona), lo importante no es el modo, sino el resultado en términos de que concurra, efectiva y realmente, margen de libertad para determinar el precio de venta. En este caso se planteaban dos tipos de cuestiones: por un lado, si la recomendación de precios realizada por «Repsol, S.A.» a las estaciones de servicio revendedoras constituía por sí misma y en todo caso una infracción del art. 1.1 LDC; por otro lado, si «Repsol, S.A.» había utilizado de manera fraudulenta y generalizada las exenciones previstas en el Reglamento 1984/83/CEE a fin de alargar la duración máxima de los contratos. En relación con la primera cuestión, el Tribunal concluyó que «[s]i del examen de la prueba se obtiene la conclusión de que [los] precios eran establecidos por el explotador de la estación de servicio sin atenerse necesariamente a los recomendados y sin que hubiera mecanismos de control o presión por el suministrador, de modo que indirectamente se consiguiera el mismo efecto de la fijación, no concurren las circunstancias que inhibirían el acogimiento de la exención por categorías de los acuerdos de compra exclusiva» (FD 4.º). En relación con la segunda, sostuvo que no había fraude de ley si los acuerdos se atenían «(...) a una de las posibilidades –extraordinarias pero legítimas– que la propia norma comunitaria prevé como excepción singular al régimen *ordinario* de duración de los contratos en exclusiva beneficiados por la exención, [a saber], que el proveedor hubiera arrendado al revendedor la estación de servicio o le hubiera concedido de hecho o de derecho su usufructo» (FD 6.º) [para un análisis de las pautas interpretativas aplicables a las cuestiones objeto de debate, véase la STJCE 2 de abril de 2009 (TJCE 2009\76; MP: U. Iöhmus)].

te que dicha posibilidad no existe en la práctica, bien como consecuencia de otros pactos o conductas que lo imposibilitan –fijación indirecta, por ejemplo a través de la fijación unilateral del margen o comisión, o del establecimiento de límites al descuento– o que imponen serios obstáculos (amenazas, sanciones, recomendaciones cuasi-vinculantes), bien por el efecto de pactos o conductas que crean desincentivos serios al posible otorgamiento de descuentos y cuyos efectos positivos en el aumento de valor en la relación contractual no exceden los posibles efectos externos negativos sobre la posibilidad de otorgar descuentos.

Por ejemplo, si un sistema informático común supone un coste adicional para el comisionista a la hora de realizar un descuento, pero produce un ahorro global de costes –para principal y comisionista– de mayor magnitud, el efecto global es positivo y no debiera desincentivarse mediante las normas de competencia.

Sin embargo, no parece ser éste el planteamiento de arranque que subyace en la reciente jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que presume la existencia de un precio fijo salvo que pueda demostrarse que éste no se observa o respeta en las relaciones con los compradores finales<sup>35</sup>.

Por otro lado, el cálculo del margen de descuento debe atender en todo caso a las particularidades del producto y del mercado en cuestión, así como a la estructura global de incentivos de conducta de los agentes.

La simple comparación entre el margen comercial del comisionista y el precio a pagar al comitente no es económica ni jurídicamente razonable<sup>36</sup>. Si, por ejemplo, el margen comercial de la actividad petrolera es de 5 y el precio a pagar al proveedor es de 100, no es lo mismo que, de esos 100, 95 sean coste de producción e impuestos, o que lo sean solo 50. En el primer caso, el margen de maniobra, incluso con la máxima libertad de descuento, es intrínsecamente mucho más limitado, de modo que cualquier descuento que se haga, medido sobre el máximo descuento posible, será proporcionalmente mucho más elevado.

---

<sup>35</sup> Pueden verse algunos ejemplos de esta línea jurisprudencial en las SSTs, 3.ª, 10 de noviembre de 2010 (Ar. 7974; MP: Eduardo Espín Templado) y 17 de noviembre de 2010 (Ar. 7978; MP: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat).

<sup>36</sup> Éste es el procedimiento que sigue la STS, 1.ª, 15 de enero de 2010 (Ar. 1400; MP: Francisco Marín Castán) –según la cual Repsol no recomendaba sino que fijaba el precio de venta al público de los carburantes, pues márgenes comerciales de entre 5-6 pesetas/litro (0,03-0,04 euros/litro) para productos que el recurrente debía pagar a 67-130 pesetas (0,40-0,78 euros), según producto y fase contractual, no permitían una posibilidad real de descuentos con cargo a esos márgenes por parte de quien tenía que correr con los gastos corrientes de la estación de servicio– y que reproduce posteriormente la STS, 3.ª, 10 de noviembre de 2010 (Ar. 7974; MP: Eduardo Espín Templado).

Además, la situación será muy distinta en función de si los beneficios del comisionista tan solo proceden del margen comercial de la actividad petrolera o deben sumarse los beneficios derivados del desarrollo de actividades complementarias (taller, lavado, cafetería, restaurante, hotel, etc.). Cuando estamos ante bienes complementarios, la reducción del precio de uno aumenta la demanda del otro: una disminución del precio del combustible expande no solo la demanda de éste, sino también la de todos los servicios complementarios. Estos servicios funcionan, pues, como fuente de subsidios cruzados, ya que sus ingresos permiten recuperar los descuentos más agresivos en el precio de venta de los combustibles. De este modo, el incentivo a hacer descuentos, dado su impacto global sobre los beneficios totales del distribuidor, es superior.

En definitiva, el análisis de la incidencia de los contratos sobre el precio de venta requiere necesariamente un examen circunstanciado del producto y del mercado, de las circunstancias singulares del comisionista y de la relación contractual, así como de los efectos de las conductas o pactos que inciden tanto en el precio de venta —efecto externo— como en el excedente contractual de la relación.

#### 4. CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN POR VULNERACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En Derecho español, la regla general en caso de nulidad de un contrato es la restitución *in natura* de las prestaciones entregadas, con sus frutos e intereses si las mismas los produjeran (art. 1303 CC). Si la restitución *in natura* no es posible, deberá entregarse el valor que tenía la prestación cuando se produjo el evento que impide la restitución y los intereses desde esa fecha (art. 1307 CC)<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Para un análisis de tales reglas, véanse DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Artículo 1303» y «Artículo 1307», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel/DÍAZ ALABART, Silvia (Dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 2, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1982 (disponible en Vlex); íd., «Art. 1303» y «Art. 1307», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido *et alii*, *Comentario del Código civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 550 ss. y 561 ss.; más recientemente, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús/PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles, *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005; COLÁS ESCANDÓN, Ana, «Artículo 1303» y «Artículo 1307», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios al Código civil*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 1547-1549 y pp. 1551-1552; JEREZ DELGADO, Carmen, *La anulación del contrato*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011. Resume la doctrina jurisprudencial sobre tales preceptos la STS, 1.ª, 11 de febrero de 2003 (Ar. 1004; MP: Jesús Corbal Fernández), según la cual el art. 1303 CC, «(...) que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador (...), evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (...), es aplicable a los supuestos de nulidad radical o absoluta, no sólo a los de anu-

Como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo, en los casos de nulidad de un contrato de distribución de combustibles por vulneración del Derecho comunitario, el distribuidor no puede optar entre la nulidad del contrato o una indemnización consistente en el interés de cumplimiento, esto es, aquello que habría ganado bajo un régimen de reventa o, en otros términos, la diferencia entre los precios pagados y los ofrecidos o abonados por otros suministradores a estaciones de servicio similares vinculadas en régimen de compra en firme o reventa<sup>38</sup>.

Los arts. 1305 y 1306 CC contienen excepciones relevantes a esta reglamentación general para los casos de nulidad absoluta por ilicitud causal, estableciendo una dualidad de regímenes –aunque con consecuencias prácticamente idénticas– en función de si la causa ilícita o torpe constituye o no delito o falta: en el primer caso, las prestaciones serán decomisadas de acuerdo con los arts. 127 ss. CP, salvo que una de las partes no estuviera incurso en delito, en cuyo caso podrá recuperar la prestación. En el segundo caso, se aplicará la antigua regla del *nemo auditur* –o, para los angloamericanos, *clean hands rule*–, de manera que, cuando ambos contratantes sean culpables, ninguno podrá recuperar lo que entregó (principio *in pari causa turpitudinis*) ni, obviamente, reclamar el cumplimiento del otro (art. 1306.1 CC); si, por el contrario, la culpa es unilateral, la parte no culpable o ajena –*extraña*, en términos del art. 1306.2 CC– a la causa torpe podrá obtener la restitución de lo entregado y, a su vez, retener lo que hubiera recibido

---

labilidad o nulidad relativa (...) y opera sin necesidad de petición expresa, por cuanto nace de la Ley (...). Por consiguiente, cuando el contrato hubiese sido ejecutado en todo o en parte procede la reposición de las cosas al estado que tenía al tiempo de la celebración (...), debiendo los implicados devolverse lo que hubieren recibido por razón del contrato (...). El art. 1303 CC se refiere a la devolución de la cosa con sus frutos (...) y el precio con sus intereses (...), norma que parece ideada en la perspectiva de la compraventa, pero que no obsta a su aplicación a otros tipos contractuales. Parando mientes en la devolución de la cosa resulta incuestionable que el bien debe restituirse *in natura* (...), pero puede ocurrir que ello no sea posible por causas físicas o jurídicas, y entonces ha de acudir a la aplicación del art. 1307 CC, cuya normativa rige también para la nulidad radical (no sólo la relativa) y que igualmente (...) es aplicable de oficio como *efecto ex lege*. Ciertamente dicho precepto se refiere a cosa *perdida* pero la doctrina jurisprudencial extiende la previsión normativa a cualquier tipo de indisponibilidad material o jurídica (...). La indisponibilidad puede ser total y parcial, y se produce cuando toda la cosa, o una parte de ella, ha pasado a poder de un tercero hipotecario (...). [Respecto del] problema relativo al alcance del reintegro sustitutivo (...) habrá de estarse al valor de la cosa en el momento de su disponibilidad ('el momento es aquel en que por su enajenación a terceros de buena fe la cosa vendida se hizo irreivindicable, no el de la sentencia que así lo declara habida cuenta que esta sentencia es declarativa, no constitutiva, y se limita a constatar una situación preexistente; de ahí que la obligación de restitución surja en el momento en que los vendedores enajenaron las cosas, careciendo de poder dispositivo sobre ellas'). En lo que atañe a los frutos, la jurisprudencia entiende que el art. 1303 CC se refiere a los líquidos existentes, es decir, deducidos los gastos de cultivo y recolección (...)» (FD 2.º).

<sup>38</sup> En este sentido, véase la STS, 1.ª, 29 de junio de 2009 (Ar. 4242; MP: José Ramón Ferrándiz Gabriel).

(art. 1306.2 CC). En definitiva, de acuerdo con los arts. 1305 y 1306 CC, ninguno de los contratantes, sea o no extraño a la causa torpe, podrá reclamar el cumplimiento; la parte extraña a la causa torpe podrá reclamar la restitución de lo que hubiese entregado; y, si ambas partes están incurso en delito o falta, cada una de ellas retendrá lo que hubiera recibido<sup>39</sup>.

Una parte importante de las demandas de nulidad instadas por quienes explotan estaciones de servicio invocan el art. 1306.2 CC para regir las consecuencias de la nulidad pretendida. Sin embargo, la aplicación de este régimen es confusa y suscita muchos problemas en el ámbito de los contratos de distribución de combustibles. A continuación se examinan algunos de estos problemas.

#### **4.1 Aplicabilidad del art. 1306.2 CC a la nulidad de los contratos de distribución de combustibles**

Una primera cuestión que se plantea cuando se analizan las demandas de nulidad civil interpuestas por quienes explotan las estaciones de servicio contra las petroleras por contradicción con la normativa de competencia es si el art. 1306 CC resulta de aplicación a los contratos de distribución de combustibles y, en su caso, a los contratos conexos<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Véase un análisis de esta dualidad de regímenes en DELGADO ECHEVARRÍA, *Artículo 1305 y Artículo 1306*, cit.; íd., *Art. 1305 y Art. 1306*, cit., pp. 555 ss. y 558 ss.; más recientemente, DELGADO ECHEVARRÍA/PARRA LUCÁN, cit.; COLÁS ESCANDÓN, *Artículo 1305 y Artículo 1306*, cit., pp. 1549-1551; CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 754 ss.

<sup>40</sup> Los tribunales del orden jurisdiccional civil tienen plena competencia para declarar la nulidad de los contratos civiles –en sentido amplio, comprensivo de los mercantiles– por infracción de las normas de defensa de la competencia, sin que sea necesaria una decisión previa de la Comisión Nacional de la Competencia. Como señala la STS, 1.ª, 15 de abril de 2009 (Ar. 1765; MP: Jesús Corbal Fernández), «(...) así lo viene entendiendo de modo ininterrumpido la más reciente jurisprudencia de esta Sala a partir de la Sentencia de 2 de junio de 2000 (RJ 2000\5092). En tal sentido se orientan, entre otras, las Sentencias de 27 de julio de 2003 (RJ 2003\6060) –le corresponde a la jurisdicción civil el conocimiento cuando se trata de relaciones entre particulares de naturaleza estrictamente privada–; 15 de marzo de 2006 (RJ 2006\5612), que alude, por un lado, al reconocimiento por el art. 6 del Reglamento (CE) número 2/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, al disponer que ‘los órganos jurisdiccionales son competentes para aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado’, y, por otro, a la atribución en España de tal competencia a los Juzgados de lo Mercantil por el art. 86 ter 2.f) de la LOPJ; 22 de junio de 2006 (RJ 2006\4712), que dice que le corresponde a la jurisdicción civil el conocimiento (en relación con la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de Ámsterdam –antes 85 y 86 del Tratado de Roma–) cuando se trata de salvaguardar los derechos subjetivos de los ciudadanos, resolviendo los conflictos entre particulares, de modo que mientras para las autoridades nacionales de defensa de la competencia lo trascendente es la protección del orden público económico –interés del mercado–, para la jurisdicción civil lo es la tutela del interés privado; 14 de marzo de 2007 (RJ 2007\2229), que declara que la competencia de los tribunales civiles en defensa de la competencia es autónoma e independiente de la del Tribunal de Defensa de la Competencia [actualmente Comisión Nacional de la Com-

El Tribunal Supremo ha mantenido posturas contradictorias en torno a esta cuestión. En algunas ocasiones ha rechazado la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en el art. 1306.2 CC por considerar que causa torpe es causa inmoral y aplicar su régimen daría lugar a un enriquecimiento injusto a favor de quien explota la estación de servicio, sin que hubiera culpa o conducta inmoral de la petrolera. En otras, en cambio, no ha llegado a discutir su aplicación.

La STS, 1.ª, 30 de junio de 2009 (Ar. 5563; MP: Jesús Corbal Fernández) niega expresamente la aplicación al caso del art. 1306 CC. Para el Tribunal, «[e]l tema debe decidirse en el sentido de aplicar el art. 1303 CC, y no el 1306, ni en su número segundo, ni en su número primero, porque en el caso no hay causa torpe (en el sentido estricto de inmoral al que se refiere el precepto), y el criterio de *dejar las cosas como están* aplicado al caso, aparte de ser injusto y dar lugar a un enriquecimiento injustificado, no se ajusta a las circunstancias concurrentes relativas a que se trata de una invalidez sobrevenida por cambio legislativo, ajena a cualquier asomo de culpa o negligencia de la petrolera demandada, a lo que debe añadirse que la aplicabilidad del art. 1303 CC a casos similares es el criterio adoptado por esta Sala y el más adecuado, en la medida en que sea posible su aplicación, para mantener el equilibrio de los intereses en juego» (FD 4.º)<sup>41</sup>.

---

petencia]; y 3 de octubre de 2007 (RJ 2008\2922), en la que se resalta que la más reciente jurisprudencia admite de manera inconcusa la competencia de los tribunales civiles para la aplicación de los preceptos reguladores de la defensa de la competencia, tanto del orden comunitario como de orden interno, en orden a la determinación de los efectos de la nulidad de los negocios jurídicos afectados pueda producir entre las partes, entre otros aspectos» (FD 2.º).

<sup>41</sup> La Sala Primera del Tribunal Supremo también ha rechazado la aplicación del art. 1306 CC en otros casos recientes de vulneración de la normativa de competencia no referidos a la distribución de combustibles: así sucede en la STS, 1.ª, 21 de mayo de 2009 (Ar. 3187; MP: Francisco Marín Castán), donde el Tribunal declaró la validez del convenio profesional de los corredores de comercio de Granada que establecía un reparto igualitario de los ingresos y condenó a los dos corredores incumplidores a llevar a cabo las liquidaciones mensuales previstas en dicho convenio. Según el Tribunal, la nulidad del convenio «(...) no puede beneficiar a quien (...) se aprovechó del [mismo] mientras servía a sus intereses y dejó de cumplirlo cuando ya no fue así. Y aunque (...) una aplicación estricta de la regla 1.ª del art. 1306 CC determinaría que los demandantes no pudieran exigir el cumplimiento del convenio por los demandados, (...) en el presente caso concurrían dos circunstancias que (...) comportaban que el cumplimiento (...) sí fuera exigible: la primera, que la integración de los corredores de comercio en el cuerpo de notarios imponía ya por sí sola extinción del convenio en un tiempo próximo; y la segunda, que en el propio convenio los corredores firmantes se sometían especialmente a las normas reglamentarias y a las de actuación derivadas de las circulares del Consejo y de la Dirección General, siendo así que en el presente caso el convenio litigioso fue convalidado por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera hasta más allá de su extinción de hecho, debida a la ya mencionada integración de los corredores en el cuerpo de notarios» (FD 5.º). Asimismo, en la STS, 1.ª, 30 de julio de 2009 (Ar. 4580; MP: Jesús Corbal Fernández), el Tribunal declaró la nulidad de dos contratos de franquicia relativos a tratamiento capilar que incluían cláusulas restrictivas de la competencia consistentes en la fijación de los precios que la franquiciada debía cobrar a sus clientes. En relación con las consecuencias de dicha declaración de nulidad, sostuvo que «(...) ni

La STS, 1.<sup>a</sup>, 20 de noviembre de 2008 (Ar. 140; MP: Jesús Corbal Fernández), a diferencia de lo que había sucedido en la sentencia de instancia, omite cualquier discusión acerca de la aplicación del precepto. También parece ser éste el sentido en que debe entenderse la STS, 1.<sup>a</sup>, 3 de octubre de 2007 (Ar. 2922; MP: Juan Antonio Xiol Ríos).

Con todo, es posible encontrar en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo algunos precedentes de la aplicación de las consecuencias previstas en el art. 1306 CC a casos de nulidad derivada del art. 6.3 CC –vulneración de normas prohibitivas no disponibles–, incluso por contravención de normas del Derecho de la competencia.

Entre tales precedentes se encuentran las SSTS, 1.<sup>a</sup>, 31 de diciembre de 1979 (Ar. 4499; MP: Jaime de Castro García), 20 de mayo de 1985 (Ar. 2403; MP: José María Gómez de la Bárcena y López) y 2 de abril de 2002 (Ar. 2485; MP: José de Asís Garrote). En el primer caso –contrato de constitución de la Asociación de Agentes Mayoristas de Vizcaya para la venta de aceites minerales y otros productos petrolíferos–, el Tribunal declaró la nulidad de los pactos estatutarios relativos a la distribución de pérdidas y ganancias por cuanto tenían por objeto y producían el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia en el mercado de Vizcaya y consideró, con base en la regla primera del art. 1306 CC, que la torpeza e ilicitud del contrato alcanzaban a todos sus otorgantes. En el segundo caso –contrato de compraventa de cemento básico a granel en polvo–, el Tribunal negó la aplicación de la regla primera del art. 1306 CC en favor de la regla segunda por considerar que la causa torpe únicamente era atribuible a la vendedora, pues había vendido el producto a un precio superior al legalmente autorizado. Finalmente, en el tercer caso –compraventa simulada que encubría un contrato de explotación de farmacia–, el Tribunal sostuvo que el art. 1306 CC era aplicable al contrato disimulado –de explotación de farmacia– porque el hecho de estar prohibido por una ley administrativa no lo convertía en un contrato inexistente sino nulo<sup>42</sup>.

---

la causa de nulidad apreciada tiene la condición de torpe, en su sentido estricto de inmoral, ni ha existido un propósito dañino o malicioso por parte de la franquiciante. La aplicación (...) del art. 1306 CC con el efecto de *dejar las cosas como están* sería claramente injusta, y máxime si se tiene en cuenta que a ambas partes les es imputable en la misma medida consensual la consignación de la cláusula, y conllevaría un claro enriquecimiento injusto» (FD 10.<sup>o</sup>). Para PEÑA LÓPEZ, *Sentencia de 30 de julio de 2009*, cit., pp. 1069-1071, una vez descartada por el Tribunal Supremo la nulidad parcial, la aplicación del art. 1306.2 CC hubiese sido la opción correcta: en primer lugar, porque «no es de recibo que se afirme que a ambas partes les es imputable la culpa de haber introducido la cláusula sobre la base del único hecho de que las dos prestaron su consentimiento contractual»; y, en segundo lugar, porque no está de acuerdo con un concepto de moralidad «(...) en el que ésta aparece exclusivamente como algo ligado a la impudicia, a la lascivia, al decoro o a la ignominia».

<sup>42</sup> Véase un comentario a esta sentencia en LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen, «Sentencia de 2 de abril de 2002: Simulación. Inexistencia de contrato de compraventa de oficina de farmacia. Nulidad de contrato disimulado de regencia de oficina de farmacia por ser contrario a la ley. 'Causa torpe': inexistencia de la obligación de restitución», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 59, 2002, pp. 813-824.

#### 4.2 La difícil interpretación de la fórmula *ser extraño a la causa torpe*

El art. 1306.2 CC menciona, para describir a quien puede reclamar lo dado sin obligación de cumplir, a la parte extraña a la causa torpe. La fórmula *ser extraño a la causa torpe* es de todo punto ambigua de manera general, pues puede querer decir que no se conoce la ilegalidad, que uno de los contratantes ha sido inducido por la otra parte a contratar, que está dentro del ámbito de protección de la norma cuya vulneración provoca la nulidad, etc.<sup>43</sup>. Dada la incertidumbre en esta materia, es aconsejable, sin duda, una actitud restrictiva a la hora de aplicar la norma.

Podría parecer que, en el contexto de los contratos de distribución de combustibles, la diferencia de peso y la sofisticación económica de las partes –empresas petroleras, de un lado; empresarios de gasolinera, de otro– harían más fácil la cuestión. Sin embargo, incluso en este campo, la casuística es amplia.

#### 4.3 Alcance de la aplicación del art. 1306.2 CC a los contratos de distribución de combustibles

Dando hipotéticamente por supuesta la aplicación del art. 1306.2 CC, otra cuestión que suscita un enorme interés es la relativa a su alcance en el ámbito de los contratos de distribución de combustibles. La cuestión no es puramente teórica, pues quienes pretenden la nulidad suelen solicitar, al amparo del art. 1306.2 CC, una indemnización por la diferencia global «entre los precios de adquisición ofertados por otros operadores a gasolineras de similares características según el régimen de reventa que debería haberse observado y los precios de adquisición abonados a la petrolera demandada, incrementado en los intereses legales»<sup>44</sup>. Sin embargo, ya se ha dejado apuntado con anterioridad que, bajo el régimen previsto en el art. 1306 CC, resulta imposible acudir a mecanismos indemnizatorios. La parte *extraña a la causa torpe* tan solo puede exigir la restitución –*in natura* o por su valor– de la prestación realizada y retener la prestación –*in natura* o

<sup>43</sup> Como señala CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 757-758, la jurisprudencia nunca ha precisado términos como *culpa* o *extrañeza* a la causa torpe: «no estar incurso en causa torpe puede significar no haber consentido el negocio, no haber conocido su ilegalidad, haber sido explotado por la otra parte o, simplemente, pertenecer al género de personas al que la norma prohibitiva pretende proteger».

<sup>44</sup> Entre otras, STS, 1.<sup>ª</sup>, 20 de noviembre de 2008 (Ar. 140; MP: Jesús Corbal Fernández). De acuerdo con la noción amplia de lucro cesante que parece debe prevalecer en el sistema jurídico español (MORALES MORENO, Antonio Manuel, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 38 ss.), se estaría ante una reclamación de lucros cesantes.

su valor— entregada por la parte incurso en la causa ilícita antes de la declaración de nulidad. No puede pretender, en cambio, una reparación de daños valorada bien en el beneficio que hubiera obtenido con el contrato nulo, bien en el interés contractual negativo o coste de oportunidad por haber celebrado dicho contrato.

La vía indemnizatoria, como correctamente recuerdan *obiter dicta* algunas sentencias del Tribunal Supremo<sup>45</sup>, tan solo sería exigible por vía de la responsabilidad *in contrahendo*, lo que en estas circunstancias conllevaría probablemente la necesidad de acreditar el dolo *in contrahendo* de la contraparte (art. 1270.2 CC)<sup>46</sup>.

#### 4.4 **Compatibilidad del art. 1306.2 CC con las sanciones públicas por vulneración de la normativa de competencia**

Una cuestión relevante que parece no haberse planteado nunca en la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo es la compatibilidad del art. 1306.2 CC con las sanciones públicas por vulneración de la normativa de competencia. En efecto, se podría suscitar la duda de si la excepcionalidad del régimen del art. 1306.2 CC respecto del general del art. 1303 CC supone una dimensión *sancionatoria* que no podría añadirse a la de las sanciones administrativas so pena de una vulneración del *non bis in idem*.

Para comprobar más claramente esta vertiente sancionadora del art. 1306.2 CC basta una buena explicación de su incidencia diferencial respecto del régimen ordinario de la nulidad.

En los contratos nulos, el efecto jurídico de la nulidad impide precisamente que las partes puedan exigir jurídicamente el cumplimiento de las conductas pactadas como prestación. La consecuencia de la nulidad consiste en la plena restitución o reintegración de la situación preexistente al contrato nulo (régimen general del art. 1303 CC) y ello hace que no se eliminen los incentivos de las partes —o al menos de aquella que ha incurrido en causa ilícita— a celebrar el contrato pues, en el peor de los casos, se quedarán como estaban antes de concertar el contrato nulo.

La regla del art. 1306.2 CC trata de minar este incentivo a celebrar el contrato que el sistema jurídico conceptúa como nulo, pues *priva* al contratante que ha incurrido en causa ilícita del derecho a repetir lo que hubiere dado en virtud del contrato, pero le obliga a restituir a la contraparte lo que hubiere entregado. El precepto no contiene entonces una consecuencia indemnizatoria más allá de la

<sup>45</sup> SSTS, 1.ª, 2 de junio de 2000 (Ar. 5092; MP: Francisco Marín Castán) y 30 de junio de 2009 (Ar. 4704; MP: Francisco Marín Castán).

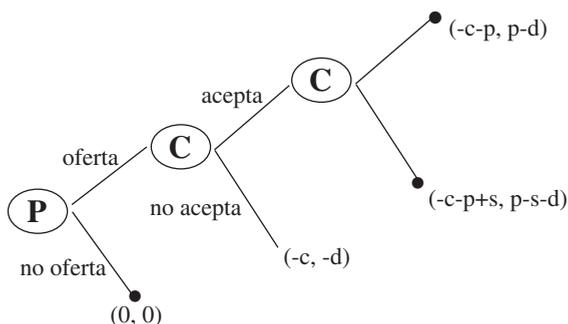
<sup>46</sup> MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Art. 1270», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et alii*, *Comentario del Código civil*, cit., pp. 470 ss.

ineficacia, sino una verdadera sanción civil –la privación de lo entregado en virtud del contrato nulo– y, por tanto, se puede entender como un esquema sancionador. Además, se trata de un mecanismo muy poco costoso –no implica inversión de recursos públicos en detección y sanción– y sorprendentemente eficaz.

En efecto, la posibilidad combinada de no cumplir el contrato nulo y de retener al tiempo lo recibido de la otra parte hará irremediablemente atractivo el oportunismo contractual lo que, anticipado por la otra parte, la disuadirá de celebrar el contrato o bien de celebrarlo en los términos de los que resulta la ilicitud causal. En otros términos, la eliminación del derecho a la restitución de quien participa de la torpeza de la causa –y la correlativa sujeción a la restitución que reclame la parte inocente– sirve de incentivo para que la parte no culpable pueda, una vez celebrado el contrato, quedarse con todo. La parte culpable que anticipe ese comportamiento –oportunista– de la otra y, por tanto, imagine que puede acabar en una situación peor a la que estaba antes de contratar, optará entonces por no proponer o celebrar el contrato ilícito.

Para ilustrar de manera sencilla la gran virtualidad del art. 1306.2 CC para disuadir contratos que, según el sistema jurídico, tienen causa ilícita, podemos recurrir a la teoría de juegos: pensemos en el ejemplo de un contrato que en Derecho español no constituya un delito pero se considere comúnmente como un contrato con causa torpe. En este juego, llamaremos a los contratantes *C* y *P*, y supondremos que la inmoralidad está solo del lado de quien ofrece el contrato inmoral –*C*– a cambio de dinero.

De acuerdo con la estructura del juego bajo el art. 1306 CC, *C* puede escoger entre hacer o no la oferta de contrato ilícito. Si la hace –lo que le supone un coste *c*–, la otra parte, al recibirla –lo que le supone un coste *d*–, puede aceptar o no la oferta. Si la acepta, cobrará el dinero ofrecido, pero luego podrá negarse a realizar la prestación comprometida y no habrá de restituir lo cobrado (art. 1306.2 CC).



La conclusión inmediata es que, con independencia del precio ofrecido o del coste de la prestación, o del daño  $-d-$  causado a  $P$  al recibir la oferta de contrato inmoral, a  $P$  le interesará aceptar la oferta recibida y luego cobrar y renegar del compromiso  $-inválidamente-$  asumido.  $C$ , que puede prever esta estrategia de la otra parte, nunca hará la oferta pues, bajo las reglas del art. 1306.2 CC, su realización y aceptación  $-esto es, la celebración del contrato nulo-$  le dejará en una situación peor a la que estaría si no la hubiese realizado. Esto es, obtendremos disuasión completa de la conducta que el sistema jurídico quiere evitar  $-el contrato inmoral-$  sin necesidad de acudir a sanciones ajenas al mecanismo contractual  $-penales o administrativas-$ .

Sin embargo, el comportamiento de  $P$  puede ser perjudicial para él mismo a la larga, pues si  $C$  no hace la oferta, se queda con 0, que puede ser menor que  $p-s-d$ , esto es, aquello que habría obtenido de haber habido oferta, aceptación, cobro del precio y prestación del servicio inmoral.

El cabo suelto en el régimen previsto en el art. 1306.2 CC es que hay probabilidades de que, si introducimos una interacción dinámica entre los contratantes, el juego no se desarrolle en la forma presentada. Cuando  $p-s-d > 0$ ,  $P$  prefiere *comprometerse* a prestar el servicio y no valerse del art. 1306.2 CC. Dicho compromiso no es factible ni creíble en un contexto estático, pues no prestar el servicio y quedarse con el precio es una estrategia dominante para  $P$ <sup>47</sup>. Sin embargo, en un contexto dinámico, hay mecanismos mediante los cuales puede expresar su compromiso o disponibilidad para comprometerse a cumplir<sup>48</sup>.

Por ejemplo, supongamos que  $P$  está integrado en una organización estable  $-una empresa, por ejemplo-$  que trata con diferentes  $C$  en distintos períodos de tiempo. En este escenario, el juego antes descrito es un simple episodio dentro de un juego dinámico  $-con T períodos-$  en el que  $P$  se comporta como un jugador a largo plazo y  $C$  como un jugador a corto plazo  $-P$  juega en cada período y los  $C$  solo en uno-, de forma que puede surgir el efecto de la reputación<sup>49</sup>. Supongamos que existe un tipo de  $P$  con preferencias extra-

<sup>47</sup> Estrategia dominante es aquella que garantiza a un jugador el mejor resultado, con independencia de las estrategias que escojan el resto de jugadores.

<sup>48</sup> Estos mecanismos son creíbles y viables en un sentido económico o práctico, obviamente no en sentido jurídico, pues la acción o excepción de nulidad no son disponibles *ex ante* para los contratantes.

<sup>49</sup> El efecto de la reputación en la teoría de juegos fue desarrollado por KREPS, David M./WILSON, Robert, «Reputation and imperfect information», *Journal of Economic Theory*, vol. 27, núm. 2, 1982, pp. 253-279; y por MILGROM, Paul/ROBERTS, John, «Predation, reputation and entry deterrence», *Journal of Economic Theory*, vol. 27, núm. 2, 1982, pp. 280-312.

ñas, pues hace honor a su palabra de prestar el servicio una vez que se le ha pagado el precio. El efecto de la reputación significa que, aunque la probabilidad de encontrar este tipo de *P* sea despreciable, si la tasa de descuento es lo suficientemente grande –los jugadores son suficientemente pacientes–, es posible que *P* comunique un compromiso perfecto de cumplir (*p-s-d*, en nuestro caso), pues la existencia del tipo *honesto* proporcionará los incentivos al *P* normal –casi toda la población– a cumplir. Al hacerlo, el jugador normal intentará convencer a los futuros *C* de que es honesto. En nuestro caso, necesitaremos un supuesto adicional, esto es, que al menos un pequeño conjunto de *C* decida hacer la oferta y pagar<sup>50</sup>.

El atractivo del régimen de nulidad civil sin restitución –para la parte culpable– como mecanismo para desincentivar la celebración de contratos se desvanece entonces cuando el escenario se complica introduciendo las interacciones dinámicas –prolongadas en el tiempo y en las que la reputación puede jugar un papel relevante– entre las partes. Este fenómeno constituye una explicación adicional del por qué, si queremos disuadir ciertas conductas voluntarias –contractuales– de quienes participan, en circunstancias de posibles interacciones repetidas, deba acudir a las consecuencias penales u otras formas públicas de sanción externa de las conductas.

De lo anterior se puede inferir que el art. 1306.2 CC es funcionalmente equivalente a una sanción y, además, consiste en una *privación* de derechos –a la restitución– de que ordinariamente dispone el contratante de un contrato nulo. Ahora bien, el paso adicional de plantear su incompatibilidad con las sanciones administrativas del Derecho de la competencia exigiría un análisis singularizado del alcance de la regla del *non bis in idem* que excede grandemente el propósito de este trabajo.

#### 4.5 Problemas derivados de la aplicación del art. 1303 CC a los contratos de distribución de combustibles

Para concluir con los problemas derivados de las consecuencias de la nulidad conviene analizar brevemente la aplicación a este escenario de la regla general del art. 1303 CC, según la cual las partes deben restituirse recíprocamente las cosas objeto del contrato, con los frutos e intereses en su caso, una vez declarada la nulidad del mismo.

---

<sup>50</sup> Véase el detalle del argumento técnico para este resultado en FUDENBERG, Drew/LEVINE, David K., «Maintaining a Reputation when Strategies are Imperfectly Observed», *Review of Economic Studies*, vol. 59, 1992, pp. 561-579.

La aplicación de esta regla es compleja en relación con los contratos de distribución de combustibles por varias razones: así, es posible que la nulidad pretendida afecte a un conjunto contractual complejo –por ejemplo, la constitución de un derecho real que se encuentra unido a un contrato de distribución–. Es igualmente posible que los contratantes o, cuanto menos, la petrolera, hayan realizado inversiones específicas –como la construcción de la instalación, o la introducción de mejoras en la misma, etc.–. Además, la restitución puede implicar la liquidación de estados posesorios entre dos poseedores –el usufructuario o superficiario y arrendador, por un lado, y el nudo propietario o propietario del suelo y a la vez arrendatario de la industria o explotación, de otro–. La restitución *in natura*, por su parte, no siempre será posible. Finalmente, parece razonable pensar que no se pueden aplicar sin más los regímenes jurídicos del usufructo o del derecho de superficie, pues éstos sólo regulan la liquidación del estado posesorio pensando implícitamente –en el caso del usufructo– o explícitamente –en el caso del derecho de superficie<sup>51</sup>– en la extinción del derecho por expiración del plazo.

En consecuencia, no está tan claro que, a la hora de determinar la compensación de inversiones o mejoras, se puedan aplicar los regímenes generales de liquidación de estados posesorios<sup>52</sup>. De hecho, el Tribunal Supremo ha descartado la aplicación de tales reglas y ha optado –tal vez inspirado de alguna manera en el art. 29 LCA<sup>53</sup>– por vías directas de compensación de inversiones específicas no amortizadas<sup>54</sup>. Sin embargo, hay que advertir que esta vía

---

<sup>51</sup> Según el art. 41.5, párrafo segundo, del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (*BOE* núm. 154, de 26 de junio de 2008), «(...) [a] la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie (...)».

<sup>52</sup> Por ejemplo, el régimen general de liquidación de estados posesorios de los arts. 451 ss. CC o el régimen específico –y menos generoso– de la falta de condiciones de eficacia del contrato (arts. 1122 y 1123 CC) y del usufructo (art. 487 CC).

<sup>53</sup> Según este precepto, «[s]in perjuicio de la indemnización por clientela, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato».

<sup>54</sup> En la STS, 1.ª, 30 de junio de 2009 (Ar. 5563; MP: Jesús Corbal Fernández), analizada *supra* apartado 1 de este trabajo, el Tribunal acuerda, en relación con el contrato de arrendamiento y compra en exclusiva, la devolución del objeto arrendado y la liquidación de los saldos pendientes; y, en relación con el contrato de superficie, dado que la construcción revierte al concedente del derecho, éste debe reintegrar a la superficiaria las cantidades que procedan correspondientes a la parte proporcional de la suma de 69 millones de pesetas (principal más IVA) satisfechas por la constitución del derecho de superficie, correspondiente al periodo no disfrutado, con intereses legales desde la fecha de entre-

remite a un remedio indemnizatorio por incumplimiento o, al menos, a una compensación contractual que no se corresponde con el ámbito restitutorio que es, en puridad, el que concurre en los casos analizados.

En definitiva, la complejidad del entramado contractual y la presencia importante de factores *idiosincrásicos* a la concreta relación contractual en la que nos encontramos –inversiones específicas de distinta naturaleza– hace muy difícil establecer un sistema general de consecuencias restitutorias tras la declaración de nulidad de los contratos de distribución de combustibles.

## 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCOVER GARAU, G. (1991), *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil: derecho español e internacional*, Civitas, Madrid.
- ALONSO PÉREZ, M. (1972), *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid.
- ARGUDO PÉREZ, J. L. (2010), «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», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, pp. 1339-1368.
- CARRASCO PERERA, Á. (2010), *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor.
- COLÁS ESCANDÓN, A. (2009), «Artículo 1303», «Artículo 1305», «Artículo 1306», «Artículo 1307», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código civil*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 1547 ss.
- DE COSSÍO, A. (1944), «Los riesgos en la compraventa civil y mercantil», *Revista de Derecho Privado*, pp. 361 ss.
- «La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas», *Anuario de Derecho civil*, 1953, pp. 587 ss.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1982), «Artículo 1303», «Artículo 1305», «Artículo 1306» y «Artículo 1307», en ALBALADEJO GARCÍA, M./DÍAZ ALABART, S. (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 2, 2.<sup>a</sup> ed., Edersa, Madrid (disponible en Vlex).
- «Art. 1303», «Art. 1305», «Art. 1306» y «Art. 1307», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. *et alii*, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 550 ss.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J./PARRA LUCÁN, M. Á. (2005), *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2010), *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 4, Civitas Thomson Reuters, Madrid.

---

ga, y parte de la inversión realizada en la construcción que revierte a la entidad concedente del derecho de superficie pendiente de amortizar a la fecha de cesación efectiva de este derecho, con los intereses legales desde esta fecha.

- FUDENBERG D./LEVINE, D. K. (1992), «Maintaining a Reputation when Strategies are Imperfectly Observed», *Review of Economic Studies*, vol. 59, pp. 561-579.
- JEREZ DELGADO, C. (2011), *La anulación del contrato*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.
- KREPS, D. M./WILSON, R. (1982), «Reputation and imperfect information», *Journal of Economic Theory*, vol. 27, núm. 2, pp. 253-279.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (2002), «Sentencia de 2 de abril de 2002: Simulación. Inexistencia de contrato de compraventa de oficina de farmacia. Nulidad de contrato disimulado de regencia de oficina de farmacia por ser contrario a la ley. 'Causa torpe': inexistencia de la obligación de restitución», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 59, pp. 813-824.
- MERCADAL VIDAL, F. (2001), «Derecho europeo de la competencia: contrato relativo a la explotación de una estación de servicio; nulidad de pleno derecho por violación de Tratado de Roma y del Reglamento de exención por categorías apreciada por el juez español; remisión al ordenamiento», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 55, pp. 87-120.
- MILGROM P./ROBERTS, J. (1982), «Predation, reputation and entry deterrence», *Journal of Economic Theory*, vol. 27, núm. 2, pp. 280-312.
- MORALES MORENO, A. M. (2010), *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Civitas, Madrid.
- «Art. 1270», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. *et alii*, *Comentario del Código civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 470 ss.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2000), *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías: el régimen jurídico del convenio de Viena y sus primeras aplicaciones jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PARRA LUCÁN, M. Á. (2008), «Sentencia de 3 de octubre de 2007: Nulidad de pleno derecho de contrato de abanderamiento por infracción de Reglamento comunitario», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 77, pp. 761-799.
- PEÑA LÓPEZ, F. (2010), «Sentencia de 30 de julio de 2009: Nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho antitrust. La aplicación del Derecho de la libre competencia por los órganos jurisdiccionales del orden civil. La nulidad total y parcial del contrato anticoncurrencial. La causa torpe y la culpabilidad de las partes en el art. 1.306.2.º del Código Civil. Consecuencias restitutorias de la nulidad», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 83, pp. 1045-1072.
- PINTÓ RUIZ, J. J. (1975), «Resolución del contrato y la regla *periculum est emptoris*», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 74, núm. 4, pp. 693 ss.
- SOBREPERA MILLET, I./HERNÁNDEZ PARDO, A. (2011), «Prácticas contrarias al Derecho de la competencia en la venta de combustibles y carburantes en estaciones de servicio. Comentario de la STS de la Sala de lo Civil (Pleno), de 15 de enero de 2010 (RJ 2010, 1400)», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 26, 2011-1, pp. 255-267.
- TAMAYO CARMONA, J. A. (2002), *Responsabilidad y riesgo contractual: normas de la Convención de Viena, sobre venta internacional de mercaderías e incoterms 2000*, Tirant lo Blanch, Valencia.



# La prescripción de los títulos nobiliarios

**CAMINO SANCIÑENA ASURMENDI**

Catedrática de Derecho civil  
Universidad de Oviedo

## RESUMEN

*Este trabajo parte del tradicional «dogma de la imprescriptibilidad» sustentado en el principio de vinculación perpetua y en la posesión civilísima, analizándose las modificaciones legales y jurisprudenciales que lo han debilitado. Afronta la especial prescripción y caducidad de los títulos nobiliarios derivada de la peculiar naturaleza de estas Distinciones honoríficas, que la distancian del régimen jurídico de la prescripción de los derechos reales. Se detiene en el significado, contenido, plazo y efectos de la prescripción de los títulos nobiliarios.*

## PALABRAS CLAVE

*Títulos nobiliarios, prescripción, caducidad, vinculación, posesión civilísima.*

**SUMARIO:** 1. *La vinculación de los títulos nobiliarios.*–2. *La posesión civilísima.*–3. *La prescripción adquisitiva en la jurisprudencia.*–4. *La prescripción extintiva en la jurisprudencia.*–5. *La caducidad de los títulos nobiliarios.*–6. *La «especial» prescripción de los títulos nobiliarios.*

Durante siglos, el «dogma de la imprescriptibilidad» de los títulos nobiliarios ha sido sustentado en el principio de vinculación perpetua y en la doctrina de la posesión civilísima.

Actualmente, la jurisprudencia ha admitido, configurado y articulado una prescripción adquisitiva o *usucapión* de los títulos nobiliarios, que ha sido muy contestada y discutida.

La prescripción consolidada tras dos décadas de jurisprudencia constante, ha sido preparada por otras modificaciones legales y jurisprudenciales, que, de una manera más o menos disimulada, han debilitado el principio de vinculación perpetua y la posesión civilísima, y han favorecido –y hasta provocado– la *prescripción* de los títulos nobiliarios.

## 1. LA VINCULACIÓN DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS

En los primeros tiempos de la institución de la nobleza, los títulos nobiliarios concedidos por gracia y prerrogativa real, que no tenían carácter vitalicio o temporal, se unían a los mayorazgos. Así se les aplicaba el tratamiento jurídico de los mayorazgos, y seguían el orden de suceder establecido para los bienes materiales, por lo que se entendían sometidos al principio de vinculación perpetua<sup>1</sup>.

Durante el siglo XVIII, se concedieron distinciones honoríficas a personas que no tenían mayorazgo, o que teniéndolo no incorporaban el título nobiliario al mismo. Esto suscitó interrogantes sobre el tratamiento jurídico de los títulos nobiliarios no incorporados a un mayorazgo. Carlos IV en la Real Cédula de 29 de abril de 1804 dispuso que todas las mercedes que se concedan se tengan por vinculadas: «*He tenido a bien mandar, que se tengan por vinculadas todas las gracias y mercedes de Títulos de Castilla que se concedan en lo sucesivo, siempre que no manifieste yo expresamente en las tales gracias ó mercedes ó posteriores Reales órdenes ser otra mi voluntad; pero quiero, que no por eso se entiendan libres los ya concedidos, sino que se estime su naturaleza segun el fin de la concesion, ó permiso para su venta ó enagenacion que despues de dichas mercedes hubiere yo concedido*» (Novísima Recopilación 6, 1, 25)<sup>2</sup>.

En el siglo XIX, la vinculación de las grandezas y títulos nobiliarios se disoció de la vinculación de los bienes y patrimonio del título nobiliario. Las leyes desvinculadoras separaron los títulos nobiliarios del patrimonio vinculado a los mismos. De esta manera, los bienes pasaron a tener la condición de libres, mientras que el

---

<sup>1</sup> MAYORALGO Y LODÓN establece la diferencia entre los mayorazgos y las vinculaciones, en que los primeros podían vincular con facultad real la legítima de los descendientes a cambio de asignarles un derecho de alimentos (cfr. *Historia y régimen jurídico de los títulos nobiliarios*, Madrid, 2007, p. 91).

<sup>2</sup> Sobre la evolución legislativa en España de los títulos nobiliarios, véase GARCÍA DE ENTERRÍA Y CARANDE, E., *La legalidad sobre Grandezas y Títulos nobiliarios*, ADC, 1948, pp. 1369 y ss.

título nobiliario, en su condición de honorífico, siguió vinculado en cuanto al orden de sucesión y al poder de disposición.

En efecto, las leyes desvinculadoras respetaron la vinculación de las grandezas y títulos nobiliarios. Expresamente los exceptuaron, subsistiendo en el mismo pie, y manteniéndose el vínculo en cuanto al orden de sucesión prescrito en la Carta de concesión o fundación<sup>3</sup>. El texto del artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820 (anteriormente había sido el Decreto de 17 de septiembre de 1820) establecía: «Los títulos, prerrogativas de honor y cualesquiera otras preeminencias de esta clase que los poseedores actuales de vinculación disfrutaban como anejas a ellas subsistirán en el mismo pie y seguirán en el orden de sucesión prescrito en las concesiones, escrituras de fundación u otros documentos de procedencia». Por el contrario, los bienes de los mayorazgos fueron liberalizados y sometidos a las leyes comunes mediante diversas disposiciones normativas<sup>4</sup>.

Por estar vinculados, los títulos nobiliarios se *suceden post mortem*<sup>5</sup>. La sucesión en los títulos nobiliarios se rige por las reglas establecidas en la Carta fundacional o título de concesión, y en su defecto, por los *criterios tradicionales* [artículo 5 del Decreto de 4 de junio de 1948 (BOE de 16 de junio, núm. 168)]. No se aplica el Código civil, salvo en la determinación del parentesco.

Tradicionalmente, los principios de sucesión han sido primogenitura, representación y legitimidad<sup>6</sup> con preferencia de línea,

<sup>3</sup> Cfr. RAMS ALBESA, J. J., *Cesión, distribución y rehabilitación de títulos nobiliarios*, en «Derecho nobiliario» (coord. ROGEL VIDE), Madrid, 2005, pp. 136 y ss.

La Sentencia de 31 de marzo de 1865 [Gaceta de Madrid, de 15 de abril, número (núm.) 105] reconoció el mejor derecho al título y la reivindicación a los bienes que le estaban vinculados.

<sup>4</sup> La Real Cédula de 14 de mayo de 1789 prohibió fundar nuevos mayorazgos. La Ley de 11 de octubre de 1820, el Decreto de 15 de mayo de 1821 y la Ley de 28 de junio de 1821 derogaron los mayorazgos y vinculaciones, y establecieron que los bienes vinculados pasaran a ser libres. La Ley de 9 de junio de 1835 restableció las vinculaciones. Finalmente, el Real Decreto de 1836 liberó los bienes sujetos a vinculaciones y les aplicó las reglas generales. Normas legales consultadas en MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Voz: Mayorazgos y otras vinculaciones*, en «Diccionario de Administración», tomo IX, Madrid 1869, pp. 52 y ss.

La primera jurisprudencia del Tribunal Supremo, a pesar de las ya vigentes leyes desvinculadoras, aplicó a las vinculaciones sus normas específicas, considerando que los bienes vinculados eran imprescriptibles. La Sentencia de 16 de octubre de 1858 [Jurisprudencia Civil (JC) 1858, 14] requirió la prescripción inmemorial por la condición de bienes vinculados, que impedía la prescripción ordinaria. Cfr. Sentencia de 11 de febrero de 1885 (JC 1885, 51).

<sup>5</sup> Sobre la sucesión de los títulos nobiliarios, véase, RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La sucesión en los títulos nobiliarios y los principios inspiradores de la misma: sucesión regular y sucesión irregular*, en «Derecho nobiliario» (coord. ROGEL VIDE), Madrid, 2005, pp. 81 y ss.; TABOADA ROCA, M., *Los títulos nobiliarios y su regulación legislativa en España*, Madrid, 1960, pp. 51 y ss.; PERALTA Y CARRASCO, M., *La sucesión «mortis causa» de los títulos nobiliarios*, Madrid, 2007, pp. 187 y ss.

Cfr. Sentencias de 21 de mayo de 1964 [Repertorio Jurídico Aranzadi (RJ) 1964, 2732] y de 7 de diciembre de 1965 (JC 1965, 836).

<sup>6</sup> La Sentencia de 26 de junio de 1963 (RJ 1963, 3653) diferencia entre los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, que suceden en el título; y los legitimados por

grado, sexo y edad<sup>7</sup>. Sin embargo, 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, ha suprimido la preferencia del varón sobre la mujer<sup>8</sup>.

La sucesión se regía en la línea descendiente por el principio de primogenitura y representación. Pero en la línea colateral, nuestro Derecho histórico ha adoptado dos principios contrapuestos: el principio de representación y el principio de propincuidad.

El principio de representación era el propio de la sucesión en los mayorazgos. Se recogía en la Ley 40 de Toro: *«pero aun en la sucesion de los mayorazgos á los tranversales, de manera que siempre el hijo, y sus descendientes legitimos por su orden representen la persona de sus padres»*, y en la Novísima Recopilación 10, 17, 9 (Real Pragmática de Felipe III de 5 de abril de 1615): *«como a los tranversales, aunque el hijo mayor muera en vida del tenedor del mayorazgo, si dexase hijo o nieto descendiente legitimo, estos tales se prefiriesen al hijo segundo y representasen a las personas de sus padres»*.

El principio de propincuidad se aplicaba a la sucesión de la Corona de Castilla (Constituciones Españolas del siglo XIX). Se estatuyó en la Partida 2, 15, 2: *«pero si todos estos (descendientes) falleciesen deben heredar el reino, el más propincuo pariente que hubiere»*; se ratificó por la Novísima Recopilación 3, 1, 5 al deferir la sucesión a la Corona al *«proximior y más cercano pariente del último reinante, sea varón o hembra»*.

La primera jurisprudencia aplicó a la sucesión de los títulos nobiliarios las reglas de la sucesión regular de los mayorazgos, es decir, el principio de representación en la línea consanguínea colateral. La Sentencia de 31 de marzo de 1865 (Gaceta de Madrid, de 15 de abril, núm. 105) afirmó que las sucesiones cuando se conceden perpetuamente y no se establecen reglas especiales se rigen por las de los mayorazgos de sucesión regular. La Sentencia de 6 de diciembre de 1879 (JC 1879, 319) sometió la sucesión en el Título a las reglas de los mayorazgos regulares.

---

Concesión Real, a los que «nuestro Derecho Histórico nunca los equiparó a los hijos legítimos», por lo que no suceden en el título nobiliario. Cfr. Sentencias de 22 de diciembre de 1922 (JC 1922, 162), de 4 de febrero de 1960 (RJ 1960, 458), de 23 de abril de 1973 (RJ 1973, 1843) y de 29 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9981).

<sup>7</sup> Cfr. artículo 57.1 de la Constitución Española de 1978.

<sup>8</sup> Cfr. la Sentencia de 22 de octubre de 2009 (RJ 2010, 82).

Sobre el ámbito de retroactividad de esta Ley, véase su disposición transitoria única. Cfr. Sentencias de 3 de abril de 2008 (RJ 2008, 2943), de 15 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5578), de 19 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5584), de 21 de octubre de 2009 (RJ 2009, 5703) y de 7 de junio de 2010 (RJ 2010, 5376).

Pero a principios del siglo xx, el artículo 4 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 (*Gaceta de Madrid*, de 29 de mayo, núm. 150) estableció que la sucesión en los títulos nobiliarios se rige por las reglas de la sucesión a la Corona, de manera que adoptó el criterio de propinquidad como regla para la sucesión de los títulos nobiliarios en la línea colateral: «el orden de suceder en estas Dignidades se acomodará estrictamente a lo dispuesto en la Real Concesión, y en su defecto, á lo establecido para la sucesión de la Corona». En este sentido, la Sentencia de 18 de mayo de 1927 (JC 1927, 47) aplicó el principio de propinquidad.

Aunque este artículo 4 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 ha sido expresamente derogado por el Decreto de 4 de junio de 1948 (Disposición Final Segunda), el principio de propinquidad sigue vigente, ocasionando una fisura en la sucesión nobiliaria, pues permite que el título nobiliario salga del linaje o estirpe del fundador.

En efecto, el artículo 5 del Decreto de 4 de junio de 1948 determina que la sucesión en los títulos nobiliarios se rige por las reglas de la Carta de fundación<sup>9</sup> y, en su defecto, por los *criterios tradicionales*. La jurisprudencia ha considerado que el orden *tradicional* de suceder en los títulos nobiliarios es el propio de la Corona. Las Sentencias de 1 de abril de 1959 (JC 1959, 212), de 26 de junio de 1963 (RJ 1963, 3653) y de 17 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4895) afirmaron que las normas que *tradicionalmente* rigen la sucesión de los títulos nobiliarios son las reglas de la sucesión de la Corona de Castilla. En consecuencia, el Tribunal Supremo ha aplicado en la línea colateral, el principio de propinquidad con preferencia al principio de representación<sup>10</sup>. Entre otras, cabe citar las Sentencias de 5 de julio de 1960 (RJ 1960, 2620), de 20 de mayo de 1961 (RJ 1961, 1875), de 5 de octubre de 1962 (RJ 1962, 3601), de 29 de noviembre de 1967 (RJ 1967, 4866), de 14 de abril de 1984 (RJ 1984, 1946), de 13 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7512), de 16 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8839), de 7 de mayo de 1996 (RJ 1996,

<sup>9</sup> La Sentencia de 31 de mayo de 2004 (RJ 2004, 4414) aplicó el principio de representación, pues se había establecido expresamente en la Carta de concesión.

<sup>10</sup> La Sentencia de 4 de julio de 1955 (JC 1955, 304) reconoce que tras el Decreto de 4 de junio de 1948 hay que ajustarse a la norma tradicional de la sucesión en España, pero remite tanto a la Partida 2, 15, 2 (norma para la sucesión a la Corona de Castilla) como a la Ley 40 de Toro (norma para la sucesión en los mayorazgos). En el supuesto de autos, se cuestionaba el mejor derecho en la línea descendiente, por lo que se aplica el principio de primogenitura y representación contenido en ambas disposiciones para la línea descendiente.

VALLTERRA FERNÁNDEZ se manifiesta a favor del principio de representación (cfr. *Derecho nobiliario español*, Granada, 1989, p. 322). TABOADA ROCA considera que no se debe aplicar el principio de propinquidad (cfr. *Estudios de derecho nobiliario*, volumen II, Madrid, 2001, pp. 272 y ss.).

3780), de 11 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3408), de 15 de abril de 2005 (RJ 2005, 3240), de 29 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3054), de 22 de octubre de 2009 (RJ 2010, 82) y de 22 de junio de 2011 (RJ 2011, 4767).

De esta doctrina general, se ha separado la Sentencia de 20 de junio de 1987 (RJ 1987, 4540), pero sin llegar a constituir jurisprudencia. Este pronunciamiento casa las sentencias de instancia, que en la línea colateral habían preferido el principio de propincuidad al principio de representación. «Ese orden «tradicional» no es otro que el rigió para los mayorazgos regulares desde la promulgación de las Leyes de Toro (1505), que por primera vez reconocen y regulan esta institución (Leyes 27 y 40 a la 46) de forma distinta a como lo hicieron las Partidas para la sucesión a la Corona, supuesto que aquéllas permiten que el fundador establezca el orden sucesorio y las condiciones que tenga por conveniente, cuya voluntad será «ley en la materia», y para el caso de no disponer nada al respecto al citado orden, se aplican los principios de primogenitura y representación tanto en las líneas rectas descendentes como en las colaterales, perfilándose así un orden totalmente distinto al regulado en la Ley de Partidas (2-15-2) (...) El derecho de representación —que como cuestión de fondo plantea el recurso— opera, sin distinción ni salvedad alguna, tanto en las líneas rectas descendentes del fundador o concesionario, como en las colaterales del mismo, por disponerlo así la Ley 40 de Toro, interpretada y aclarada por la Real Pragmática de Felipe III de 5 de abril de 1615, incluida como la Ley 9-17-10 de la Novísima Recopilación».

El criterio del sexo era de aplicación preferente a la edad, teniendo preferencia el varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado<sup>11</sup>. Así se había derivado de la Partida 4, 23, 2: «*de mejor condición es el varón que la mujer en muchas cosas o en muchas maneras, así como se muestra abiertamente en las leyes de los títulos de este nuestro libro*». El principio de varonía ha sufrido diversos vaivenes en los últimos años. Tras la Constitución Española de 1978, el Tribunal Supremo había considerado inconstitucional la preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado y, en consecuencia, diferido la sucesión del título nobiliario al primogénito, con independencia de que fuera varón o fémina. Cfr. Sentencias de 20 de junio de 1987 (RJ 1987, 4540), de 28 de abril de 1989 (RJ 1989, 9886), de 21 de diciembre de 1989 (RJ 1989,

<sup>11</sup> Véase, HERNÁNDEZ-GIL ALVAREZ-CIENFUEGOS, A., *La preferencia del varón en la sucesión nobiliaria después de la Constitución*, Madrid, 1992; y distintos estudios de TABOADA ROCA en *Estudios...*, volumen II, cit. a partir de la página 607; LÓPEZ VILAS, R. y MARTELO DE LA MAZA, M., *El nuevo derecho nobiliario. La ley 33/2006 sobre igualdad del hombre y de la mujer en la sucesión en los títulos nobiliarios*, Valencia, 2009.

8861), de 22 de marzo de 1991 (RJ 1991, 9809), de 24 de enero de 1995 (RJ 1995, 164), de 18 de abril de 1995 (RJ 1995, 3421), de 13 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1251) y de 25 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7479).

La Sentencia de 22 de marzo de 1991 (RJ 1991, 9809) que había declarado preferente a la mujer frente al varón fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional por el varón postergado, alegando vulneración de la igualdad ante la ley por no atenderse al principio de masculinidad. El Tribunal Constitucional denegó el amparo en Sentencia de 6 de julio de 1995, núm. 114/1995, dado que el principio de igualdad no concede derecho a imponer o exigir diferencias en el trato.

Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 1997, núm. 126/1997, en una cuestión de inconstitucionalidad, declaró que la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios no suponía una discriminación contra la mujer, habida cuenta de que el título nobiliario es un «honor», con carácter simbólico. De esta manera, el principio de varonía recobró toda su vigencia. En consecuencia, el Tribunal Supremo tuvo que modificar su doctrina para adaptarla a lo establecido por el Tribunal Constitucional, y declaró la preferencia del varón sobre la mujer. Cfr. Sentencias de 11 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8751), de 11 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8752), de 11 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8753), de 11 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8970), de 11 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8973), de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8754), de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8755), de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8756), de 13 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8974), de 13 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8975), de 13 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 8960), de 30 de julio de 1998 (RJ 1998, 6928), de 25 de enero de 1999 (RJ 1999, 633), de 19 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1345), de 17 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 7813) y de 10 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1820).

En la actualidad, 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, ha suprimido el criterio del sexo en la sucesión de los títulos nobiliarios.

La vinculación de los títulos nobiliarios implica que los títulos nobiliarios se *suceden post mortem*, que no son disponibles *mortis causa*, pues esta especial sucesión se difiere no por derecho hereditario, sino de sangre [Sentencia de 26 de junio de 1963 (RJ 1963, 3653) y de 7 de julio de 1986 (RJ 1986, 4414)]. El título nobiliario no se transmite *automáticamente* al óptimo heredero, sino que

quien se crea con derecho genealógico puede solicitar la sucesión. En caso de que se presenten varios candidatos, el mejor derecho a la sucesión se ventila ante la jurisdicción civil<sup>12</sup>.

En efecto, cuando fallece el ocupante de un título nobiliario, éste queda vacante. Se abre un periodo de tiempo para que quien se encuentre dentro de los llamamientos, solicite la sucesión. El Real Decreto 222/1988, de 11 de marzo, de Títulos Nobiliarios y Grandezas (BOE de 18 de marzo, núm. 67) ha establecido tres plazos sucesivos –los dos primeros de un año cada uno y el tercero de tres años<sup>13</sup>– para que solicite la sucesión quien se encuentre dentro de los llamamientos.

Se sucede también *post mortem* en el supuesto en el que el anterior ocupante haya sido privado del título por indignidad, pues la transmisión se efectúa al ocurrir el fallecimiento del titular [artículo 5 de la Ley de 4 de mayo de 1948 (BOE de 5 de mayo, núm. 126) y artículo 7.2 del Decreto de 4 de junio de 1948].

La vinculación de los títulos nobiliarios implica también que el poseedor de un título nobiliario carece del «*ius disponendi*» en las relaciones *inter vivos*<sup>14</sup>.

Las excepciones a estas reglas, como la cesión del artículo 12 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 o la facultad de distribución del artículo 13 del mismo Decreto, así como la designación del sucesor, requieren autorización real<sup>15</sup>. En efecto, la jurisprudencia

<sup>12</sup> Cfr. Sentencia de lo Contencioso-Administrativo de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1087).

Cfr. Dictámenes del Consejo de Estado, núm. 3093/1995, de 18 de julio de 1996; núm. 446, de 22 de abril de 1999; núm. 498, de 9 de mayo de 2002; núm. 718, de 23 de mayo de 2002.

<sup>13</sup> El Real Decreto 222/1988, de 11 de marzo, ha modificado el artículo 6 párrafo primero del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, cuya redacción original concedía tres plazos sucesivos de un año cada uno, para que solicitasen la sucesión quienes se encontrasen en el orden de preferencia.

El artículo 6 del Real Decreto de 14 de febrero de 1847 había establecido un plazo de seis meses para que el que le correspondiera por sucesión solicitase la Real Cédula de confirmación, previo pago del impuesto o contribución.

<sup>14</sup> La Sentencia de 27 de septiembre de 1873 (JC 1873, 278) admite la enajenación onerosa del título nobiliario como consecuencia de la «Real facultad de libre uso del título» concedida al antecesor del actor, el 24 de febrero de 1803.

<sup>15</sup> Sobre la facultad de distribución, cfr. Sentencias de 10 de abril de 1961 (RJ 1961, 1801), de 8 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3669), de 5 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8145), de 5 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3441), de 16 de abril de 1996 (RJ 1996, 3092), de 13 de junio de 1996 (RJ 1996, 4766), de 4 de abril de 2002 (RJ 2002, 2432), de 11 de mayo de 2002 (RJ 2002, 4054) y de 25 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 585), y cfr. Dictámenes del Consejo de Estado, núm. 1591, de 6 de junio de 1996; núm. 3413/2000, de 11 de enero de 2001; núm. 651, de 13 de mayo de 2004, y núm. 469, de 30 de marzo de 2006, entre otros.

La Sentencia de 27 de julio de 1987 (RJ 1987, 5877) declaró la validez de la cesión o transmisión *inter vivos* del título nobiliario, a un hermano de doble vínculo, por haber sido autorizada por la Reina Isabel II, pues «quien es creador de dignidades nobiliarias tiene también soberana potestad para suprimirlas y asimismo para modificarlas». Cfr. Sentencias

dencia ha entendido que la vinculación de los títulos nobiliarios afecta, no sólo al orden de sucesión, sino también a la facultad de disposición. Así, la Sentencia de 7 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9324) afirma: «es igualmente principio declarado que quien ostenta un título no es un auténtico «dominus» del mismo y sí sólo su poseedor, razón por la cual, al carecer del «ius disponendi», sus facultades vienen limitadas a la transmisión de lo que en realidad le ha sido otorgado, esto es, la posesión del título»; y la Sentencia de 21 de mayo de 1964 (RJ 1964, 2732): «[los títulos nobiliarios] por su propia naturaleza, no implican una propiedad sujeta a las normas generales del Derecho Civil, sino que constituye un bien jurídico, cuya posesión, disfrute y transmisión se rige por normas especiales».

Por otro lado, la regulación introducida por el Real Decreto de 11 de marzo de 1988 sobre la rehabilitación exige la existencia de parentesco por consanguinidad con el último poseedor legal<sup>16</sup>, sin requerir que el solicitante sea también pariente del primer poseedor legal<sup>17</sup>. Además, incluye como límite para la rehabilitación, que el solicitante no exceda del sexto grado de parentesco por consanguinidad con el último poseedor legal. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2708) ha denegado la rehabilitación solicitada por quien ostentaba un parentesco que excedía del sexto grado de consanguinidad.

De esta manera, ya no se salvaguarda que el título permanezca en el linaje del primer poseedor<sup>18</sup>, sino que actualmente cabe que el título salga del linaje o stirpe originarios, con el consiguiente debilitamiento del derecho genealógico y del principio de vinculación perpetua. Quien obtiene Carta de habilitación inicia una nueva línea y orden de sucesión; aunque el título sigue vinculado con el orden de suceder establecido en la constitución del título o grandeza.

El Real Decreto de 14 de noviembre de 1885 limitaba todavía más el derecho genealógico, al contemplar expresamente, que en

---

de 19 de octubre de 1961 (RJ 1961, 3312), de 30 de junio de 1978 (RJ 1978, 3512), de 27 de julio de 1987 (RJ 1987, 5877) y de 17 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1349).

Cfr. las Sentencias de 9 de febrero de 1999 (RJ 1999, 535) y de 28 de julio de 2009 (RJ 2009, 4578) sobre la designación del sucesor.

<sup>16</sup> Cfr. Sentencia de 29 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3054).

<sup>17</sup> El Real Decreto de 14 de noviembre de 1885 (Gaceta de Madrid, de 18 de noviembre, núm. 322) exigió que el solicitante debía ser descendiente en línea directa o colateral hasta el décimo grado inclusive del *último poseedor* (artículo 2). El artículo 3, letra g) del Real Decreto de 8 de julio de 1922 (Gaceta de Madrid, de 12 de julio, núm. 193) requirió para poder solicitar la rehabilitación de un título vacante, ser pariente consanguíneo (en línea directa o colateral, sin límite de grado), del *último* y del *primer* poseedor legal del título o grandeza.

<sup>18</sup> Véase una crítica en VALLTERRA FERNÁNDEZ, *Derecho nobiliario español*, cit., pp. 279 y ss.; y en TABOADA ROCA, *Estudios...*, volumen II, cit., pp. 403 y ss. y pp. 961 y ss.

caso de que el declarado con preferente derecho no acreditase las condiciones económicas necesarias para llevar el título decorosamente, se concederá la merced al que hubiese sido declarado más próximo en defecto del primero (artículo 7).

## 2. LA POSESIÓN CIVILÍSIMA

La vinculación de los títulos nobiliarios ocasionó su asimilación a las «vinculaciones y mayorazgos», y el sometimiento a las reglas que rigen los mayorazgos (leyes 40 a 46 de Toro y concordantes de la Novísima Recopilación, Libro 3, título 5; Libro 6, títulos 1 y 2; Libro 10, título 17).

En este sentido, se aplicó a la sucesión de los títulos nobiliarios la doctrina de la posesión civilísima: «*Mandamos que las cosas que son de mayorazgo, agora sean villa, ó fortalezas, ó de otra qualquier calidad que sean, muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de reprehensión de posesion se traspase la posesion civil, y natural en el siguiente en grado que segun la disposicion del mayorazgo debiere succeder en él, aunque haya otro tomado la posesion de ellas en vida del tenedor del mayorazgo, ó el muerto, ó el dicho tenedor le haya dado posesion dellas*» (ley 45 de Toro).

La posesión civilísima a favor del inmediato sucesor sin acto alguno de aprehensión material produjo la transmisión *ipso iure*, sin necesidad de toma de posesión material, y dio lugar al denominado «dogma de la imprescriptibilidad» de los títulos nobiliarios.

Así, una primera jurisprudencia del Tribunal Supremo había declarado que los títulos nobiliarios por tener el concepto de vinculaciones, se sometían a la ineludible aplicación de las normas de los mayorazgos, y en concreto de la ley 45 de Toro sobre la posesión civilísima, por lo que, en consecuencia, no eran susceptibles de prescripción. Entre otras cabe citar las Sentencias de 29 de diciembre de 1914 (JC 1914, 210), de 22 de diciembre de 1922 (JC 1922, 162), de 24 de noviembre de 1923 (JC 1923, 131), de 18 de mayo de 1927 (JC 1927, 47), de 24 de junio de 1927 (JC 1927, 187), de 8 de noviembre de 1927 (JC 1927, 36), de 17 de junio de 1930 (JC 1930, 48), de 25 de junio de 1952 (RJ 1952, 1519), de 24 de diciembre de 1952 (RJ 1953, 247), de 4 de julio de 1955 (JC 1955, 304), de 19 de noviembre de 1955 (RJ 1955, 3580), de 1 de abril de 1959 (JC 1959, 212), de 14 de marzo de 1960 (RJ 1960, 962), de 5 de julio de 1960 (RJ 1960, 2620), de 20 de mayo de 1961 (RJ 1961, 1875), de 20 de mayo de 1961 (RJ 1961, 1876), de 3 de noviembre de 1962 (RJ 1962, 4155), de 21 de mayo de 1964

(RJ 1964, 2732), de 30 de junio de 1965 (RJ 1965, 3955), de 29 de noviembre de 1967 (RJ 1967, 4866), de 2 de diciembre de 1967 (RJ 1967, 4951), de 22 de febrero de 1972 (RJ 1972, 1896), de 3 de abril de 1972 (RJ 1972, 1575), de 28 de septiembre de 1972 (RJ 1972, 3810) y de 22 de marzo de 1978 (RJ 1978, 1056)<sup>19</sup>.

En efecto, la ley 45 de Toro concedía la posesión civilísima únicamente al óptimo heredero, a quien tiene el mejor derecho absoluto y *erga omnes*. Implicaba la imprescriptibilidad –adquisitiva y extintiva– de los títulos nobiliarios, pues quien tiene la posesión civilísima puede demandar en cualquier momento su mejor derecho; y quien posee el título sin tener la posesión civilísima, es decir, sin tener el óptimo derecho genealógico, ostenta una posesión precaria, que no sirve a efectos de prescripción y cede ante la reclamación imprescriptible del mejor derecho, absoluto y *erga omnes*, del óptimo heredero<sup>20</sup>.

Ahora bien, por un lado, la desvinculación de los títulos nobiliarios de los bienes patrimoniales, y por otro, que personas sin el óptimo derecho genealógico se incluyan en los llamamientos de la sucesión y puedan solicitar la rehabilitación del título nobiliario, han modificado por la vía de hecho, la posesión civilísima<sup>21</sup>. Pues, se ha extendido la *protección* de la posesión civilísima a quien ostenta mejor derecho *relativo*.

En este sentido, la doctrina jurisprudencial afirmó que «el privilegio de la posesión civilísima de la Ley 45 de Toro le corresponde, no sólo al óptimo sucesor o heredero único del Mayorazgo, sino también al proclamado legítimamente; es decir, al que tenga un mejor derecho, si bien con la diferencia de que, en tanto al primero le asiste ese privilegio con carácter absoluto, *erga omnes*, frente a todos los demás aspirantes, en cambio el segundo sólo lo tiene con carácter relativo, esto es, en relación con quien ostente un derecho

<sup>19</sup> La jurisprudencia declara la imprescriptibilidad de los títulos nobiliarios, con independencia de que el demandado lleve poseyendo más o menos de cuarenta años; así en las Sentencias de 25 de junio de 1952 (RJ 1952, 1519) y de 1 de abril de 1959 (JC 1959, 212) habían poseído durante treinta y dos y treinta y seis años, respectivamente; en la Sentencia de 19 de noviembre de 1955 (RJ 1955, 3580) el demandado, vencido en el juicio, llevaba poseyendo el título nobiliario cincuenta y ocho años.

La Sentencia de 29 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9981) declara que los títulos nobiliarios son imprescriptibles, si bien en el procedimiento no se había alegado la prescripción.

<sup>20</sup> Cfr. Sentencias de 29 de diciembre de 1914 (JC 1914, 210), de 20 de mayo de 1961 (RJ 1961, 1875), de 3 de abril de 1972 (RJ 1972, 1575) y de 18 de noviembre de 1974 (JC 1974, 451).

<sup>21</sup> GUERRERO BURGOS admite que en el procedimiento administrativo pueda solicitar el título cualquiera con derecho genealógico; pero considera que jurisdiccionalmente sólo debería poder reclamarlo quien ostente el mejor derecho genealógico *erga omnes* (cfr. *En torno al problema de la seguridad jurídica en la posesión de títulos nobiliarios*, en «Revista de Derecho Privado», 1954, pp. 783 y ss.).

de categoría inferior; constituyendo esa posesión civilísima la base y fundamento de la imprescriptibilidad de los títulos y grandezas» [Sentencia de 30 de marzo de 1970 (RJ 1970, 1591)]; y que «no puede admitirse la tesis de que ante los tribunales solo puede invocar su preferente derecho quien lo tenga de un modo absoluto *erga omnes*, pues la probanza de ese mejor derecho no precisa que sea frente a todos, sino que basta lo sea tan solo respecto del que detenta el título» [Sentencia de 5 de julio de 1960 (RJ 1960, 2620)]<sup>22</sup>.

La jurisprudencia ha estimado la posesión civilísima de quien tiene mejor derecho relativo, en las Sentencias de 4 de julio de 1955<sup>23</sup> (JC 1955, 304), de 19 de octubre de 1961 (RJ 1961, 3312), de 3 de noviembre de 1962 (RJ 1962, 4155), de 30 de junio de 1965 (RJ 1965, 3955), de 21 de mayo de 1971 (RJ 1971, 2902), de 28 de septiembre de 1972 (RJ 1972, 3810), de 23 de abril de 1973 (RJ 1973, 1843), de 22 de marzo de 1978 (RJ 1978, 1056) y de 5 de noviembre de 1982 (RJ 1982, 6525).

La extensión de la protección de la posesión civilísima, no sólo al óptimo heredero, sino a cualquiera que tenga mejor genealógico de manera relativa, ha debilitado la posesión civilísima<sup>24</sup>. «La posesión civilísima, piedra angular del sistema nobiliario, vigente en la materia que nos ocupa, transmite, en efecto, automáticamente, «*ipso iure*», al prellamado (sea o no el óptimo) el derecho de posesión («*ius possessionis*») de la dignidad nobiliaria y, por tanto, le otorga un «mejor derecho» a poseerla frente al poseedor legal, real y efectivo (de peor derecho) de la misma, pero la referida posesión civilísima (por el mero hecho de alegarla o de, efectivamente, tenerla) *no puede, por sí sola, desplegar virtualidad legitimadora alguna en cuanto a la posesión real y efectiva del título cuestionado*, hasta que aquélla (la posesión civilísima y su consecuente

<sup>22</sup> Por el contrario, la Sentencia de 9 de junio de 1964 (RJ 1964, 3216) parece deducir que la prescripción se deriva de la consideración de que exclusivamente el óptimo heredero tiene la posesión civilísima, por lo que los efectos de la imprescriptibilidad benefician únicamente al óptimo heredero *erga omnes*, pero la prescripción perjudica a todos los demás. Cfr. en el mismo sentido, la Sentencia de 27 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1215). Sin embargo, esta consideración estricta de la posesión civilísima conlleva la falta de acción para demandar por parte de quien tiene un derecho genealógico relativo, aunque sea *mejor* derecho que el que ostenta el poseedor del título nobiliario; puesto que por la posesión civilísima, únicamente sería el óptimo heredero quien podría ejercitar la acción [Sentencia de 8 de noviembre de 1927 (JC 1927, 36)].

<sup>23</sup> La Sentencia de 4 de julio de 1955 (JC, 1955, 304) estima la demanda de quien tenía mejor derecho genealógico relativo, frente al demandado quien había poseído junto a sus antecesores, más de cuarenta años.

<sup>24</sup> La doctrina aboga por la protección al óptimo heredero. Cfr. VALLTERRA FERNÁNDEZ, L., *Derecho nobiliario. El dogma de la imprescriptibilidad*, Granada, 2004, p. 95; VOLTES BOU, P., *El mecanismo de rehabilitación de títulos nobiliarios y sus peculiaridades respecto del ordenamiento procesal*, en «Revista jurídica de Cataluña», 1957, pp. 516 y ss.; LÓPEZ VILAS, R., *Régimen jurídico de los títulos nobiliarios*, Madrid, 1974, pp. 30 y 31.

«mejor derecho») sea declarada por resolución judicial firme en el proceso correspondiente seguido contra el que legalmente lo viene ostentando» [Sentencia de 28 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 10157)]. En consecuencia, la posesión civilísima de los títulos nobiliarios se ha desvirtuado y perdido su significado, aunque algunos pronunciamientos la siguen mencionando.

Asimismo, la normativa sobre la rehabilitación<sup>25</sup> ha debilitado la posesión civilísima<sup>26</sup>. En efecto, desde el primer momento, se entendió que la rehabilitación se expedía *sin perjuicio de tercero*<sup>27</sup>. El Real Decreto de 13 de junio de 1879 (*Gaceta de Madrid*, de 14 de junio, núm. 165) había previsto que la rehabilitación se entenderá siempre sin perjuicio de tercero de mejor derecho<sup>28</sup>. El Real Decreto de 14 de noviembre de 1885 estableció que se introdujera expresamente<sup>29</sup>. Asimismo, lo acoge el artículo 12 del Real Decreto de 8 de julio de 1922<sup>30</sup>. Por tanto, quien tiene mejor derecho genealógico que el solicitante, aunque no tenga el óptimo derecho, puede pedir la declaración de su mejor derecho.

<sup>25</sup> A lo largo del siglo XIX y principios del XX, se ha sucedido diferente normativa sobre la rehabilitación de los títulos nobiliarios caducados. En unas normas se recogía una prohibición absoluta; mientras que en otras se permitía la rehabilitación por *motivos de justicia y equidad*, por *atendibles razones*, o por una *causa justa*. En efecto, el Real Decreto de 1 de octubre de 1858 prohibió la rehabilitación de los títulos *cancelados*. Esta prohibición fue suprimida por el Real Decreto de 4 de diciembre de 1864, cuyo artículo 2 permitió la rehabilitación, cuando recayesen motivos *de justicia y equidad*. El Real Decreto de 13 de junio de 1879 exigió haberse oído antes el dictamen de la Sección de Estado y Gracia y Justicia del Consejo de Estado. El Real Decreto de 11 de junio de 1883 permitió la rehabilitación del título por *atendibles razones* a cualquiera de los individuos que justifiquen estar comprendidos en los llamamientos del decreto de creación. El Real Decreto de 25 de julio de 1884 prohibió la rehabilitación de títulos y grandezas. El Real Decreto de 14 de noviembre de 1885 levantó la prohibición, y entre otros requisitos para alzar la caducidad de los títulos requirió *atendibles razones*.

La rehabilitación se solicita a Su Majestad, el Rey, por el interesado. La resolución de los expedientes de rehabilitación se acordará mediante Real Decreto que será publicado en el Boletín Oficial del Estado (artículo 4 y siguientes del Real Decreto de 8 de julio de 1922 sobre Rehabilitación de Grandezas y Títulos, modificado por el Real Decreto 222/1988, de 11 de marzo).

<sup>26</sup> TABOADA ROCA califica esta normativa de *aberrante* (cfr. *Estudios...*, volumen II, cit., pp. 893 y ss.).

<sup>27</sup> Cfr. Sentencia de 28 de septiembre de 1972 (RJ 1972, 3810).

<sup>28</sup> Por tercero hay que considerar a cualquiera con mejor derecho, aunque ya haya intervenido en el expediente, y sobre la crítica a esta cláusula, véase TABOADA ROCA, *Estudios...*, volumen II, cit., pp. 277 y ss.

<sup>29</sup> El artículo 9 del Real Decreto de 14 de noviembre de 1885: «Toda rehabilitación de grandeza o título se hará siempre con la cláusula de, *sin perjuicio de tercero de mejor derecho*, el cual habrá de ejercitarse en juicio ordinario, haciéndose en su caso el Tribunal correspondiente la declaración de preferencia a ser agraciado con la dicha merced».

<sup>30</sup> La Sentencia de 29 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3054) afirmó que «el expediente de rehabilitación se otorga sin perjuicio de tercero y, dado el carácter vinculado y perpetuo de los títulos nobiliarios sujetos al orden regular de suceder, dicho expediente no altera los derechos del óptimo poseedor y, en consecuencia, no consolida derechos ajenos a los propios del titular del mejor derecho a suceder, aun cuando éste no haya intervenido en el expediente rehabilitador, no se haya visto favorecido por éste o haya hecho dejación de sus derechos». En el supuesto habían transcurrido treinta y cuatro años desde la rehabilitación.

### 3. LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EN LA JURISPRUDENCIA

La tradicional imprescriptibilidad de los títulos nobiliarios se vio legalmente interrumpida por un precepto –el artículo 18 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912–, que introdujo una consolidación en el título nobiliario mediante la posesión durante quince años: «La posesión continuada y no interrumpida durante quince años de cualquier distinción nobiliaria la consolida los que las disfruten, pudiendo completar el tiempo los actuales poseedores sumando al suyo el de sus causantes. Esta prescripción no podrá perjudicar a los que estuviesen sujetos a tutela siempre que ejerciten su derecho en los cuatro años siguientes a su emancipación, ni a aquellos que tuvieran pendiente contienda judicial respecto a las mismas dignidades».

La reacción contra este precepto fue unánime. Tuvo nula repercusión práctica y no llegó a aplicarse, por ser contrario a la naturaleza, fines y orden de suceder de los títulos nobiliarios. La jurisprudencia desde el principio declaró improcedente la aplicación de este artículo 18 negando la existencia de una prescripción adquisitiva. La argumentación denegatoria se justificó con motivos formales dado su carácter reglamentario sin fuerza para derogar los preceptos legales contrarios que rigen la sucesión de los títulos nobiliarios; sin que le obste el que tenga fuerza de ley por haber sido incorporada por el artículo 9 de la Ley de Presupuesto de 26 de diciembre de 1914 (*Gaceta de Madrid*, de 27 de diciembre, núm. 361). Pues esta Ley, por su carácter esencialmente económico, no tiene ni debe tener la misión de modificar derechos sustantivos ya regulados en otras leyes especiales.

Entre los pronunciamientos desestimatorios de la procedencia de la prescripción adquisitiva prevista en el artículo 18 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, cabe citar las Sentencias de 22 de diciembre de 1922 (JC 1922, 162), de 24 de junio de 1927 (JC 1927, 187), de 8 de noviembre de 1927 (JC 1927, 36), de 24 de diciembre de 1952 (RJ 1953, 247), de 14 de marzo de 1960 (RJ 1960, 962), de 10 de abril de 1961<sup>31</sup> (RJ 1961, 1801), de 20 de mayo de 1961 (RJ 1961, 1875), de 7 de diciembre de 1965 (JC 1965, 836), de 3 de abril de 1972 (RJ 1972, 1575) y de 26 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3342).

<sup>31</sup> La Sentencia de 10 de abril de 1961 (RJ 1961, 1801) reitera la jurisprudencia que declara improcedente la aplicación del referido artículo 18. Sin embargo, no casa las sentencias de instancia que habían aplicado el artículo 18 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 y admitido la excepción de prescripción, pues por aplicación de las reglas del mejor derecho genealógico, el fallo sería idéntico aunque con base en argumentos distintos.

Finalmente, el artículo 18 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 fue expresamente derogado por el Decreto de 4 junio en 1948<sup>32</sup>.

En la segunda mitad del siglo xx, la jurisprudencia dinamitó el «dogma de la imprescriptibilidad» de los títulos nobiliarios derivado de la ley 45 de Toro<sup>33</sup>; modificando la doctrina jurisprudencial hasta la estimación y articulación jurídica de la prescripción o *usu-capión* del título nobiliario. Esta evolución se realizó en dos momentos bien determinados: en el primero, afirmando la posibilidad de prescripción; y en el otro, acogiendo una «prescripción adquisitiva inmemorial» de los títulos nobiliarios, por la posesión pública, pacífica y continua durante el plazo de cuarenta años.

En efecto, en un primer momento, la Sentencia de 9 de junio de 1964 (RJ 1964, 3216) extendió la aplicación a los títulos nobiliarios de la prescripción inmemorial de cuarenta años, establecida para la prueba de los bienes que pertenecen al mayorazgo según la ley 41 de Toro, como un correctivo al dogma de la imprescriptibilidad de la ley 45 de Toro. En este sentido la ley 41 de Toro disponía: «*Mandamos que en el mayorazgo se pueda probar la escritura de la institucion del que con la escriptura de la licencia del Rey que la dió, seyendo tales las dichas escripturas que haga fé: ó por testigos que depongan en la forma que el derecho quiere del temor de las dichas escripturas; y asi mismo por costumbre inmemorial provada con las qualidades, que concluyan los pasa-*

---

<sup>32</sup> Cfr. TABOADA ROCA, *Los títulos...*, cit., pp. 103 y ss.; JIMÉNEZ ASENJO, E., *El dogma de la imprescriptibilidad del Derecho nobiliario*, en «Hidalguía», 1958, pp. 869 y ss.; MAYORALGO Y LODÓN, ob. cit., p. 167.

VALLTERRA FERNÁNDEZ considera que lo *abrogó* (cfr. *Derecho nobiliario español*, cit., p. 331).

<sup>33</sup> La jurisprudencia afirma que las Leyes de Toro no se integran en el Derecho de Aragón. Las Sentencias de 10 de octubre de 1961 (JC 1961, 618), de 6 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 6211) y de 12 de junio de 1991 (RJ 1991, 4446) establecen que los títulos nobiliarios de Aragón no quedan sometidos a las leyes de Toro, sino al Fuero VI, «de prescriptionibus» del Libro VII del Código de Huesca de 1247 «que faculta a quien posee una heredad durante treinta años y un día a oponer con éxito esa prescripción general y extraordinaria, entendiéndose por heredad todo aquello que se transmite por herencia, lo que origina la prescriptibilidad de los títulos nobiliarios aragoneses». Por tanto, estiman la prescripción de un título nobiliario aragonés con una posesión durante treinta años y un día. Cfr. Sentencia de 1 de julio de 1972 (RJ 1972, 3669).

La Sentencia de 24 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2281) matiza el fuero aplicable: «por tratarse de un Título nobiliario aragonés ha de aplicarse no la legislación castellana sino la aragonesa, representada por el Fuero VI, «de prescripciones» del Libro VII del Código de Huesca (que en realidad y según la más generalizada posición de los Historiadores del Derecho Español no es tal Fuero Oscense, sino una Compilación del Derecho Foral Aragonés en la que aparecen integrados diversos Fueros, Observancias y Actos de Corte de referido Reino, obra que se inicia hacia 1247 a instancia del Rey don Jaime I y concluye al parecer sobre 1715; a su vez y en lo que a la expresada cita del Fuero Oscense, es de señalar, que en otras Compilaciones aparece con las siglas de «Fuero II, *De partitionibus*», Libro VII de la Compilación de Huesca, o también de la Compilación del Reino de Aragón)».

*dos aver tenido y poseydo aquellos bienes por mayorazgo: es á saber que los hijos mayores legitimos y sus descendientes succedian en los dichos bienes por via mayorazgo, caso que el tenedor dexase otro hijo, ó hijos legitimos sin darles los que succedian en el dicho mayorazgo alguna cosa, ó equivalencia por succeder en él: y que los testigos sean de buena fama: y digan que asi lo vieron ello pasar por tiempo de cuarenta años: y asi lo oyeron decir á sus mayores, y ancianos que ellos siempre asi lo vieron y oyeron: y que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario: y que dello es publica voz y fama, y comun opinion entre los vecinos y moradores de la tierra».*

Los hechos de esta sentencia son los siguientes. La demandada había sucedido en el título nobiliario a su padre, quien por Real Decreto de 13 de diciembre de 1918 había rehabilitado el título caducado. El actor de condición boliviana interpuso demanda el 8 de noviembre de 1956, por tanto, antes del transcurso de los cuarenta años desde la rehabilitación, alegando tener la posesión civilísima. El Juzgado estimó la demanda y la Audiencia la confirmó. El Tribunal Supremo casó la sentencia, y desestimó la demanda, porque el actor *no había probado, ni siquiera alegado su condición de óptimo sucesor para obtener declaración judicial de su preferente derecho al Título.*

El Tribunal Supremo, *obiter*, introdujo la *prescriptibilidad* de los títulos nobiliarios, y fijó el plazo de la prescripción inmemorial en cuarenta años. Afirmó que la posesión inmemorial de un título nobiliario *constituía prueba* de la constitución, modificación y alteración del orden sucesorio de un mayorazgo, formulando la siguiente doctrina:

«Que la afirmación del dogma de la imprescriptibilidad aunque circunscrita a sus límites naturales, inducida de la ley 45 de Toro, no puede dejar en olvido la existencia de un importante correctivo, que aunque propiamente deje indemne tal dogma, *por no presentarse técnicamente como una prescripción*, le afecta en la posibilidad de sus aplicaciones extremas, correctivo que viene afirmado por la ley 41 de Toro, según lo cual, el mayorazgo además de por la fundación se puede probar «por costumbre inmemorial», costumbre o posesión inmemorial que no prueba únicamente la constitución de un mayorazgo sino también su modificación y la alteración del orden sucesorio, como corroboraba unánimemente la doctrina mayorazguista; de ahí que la posesión inmemorial pueda perjudicar a los sucesores prellamados, porque consiste en presumir un privilegio de innovación del título anterior a la posesión misma, privilegio de cuya prueba queda dispensado quien acredite esta posesión (...) por lo que en todo caso, *la línea o rama que haya disfrutado del Título sin dejarlo caducar durante cuarenta años, deberá ser mantenida en su posesión frente a todos*».

El primer pronunciamiento que acogió la «prescripción adquisitiva inmemorial» de los títulos nobiliarios, se produce veinte años después<sup>34</sup>. Fue la Sentencia de 7 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1151), que retomando la sentencia anterior, estimó que el título nobiliario obtenido por rehabilitación válida ha sido consolidado por prescripción. El Juzgado había estimado la demanda de mejor derecho a usar y disfrutar de un título nobiliario; la Audiencia la confirmó. El Tribunal Supremo casó la sentencia, desestimó la demanda y absolvió a las demandadas, con los siguientes fundamentos:

«El mayorazgo (y por analogía los títulos nobiliarios en general) se pueden probar por costumbre inmemorial, con base en la Ley de Toro, por lo que en todo caso *la línea o rama que haya disfrutado del título sin dejarlo caducar durante cuarenta años deberá ser mantenida en su posesión frente a todos (...)* Por otra parte, en favor de la reimplantación de la prescripción se tiene su raigambre histórica, Ley 41 (de Toro) y artículo 18 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, así como el Ordenamiento de Alcalá y la Novísima Recopilación; *la posesión inmemorial presupone una permanencia en la posesión del título que no hubiera sido posible sin un título original legítimo, de modo que la dejación de derechos por los prellamados, en estrecho lazo con el transcurso del tiempo, es sucedáneo idóneo para la convalidación de la adquisición de una merced nobiliaria; a lo que cabe añadir la seguridad jurídica que produce la prescripción con la eliminación de numerosos pleitos; en definitiva, la tesis de la posesión civilísima no podrá en todo caso eludir que se apliquen a supuestos como el debatido la doctrina de la prescripción, como institución de carácter general, que ha de tenerse en cuenta en el ejercicio de los derechos para dar seguridad y certeza a las relaciones jurídicas (...)* puesto que acreditado como hecho probado que *obtuvo la rehabilitación del título discutido en 1884, sus sucesores han consolidado por prescripción o posesión, que a estos efectos puede considerarse inmemorial, con la concurrencia de los demás requisitos legales, la adquisición del título o merced, como poseedores exclusivos por sí y sus sucesores*». En la segunda sentencia: «Que es de ratificar la fundamentación que se aduce para la desestimación de la demanda formulada por doña..., con apoyo en la posesión continuada e ininterrumpida que desde el año 1884 ostenta la demandada mediante accesión de posesiones de sus predecesores hasta don..., que obtuvo su rehabilitación válida».

<sup>34</sup> Durante estos veinte años, en otros procedimientos se había planteado y desestimado la prescripción adquisitiva de cuarenta años. La Sentencia de 30 de marzo de 1970 (RJ 1970, 1591) consideró que los títulos nobiliarios son imprescriptibles, y desestimó la argumentación del demandado de haber poseído plena, pública y pacíficamente el título nobiliario durante más de cuarenta años. La Sentencia de 2 diciembre de 1967 (RJ 1967, 4951) desestima la prescripción de los títulos nobiliarios alegada: «motivo que no puede prosperar no sólo *por la más constante doctrina de esta Sala que declara la imprescriptibilidad de los Títulos*, sino porque en todo caso el recurrente no ha disfrutado de la merced durante los cuarenta años». Cfr. Sentencias de 7 de diciembre de 1965 (JC 1965, 836) y de 22 de marzo de 1978 (RJ 1978, 1056).

Esta doctrina fue enseguida reiterada por otros pronunciamientos convirtiéndose en doctrina jurisprudencial. La Sentencia de 27 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1215) estimó el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia que había confirmado la de primera Instancia. En el supuesto, quedó probado que el actor tenía el óptimo derecho genealógico, de acuerdo con el principio de varonía y representación. Pero la demandada había consolidado por la posesión durante más de cuarenta años el título rehabilitado por su padre por Real Decreto de 2 de abril de 1923 y Real Despacho de 30 de agosto de 1923, y poseído por ella al fallecimiento de éste, mediante Resolución de 21 de abril de 1975 y Carta de Sucesión de 6 de octubre de 1975. Esta Sentencia reitera expresamente que *la línea o rama que haya disfrutado del Título sin dejarlo caducar durante un plazo que quedó fijado en cuarenta años, deberá ser mantenida en su posesión, frente a todos, incluyendo a quien ostente la posesión civilísima por tener el óptimo derecho absoluto.*

«Aquella Ley 45 [de las de Toro] que es la primera del Título XXIV del Libro XI de la Novísima Recopilación, rectamente interpretada conduce a la conclusión de que la posesión civilísima en ella establecida sólo opera a favor del heredero y no de cualquier pariente del causante, de suerte que para ampararse en el remedio posesorio de la misma hay que probar la condición de verdadero y propio sucesor del Mayorazgo pues cuando los llamamientos, por ser generales, pueden comprender a más de una persona, la posesión civilísima favorece únicamente a aquélla de entre todas que sea precisamente el heredero, dada la individualidad del Mayorazgo, es decir a aquella que tenga entre todos los posibles llamados el mejor derecho absoluto, de acuerdo con la posesión civilísima como posesión real y verdadera que sólo puede reconocerse a una persona, pues lo que dicha Ley 45 pretende es proteger al heredero único del Mayorazgo, congruentemente con la sustancia de esta Institución, que, con una mayor extensión, excedería sus límites naturales; *condición la de heredero único del Mayorazgo discutido ni siquiera alegada por la parte demandante y aquí recurrida y a quien la sentencia recurrida reconoce, sin embargo, el beneficio de la posesión civilísima y con ella el derecho a desposeer del Título cuestionado a la parte demandada y recurrente; y si debe apreciarse la errónea interpretación merecida por la Ley 45, también ha de serlo la falta de aplicación o violación negativa de la 41, que es la Ley primera del Título XVII del libro X de la Novísima Recopilación por cuanto el dogma de la imprescriptibilidad de la Ley 45, reducida según la interpretación reseñada antes a sus naturales límites, no puede dejar en olvido la existencia de un importante correctivo, [reproduce la doctrina de la sentencia anterior] argumentando en favor de la reimplantación de la misma *el que la dejación de los derechos por los prellamados junto con el transcurso del tiempo es sucedáneo idóneo para la convalidación de la adquisición de una merced nobiliaria, a lo que se añade el**

beneficio de la seguridad jurídica con la eliminación de numerosos pleitos, por todo lo cual la posesión civilísima no podrá eludir que a casos como el que el recurso trae a la consideración de esta Sala se *aplique de alguna manera la prescripción*, que, como Institución de carácter general, ha de tenerse en cuenta en el ejercicio de los derechos, para dar seguridad y certeza a las relaciones jurídicas».

La Sentencia de 14 de junio de 1986 (RJ 1986, 3552) menciona ya expresamente la «prescripción adquisitiva» y los «efectos adquisitivos» de la posesión inmemorial. Demanda quien tiene mejor derecho genealógico descendiente directo del segundogénito varón, contra el descendiente directo de la primogénita hembra, que había sucedido en el título por decisión de la madre, cuando ambos eran menores. El Tribunal Supremo se basa en la adquisición por *posesión continuada con un título justo, que permite iniciarla con ánimo de dominio y con buena fe, que se presume (artículos 434, 1940, 1950, 1952 y 1959 del Código Civil)*, a pesar de que la sentencia de primera Instancia había declarado *la nulidad e ineficacia jurídica de la cesión llevada a efecto el 1 de enero de 1886* por la madre de ambos menores.

«Queda constancia de la posesión pacífica del título nobiliario por los descendientes de Doña... hasta el demandado durante más de cuarenta años, período temporal que la Ley 41 de Toro estima suficiente para aplicar los efectos adquisitivos de la posesión inmemorial (...) Los razonamientos de hecho de la sentencia, que no niega las circunstancias de parentesco de las partes y su relación con el primer titular, ni desconoce el mejor derecho que pudo ostentar, en su día, el ascendiente directo del actor que no obtuvo el título nobiliario por decisión de su madre y representante legal, sino que *basa su decisión en la prescripción adquisitiva como efecto de la posesión inmemorial*».

Los siguientes pronunciamientos del Tribunal Supremo articulan la prescripción adquisitiva o usucapión de los títulos nobiliarios como un modo de adquirir con el único requisito de la posesión continuada y no interrumpida, pacífica y pública durante cuarenta años. Así, el Tribunal Supremo estima la prescripción adquisitiva de los títulos nobiliarios en las Sentencias de 23 de enero de 1987 (RJ 1987, 349), de 27 de julio de 1987 (RJ 1987, 5877), de 28 de abril de 1989 (RJ 1989, 9886), de 3 de enero de 1990 (RJ 1990, 3), de 8 de octubre 1990 (RJ 1990, 7481), de 12 de diciembre 1990 (RJ 1990, 9997), de 6 de marzo de 1991 (RJ 1991, 3072), de 12 de junio de 1991 (RJ 1991, 4446), de 13 de junio de 1996 (RJ 1996, 4766), de 4 de junio de 1997 (RJ 1997, 4782), de 7 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1041), de 17 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1349), de 9 de febrero de 1999 (RJ 1999, 535), de 11 de junio de 2001

(RJ 2001, 4334), de 20 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1177), de 17 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 878), de 30 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 411), de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8113), de 18 de marzo de 2008 (RJ 2008, 4055), de 10 de septiembre de 2008 (RJ 2208, 4645) y de 14 de febrero de 2011 (RJ 2011, 3311).

Otros pronunciamientos confirman esta doctrina jurisprudencial aunque desestiman la prescripción adquisitiva por no haber transcurrido el plazo de los cuarenta años. La Sentencia de 14 de julio de 1986 (RJ 1986, 4512) reitera la doctrina, pero no estima la prescripción, porque el recurrente había obtenido el título nobiliario mediante litigio que finalizó con la Sentencia de 22 de febrero de 1972 (RJ 1972, 1896). Las Sentencias de 21 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1420) y de 16 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8839) no estimaron la prescripción, porque el demandado había poseído durante treinta y seis años. La Sentencia de 29 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3054) declaró la preferencia del derecho genealógico del actor frente a quien había rehabilitado el título y poseído durante treinta y cuatro años.

#### 4. LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EN LA JURISPRUDENCIA

La trayectoria de la prescripción extintiva en la jurisprudencia ha sido paralela a la de la prescripción adquisitiva.

El «dogma de la imprescriptibilidad» de los títulos nobiliarios implicaba que la acción para reclamar el mejor derecho al título nobiliario no prescribía. En este sentido, la Sentencia de 18 de mayo de 1927 (JC 1927, 47) dedujo la imprescriptibilidad de la acción para reclamar el título de la posesión civilísima que no requiere ningún acto de aprehensión material: «que es imprescriptible el derecho y la acción para reclamarlo, que no cabe aplicar el artículo 1964 del Código civil, que constituye una vinculación de carácter perpetuo». La Sentencia de 22 de febrero de 1972 (RJ 1972, 1896) declara que no prescribe extintivamente el derecho a solicitar la sucesión o rehabilitación del título.

Admitida la prescripción adquisitiva de los títulos nobiliarios, se entendió que la acción para reclamar el mejor derecho también prescribía extintivamente. Sin embargo, la determinación del plazo de prescripción ha fluctuado.

En un primer momento, vigente ya la doctrina jurisprudencial sobre la prescripción adquisitiva de los títulos nobiliarios, la Sentencia de 20 de febrero de 1988 (RJ 1988, 1075) admitió que la acción para reclamar el mejor derecho genealógico a un título nobiliario prescribía en el plazo de quince años, por ser una acción

personal (*ex* artículo 1964 del Código civil), y que el plazo no corría durante la minoría de edad. La determinación del plazo fue decisivo en el caso de autos. Como habían transcurrido más de quince años, el fallo estimó la prescripción extintiva. Si no se hubiese estimado la prescripción extintiva, se habría estimado la demanda, declarando el mejor derecho del actor, frente al poseedor con una posesión de menos de cuarenta años. «El cómputo del plazo prescriptivo, que en estos casos será de quince años por tratarse de una acción personal, habida cuenta de que hoy día, los Títulos nobiliarios son meras distinciones u honores, sin otra vinculación o significación patrimonial directa, siéndoles de aplicación lo dispuesto en el artículo 1964 del Código Civil para las acciones personales sin término especial de prescripción». Esta sentencia fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, que por Auto 674/1988, de 23 de mayo, declaró la inadmisión del recurso.

La Sentencia de 5 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3441) *obiter* afirmó también que la acción para declarar el mejor derecho a un título nobiliario prescribía a los quince años, pero en el supuesto no se estima la excepción pues no había transcurrido el plazo de quince años. «Por ello ha de resolverse sobre la excepción de prescripción planteada por los demandados (única razón alegada para oponerse a la demanda, reveladora de su coincidencia de criterio en orden al requisito de la aprobación, y única cuestión defendida en el acto de la vista), y desestimarla porque desde que en 1987 se instó la sucesión en el vizcondado hasta la presentación de la demanda no ha transcurrido el plazo de quince años, que sería el aplicable a la acción ejercitada según Sentencia de esta Sala de 20 de febrero de 1988 (RJ 1988, 1075), en supuesto de título sujeto a prescripción adquisitiva. En ningún caso puede ser aplicable el plazo de un año propio a la tutela posesoria».

Ahora bien, estas dos sentencias no sólo no han sido seguidas por otros pronunciamientos, sino que han sido contradichas por una jurisprudencia consolidada, que fija en cuarenta años la prescripción extintiva de la acción. En efecto, la jurisprudencia entiende que la prescripción adquisitiva y la extintiva constituyen dos vertientes de la misma institución, que gozan del mismo fundamento; que la prescripción adquisitiva lleva ínsita la prescripción extintiva; que no puede prescribir extintivamente la acción sin que se haya consolidado adquisitivamente el derecho.

En este sentido, reproduzco la doctrina jurisprudencial:

«Pues sólo cabe la prescripción adquisitiva, fundada en otorgar fijeza y seguridad jurídica a las situaciones de hecho, si éstas –las

situaciones de hecho— no han sido contradichas durante cierto tiempo, en cuyo caso pasan a ser jurídicas en aras a la paz social que el Derecho protege, que es lo que ocurre en el presente caso, pues mal se podría haber usucapido si el derecho no hubiera sido abandonado por su titular con su no ejercicio, porque ejercitado se hubiera interrumpido la usucapión, de tal forma que ésta lleva ínsita la prescripción extintiva del derecho del primitivo titular, que deja de serlo por su abandono unido a la adquisición por otro; son, pues, una y otra prescripción, así contempladas, vertientes o puntos de mira diversos, pero conexos, de un mismo fenómeno jurídico, en el sentido expuesto de que no puede haber usucapión sin prescripción extintiva del derecho, ya que ejercitado éste, aquélla no se produce, implicando que si se alega la prescripción adquisitiva se está alegando, a su vez, la extintiva, siquiera pueda cuestionarse el fenómeno inverso» [Sentencia de 6 de marzo de 1991 (RJ 1991, 3072)].

«La prescripción extintiva o liberatoria, en cuanto no sólo extingue la acción, si no el derecho, no es de aplicación a los supuestos del mejor derecho genealógico a disfrutar de un título nobiliario (...) La prescripción adquisitiva parte de la situación de encontrarse vacante un título y en estado de abandono y su consolidación supone la extinción del derecho preferencial, pero no por el transcurso de los quince años, sino por el de los cuarenta, en posesión continuada sin haberlo dejado caducar y a fin de dar cobertura jurídica de firmeza a la realidad fáctica que se presenta. La prescripción adquisitiva, como declaró la Sentencia de esta Sala de 6 de marzo de 1991, lleva «ínsita» la extintiva, en cuanto el titular decae en sus derechos en favor de quien operó la adquisitiva, al venir a ser ambos aspectos o vertientes diversas, pero conexiones, ya que no puede haber usucapión sin prescripción extintiva del Derecho y ejercitado éste, antes del transcurso de los cuarenta años, la extinción no se ha verificado, conformándose así la propia naturaleza del Derecho Nobiliario que rectamente entendido posibilita el reintegro de las mercedes honoríficas al orden preferencial correspondiente» [Sentencia de 21 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1420)].

«Resultaría contrario a la más elemental lógica jurídica el establecer que la acción para hacer valer el mejor derecho a una dignidad nobiliaria se extingue (prescripción extintiva) por el transcurso de sólo quince años, ya que ello conduciría al absurdo jurídico de que el mero detentador de un Título sin haber consolidado su derecho por la usucapión de cuarenta años se vería protegido frente al que ostentara un mejor derecho genealógico a dicho Título, al que se negaría el ejercicio de su referido mejor derecho por no haber usado del mismo dentro del plazo de quince años, con lo que se produciría una situación de mera interinidad, que podría incluso ser de veinticinco años, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello comporta, en la que existiría un mero detentador del Título nobiliario en cuestión sin haber consolidado su derecho al mismo (por no haber transcurrido el repetido plazo de la usucapión del mismo) y, simultáneamente, otra persona con mejor derecho que aquél a la referida dignidad nobiliaria, a la que se negaría el ejercicio de su expresado mejor derecho por no haberlo hecho dentro del

plazo de quince años, debiendo, por tanto, en evitación de ese absurdo jurídico, establecerse una equiparación cronológica entre los plazos de las prescripciones adquisitiva y extintiva del mejor derecho a las dignidades nobiliarias, que debe ser el de cuarenta años» [Sentencia de 16 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8839)].

Esta doctrina ha sido reiterada por otros pronunciamientos jurisprudenciales como las Sentencias de 26 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9507), de 7 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1041)<sup>35</sup>, de 20 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1177), de 26 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3342), de 18 de marzo de 2008 (RJ 2008, 4055) y de 7 de junio de 2010 (RJ 2010, 5376)<sup>36</sup>.

## 5. LA CADUCIDAD DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS

El principio de vinculación perpetua se encuentra debilitado también por la caducidad de los títulos nobiliarios.

Históricamente se admitió una renuncia de los títulos nobiliarios. El Real Decreto de 28 de diciembre de 1846 (*Gaceta de Madrid*, de 29 de diciembre, s/núm.), en su artículo 8 concede la facultad de renunciar expresamente a los títulos nobiliarios, «*pero quedarán sin suprimirse durante dos sucesiones directas ó transversales, por si los quisiesen admitir sus herederos legítimos, en cuyo defecto tendrá lugar la supresión de la grandeza ó título, sin derecho a restablecerlo*». El artículo 9 entiende renunciado el título por el heredero que en el plazo de seis meses no pague el impuesto ni saque carta de confirmación, «*quedando sujeto para los efectos de su supresión á lo dispuesto en el artículo anterior*». Asimismo, el artículo 6 de la Instrucción de 14 de febrero de 1847 (*Gaceta de Madrid*, de 17 de febrero, num 4539) que desarrollaba el Real Decreto anterior sobre supresión de impuestos nobiliarios, había establecido que transcurridos los seis meses sin haberse solicitado la sucesión, se entendía *renunciado* al título o grandeza.

La Ley y el Real Decreto de 5 de diciembre de 1899 (*Gaceta de Madrid*, de 6 de diciembre, núm. 304) confirman las disposiciones

<sup>35</sup> La Sentencia de 7 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1041) admite el recurso de casación al negar que la prescripción extintiva del mejor derecho sea de quince años, pero no casa la Sentencia, pues como había transcurrido el plazo de cuarenta años, el poseedor ha prescrito el título nobiliario.

<sup>36</sup> La Sentencia de 7 de junio de 2010 (RJ 2010, 5376) hace coincidir el plazo de la prescripción adquisitiva y de la prescripción extintiva. Afirma que la fecha de la rehabilitación inicia tanto el plazo de los cuarenta años de la prescripción adquisitiva, porque la rehabilitación inicia la posesión material del título al hallarse caducado, como el plazo de la prescripción extintiva, pues hasta ese momento no es posible dirigir la acción contra quien ha instado la rehabilitación.

anteriores, y el artículo 11 del Real Decreto añade la publicación de la vacante en la *Gaceta de Madrid*, a partir de cuya fecha empezará a contar las dos sucesiones.

El Real Decreto de 8 de julio de 1922 había determinado que las Dignidades nobiliarias incurrieran en una «caducidad automática», cuando transcurrieran tres años desde la muerte del último poseedor sin haber sido solicitada la sucesión en las mismas. No obstante, podían ser rehabilitadas, sin límite de tiempo, siempre que se cumplieran los requisitos de la rehabilitación.

Actualmente, el título nobiliario incurre en caducidad cuando transcurre el periodo de tiempo previsto de cinco años en estado de vacante, desde el fallecimiento del último poseedor, sin que haya sido solicitada la sucesión. El Real Decreto 222/1988, de 11 de marzo, ha establecido un plazo de tiempo de cuarenta años, en el cual se podrá solicitar la rehabilitación del título: «aquellas grandezas y títulos perpetuos que hubieran incurrido en caducidad y no hubieran permanecido en tal situación durante cuarenta o más años, podrán ser rehabilitados con sujeción a las formalidades y requisitos contenidos en los artículos siguientes y en las demás disposiciones de aplicación» (artículo 3 del Real Decreto de 8 de julio de 1922, modificado por el Real Decreto 222/1988, de 11 de marzo).

El título nobiliario que incurre en caducidad y permanece en tal situación durante cuarenta años, se suprime y ya no se podrá rehabilitar<sup>37</sup>.

La Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto 222/1988, de 11 de marzo, abrió un plazo de un año, a contar desde la entrada en vigor el 18 de marzo de 1988, para que se admitiesen a trámite las solicitudes de rehabilitación de títulos, *cualquiera que fuere la fecha en que quedaron vacantes*.

Una vez que ha transcurrido este plazo general, se deniegan las solicitudes de rehabilitación de aquellos títulos que llevan cuarenta años caducados. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo unánimemente han declarado improcedente la rehabilitación del título solicitado al haber transcurrido cuarenta años o más de caducidad, y no haberse utilizado el cauce del año otorgado en la transitoria del Real Decreto de 11 de marzo de 1988. En este sentido, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso de 31 de enero de 1998

---

<sup>37</sup> VALLTERRA FERNÁNDEZ considera que la prohibición de rehabilitación transcurrido el plazo de cuarenta años, no afecta al Monarca, quien podría «recrearlo», y que los títulos nobiliarios que inciden en caducidad pasan inmediatamente a la situación de revertidos a la Corona (cfr. *Derecho nobiliario. El dogma...*, cit., p. 73 y pp. 83 y ss.).

Cfr. DE PERALTA Y CARRASCO, M., *Situaciones jurídicas en las que puede encontrarse la merced nobiliaria*, en «Anuario de la Facultad de Derecho», Universidad de Extremadura, vol. XXII, 2004, pp. 187 y ss.

(RJ 1998, 1243), de 17 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8841), de 25 de noviembre de 1999 (RJ 2000, 1373), de 26 de julio de 2001 (RJ 2001, 8033), de 8 de junio de 2004 (RJ 2004, 5717), de 21 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 9859) y de 12 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 360).

## 6. LA «ESPECIAL» PRESCRIPCIÓN DE LOS TÍTULOS NOBILIARIOS

La prescripción de los títulos nobiliarios tiene características especiales derivadas de su naturaleza<sup>38</sup>; no está sometida a las leyes generales y se rigen por normas especiales<sup>39</sup>.

En este sentido, el artículo 1938 del Código civil admite que determinados casos de prescripción puedan ser regulados por leyes especiales. El artículo 1936 reduce la prescripción a las cosas que están en el comercio de los hombres. Sin embargo, los títulos nobiliarios no se encuentran en el comercio de los hombres, ni son susceptibles de apropiación<sup>40</sup>; tienen carácter extrapatrimonial<sup>41</sup> y honorífico<sup>42</sup>.

En concreto, la prescripción de los títulos nobiliarios no está sometida al Código civil, ni se le aplican los artículos del Código civil de la posesión, ni de la prescripción extintiva, ni de la usua-

---

<sup>38</sup> Alguna doctrina critica la aplicación de la prescripción a los títulos nobiliarios. Cfr. VALLTERRA FERNÁNDEZ, *Derecho nobiliario. El dogma...*, cit., p. 55; RAMS ALBESA, *Comentario a la Sentencia de 14 de junio de 1986*, CCJC, 1986, pp. 3771 y 3772; TABOADA ROCA, *Estudios...*, volumen II, cit., pp. 487 y ss.

<sup>39</sup> Por el contrario, DUALDE GÓMEZ critica la aplicación de las leyes de Toro a los títulos nobiliarios, pues las considera derogadas por lo dispuesto en el artículo 1976 del Código civil (cfr. *La posesión civilísima*, Barcelona, 1959, pp. 111 y ss.).

<sup>40</sup> Cfr. la Sentencia de 21 de mayo de 1964 (RJ 1964, 2732).

<sup>41</sup> La despatrimonialización de los títulos nobiliarios ha favorecido la consideración del título nobiliario como un bien de la personalidad, equiparable a la identificación de la persona mediante el nombre. Cfr. TABOADA ROCA, *Estudios de derecho nobiliario*, volumen I, Madrid, 2001, pp. 517 y ss.; ROGEL VIDE, C., *El nombre como bien de la personalidad y los títulos nobiliarios*, en «Derecho nobiliario» (coord. por él mismo), Madrid, 2005, pp. 185 y ss.

No obstante, la Sentencia de 7 de diciembre de 1965 (JC 1965, 836) los consideró como «derechos de la personalidad», y por tanto, no sometidos a una posesión civilísima, sino más bien a una *posesión de estado*, mediante «nomen», «tractatus» o «fama». Así esta sentencia niega la prescripción adquisitiva de los títulos nobiliarios, porque «no puede reputarse aplicable en esta materia relativa a los derechos de la personalidad, en la que solo por excepción se admite una especial posesión en beneficio exclusivo de los hijos: la posesión constante de estado». Cfr. Sentencia de lo Contencioso de 13 de junio de 1998 (RJ 1998, 5617).

<sup>42</sup> Cfr. la Sentencia de 1 de abril de 1959 (JC 1959, 212). El carácter honorífico del título nobiliario ha sido especialmente invocado por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 1997, núm. 126/1997, y por la jurisprudencia que ha defendido la preferencia del varón sobre la mujer.

pión ordinaria y extraordinaria<sup>43</sup>. Constituye una prescripción inmemorial, que se distancia bastante de la prescripción adquisitiva o usucapión de los bienes muebles e inmuebles<sup>44</sup>.

1. *Prescripción inmemorial*.—El título nobiliario se prescribe mediante la posesión inmemorial. La prescripción ordinaria y la extraordinaria no tiene aplicación respecto a los títulos nobiliarios. En efecto, históricamente la prescripción inmemorial se aplicaba a aquellos derechos *imprescriptibles*, como privilegios reales, franquicias, regalías, feudos y señoríos, vínculos y mayorazgos, o cosas públicas<sup>45</sup>.

Se calificaba de prescripción inmemorial aquella cuyo inicio excedía de la memoria de los hombres<sup>46</sup>. En el ámbito civil, la prescripción inmemorial que excede de la memoria de los hombres se aplicó para las servidumbres no aparentes o discontinuas. Así, la primera jurisprudencia estableció que la posesión inmemorial requiere un uso que «tiene que ser tan antiguo que no se sepa cuando ha que la comienzan a usar ellos, o aquellos de quien la hubieran» [Sentencia de 9 de diciembre de 1897 (JC 1897, 80)]; «que ha durado tanto tiempo que non se pueden acordar los homes cuánto há que la empezaron á usar» [Sentencia de 24 de octubre de 1874 (JC 1874, 318)]; «es requisito esencial en la prescripción inmemorial una larguísima y pacífica posesión de origen remoto a que no alcance la memoria de los hombres, sin que haya noticia de hecho contrario a ella» [Sentencia de 21 de junio de 1864 (JC 1864, 193)]. La Sentencia de 12 de junio de 1866 (JC 1866, 254) desestimó la

<sup>43</sup> En este sentido, el Tribunal Supremo erróneamente ha aplicado el Código civil a la prescripción de los títulos nobiliarios, como la Sentencia de 14 de junio de 1986 (RJ 1986, 3552) que estimó la prescripción con base en los artículos 434, 1940, 1950, 1952 y 1959 del Código Civil.

<sup>44</sup> Sobre la prescripción ordinaria y extraordinaria de bienes inmuebles, véase mi trabajo *La usucapión inmobiliaria*, Pamplona, 2009.

Los autores extienden a los títulos nobiliarios, la doctrina sobre la prescripción adquisitiva de los derechos reales. Cfr. GIL RODRÍGUEZ DE CLARA, V. E., *Los títulos nobiliarios en la jurisprudencia*, Madrid, 2006, pp. 183 y ss.; MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J., *La sucesión. Conceptos generales y cuestiones que plantea*, en «Compendio de derecho nobiliario», Madrid, 2002, pp. 135 y ss.; SERRANO GÓMEZ, E., *Régimen jurídico de los títulos nobiliarios: una revisión de la jurisprudencia más reciente*, Aranzadi Civil, núm. 8/2000, pp. 19 y ss.

<sup>45</sup> Las Partidas declararon imprescriptibles las cosas sagradas, santas o religiosas y los tributos o pechos o rentas u otros derechos que pertenezcan al rey (Partida 3, 29, 6), y la plaza, calle, camino, dehesa, ejida u otro lugar semejante a éstos, que sea uso comunal de pueblo de alguna ciudad o villa o castillo o de otro lugar (Partida 3, 29, 7).

<sup>46</sup> En el ámbito administrativo, se entendió que la duración de la prescripción inmemorial era de tres generaciones de 33 años, o sea 99 años. GARCÍA DE ENTERRÍA exige el plazo de 99 años para la prescripción inmemorial, equiparándola a la centenaria. Considera que la prescripción inmemorial o centenaria constituye una verdadera *prescripción*, porque la posesión inmemorial presume el título, y hace prueba frente a títulos anteriores de más de cien años de duración (cfr. *El dogma de la reversión de concesiones*, en «Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo», Madrid, 1955, pp. 27 y ss.).

prescripción inmemorial de una servidumbre de pastos, porque los testigos presentados no eran de edad avanzada, sino de 40 a 44 años, debiendo ser los testigos útiles para probarla los más ancianos del pueblo<sup>47</sup>.

Respecto a los títulos nobiliarios, la doctrina jurisprudencial, en aras de la seguridad jurídica, ha fijado la prescripción inmemorial en cuarenta años<sup>48</sup>. Este plazo de cuarenta años ha sido indiscutido en la doctrina y en la jurisprudencia<sup>49</sup>. Desde el primer momento, quedó fijado por la Sentencia de 9 de junio de 1964 (RJ 1964, 3216) que tomó el plazo de la prescripción inmemorial de la ley 41 de Toro: «Que la posesión inmemorial o que excede de la memoria humana, se afirmaba en el antiguo Derecho universalmente aplicable a todas las cosas imprescriptibles, y especialmente de aquellas adquiribles por privilegio, como exactamente el caso de las Dignidades de honor, por suponer precisamente una posición de privilegio, inmemorialidad que tendió luego a fijarse en plazos temporales, que fue de cien años en la formulación canónica, o de tres generaciones o «genícula», pero que tendió luego, sobre todo según las fuentes romanizadas, a predicarse de una sola generación, como memoria propia, llegando en este caso a concretarse en la cifra de cuarenta años, formulando en rigor la Ley 41 de Toro una tesis en cierto modo intermedia, ya que exigía a los testigos para formalizar esta prueba que acreditasen «que así lo vieron ellos pasar por tiempo de cuarenta años», si bien añadía a esta exigencia la de que además «así lo oyeron decir a sus mayores y ancianos que ellos siempre así lo vieron y oyeron», exigencia esta última que tendió a desaparecer, tanto por su indeterminación e inseguridad, que contrastaba con la precisión de los cuarenta años de testimonio propio,

---

<sup>47</sup> Actualmente, y para las servidumbres no aparentes o discontinuas se ha modificado la *prescripción inmemorial*. En efecto, en aplicación de las Partidas por virtud del artículo 1939 y de la Disposición Transitoria Primera del Código civil, para prescribir estas servidumbres se exige que la posesión debe haber empezado con la legislación anterior al Código civil (artículo 1939 del Código civil), por lo que la prescripción necesita una posesión más que centenaria. Las Sentencias de 3 de julio de 1961 (RJ 1961, 2877), de 25 de mayo de 1974 (RJ 1974, 3222), de 15 de febrero de 1989 (RJ 1989, 966) estimaron la prescripción inmemorial de las servidumbres. La Sentencia de 5 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2007) no estimó la prescripción inmemorial, pues no se había alegado, ni la Sentencia de 14 de junio de 1977 (RJ 1977, 2881) porque no se había probado.

<sup>48</sup> El plazo de los cuarenta años se había mantenido respecto a la *prescriptio* de los bienes inmuebles de la Iglesia (*Codex* de Justiniano 7, 39), cuando Teodosio II redujo en 424 el plazo general de prescripción de cuarenta a treinta años para hacerlo coincidir con la prescripción extintiva.

La Partida 3, 29, 26 conservó la prescripción de cuarenta años para las cosas raíces que pertenecieran a alguna Iglesia. Cfr. Sentencia de 15 de octubre de 1866 (JC 1866, 369).

<sup>49</sup> La Sentencia de 21 de mayo de 1971 (RJ 1971, 2902) de un modo tagencial menciona, que el plazo de prescripción sea de 45 años; pero parece un *lapsus* con la ley 45 de las de Toro.

como sobre todo, porque se afirmó poder sustituirse por un título posesorio formal».

2. *La prescripción inmemorial de los títulos nobiliarios no constituye un verdadero modo de adquirir* [la propiedad].—Todo poseedor de un título nobiliario tiene el derecho de uso y disfrute, no una verdadera *propiedad*. Quien posee el título legal y administrativamente durante cuarenta años, no *adquiere* el título por usucapión o prescripción adquisitiva; el poseedor que se beneficia de la prescripción adquisitiva después de haber prescrito, sigue teniendo una verdadera posesión, pero no un derecho de propiedad sobre el título nobiliario.

La vinculación significa que se puede transmitir de acuerdo con las leyes: por vía de creación, por transmisión como sucesión, distribución, cesión o la autorización para designar sucesor, y mediante la rehabilitación<sup>50</sup>. Entre los cuales no se ha admitido la usucapión como modo de adquirir los títulos nobiliarios. Los títulos nobiliarios no se adquieren *ex novo* o de modo originario, más que por concesión graciosa de su Majestad mediante Carta de autorización publicada en el Boletín Oficial del Estado<sup>51</sup>.

Todos los modos de poseer requieren intervención de la voluntad soberana, investidura y el pago de impuestos. El poseedor de un título nobiliario lo *posee* por el acto concreto que generó la investidura administrativa publicada en el Boletín Oficial del Estado, y la Real Carta de autorización, habilitación o de sucesión.

El poseedor que prescribe el título nobiliario es un legítimo poseedor. Un prellamado con derecho genealógico, por lo menos relativo. Todo poseedor, para poseer, usar y llevar con honores el título nobiliario, ha requerido una investidura administrativa, mediante Real Decreto publicado en el Boletín Oficial del Estado, y la Real Carta de autorización, habilitación o de sucesión, previo pago del impuesto correspondiente<sup>52</sup>. Por tanto, el poseedor fue investido en la posesión del título nobiliario, mediante un expediente en el que se constató que se encontraba dentro de los llamamientos de sucesión, y que tenía un derecho genealógico aunque no fuera el óptimo.

<sup>50</sup> Véase, DE PRADA RODRÍGUEZ, M., *Tutela sustantiva y procesal de los títulos nobiliarios*, Pamplona, 2009, pp. 110 y ss.; JIMÉNEZ ASEÑO, E., *Régimen jurídico de los títulos de nobleza*, Barcelona, 1955, pp. 66 y ss.; MAYORALGO Y LODÓN, ob. cit., pp. 73 y ss.; VALLTERRA FERNÁNDEZ, *Derecho nobiliario español*, cit., pp. 320 y ss.

<sup>51</sup> La Sentencia de 7 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9324) afirma que «La rehabilitación no cabe entenderla como creación de un título «ex novo» o novación sustancial del inicial creado y luego caducado».

<sup>52</sup> Ya desde el Real Decreto de 28 de diciembre de 1846 se estableció que «los grandes y títulos existentes deberán obtener en todas las sucesiones, la correspondiente carta de confirmación, y los que en lo sucesivo se crearen sus respectivos despachos, sin cuyo esencial requisito no podrán ser considerados como tales unos ni otros» (artículo 7).

3. *La prescripción inmemorial de los títulos nobiliarios no es una verdadera prescripción adquisitiva.*—La jurisprudencia ha reconocido que la posesión inmemorial no se presenta *técnicamente como una prescripción* [Sentencias de 9 de junio de 1964 (RJ 1964, 3216) y de 27 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1215)]. La Sentencia de 7 de julio de 1986 (RJ 1986, 4414) analiza esta cuestión. «Afirma el recurrente que la posesión inmemorial no es prescripción, aunque, en último término, sus efectos vengán a coincidir con ella en buena parte. A este respecto, Sancho Llamas, autor clásico en la materia, en sus «Comentarios a las ochenta y tres Leyes de Toro», dice que Molina, habiéndose propuesto en el capítulo seis del libro dos «de primogenitis», número nueve y siguientes, examinar si la costumbre inmemorial de que habla la Ley cuarenta y uno de Toro era verdadera costumbre o debería llamarse prescripción, después de haber referido algunas de las diferencias menos sustanciales que median entre costumbre y prescripción, resuelve que en el caso presente se debe llamar más bien costumbre que prescripción, y cita en comprobación de su dictamen el capítulo veintiseis «de verborum significatione», y a continuación afirma que dicha proposición podría admitirse, no porque sea verdadera costumbre, sino porque tiene veces de tal; pero teniendo esta costumbre —concluye Llamas— más veces y efectos de prescripción, se convence que no hay fundamento verdadero para llamarla más bien costumbre que prescripción».

La Sentencia de 21 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1420) establece: «no significa la total imprescriptibilidad de los propios títulos que a aquella institución haya de dársele naturaleza de valor absoluto, si no que procede tener en cuenta que en los supuestos en los que se da una situación constatada de uso y disfrute de un título nobiliario, con continuidad acreditada, sin dejarlo caducar, se debe mantener tal posesión frente a todas y —*aunque, en línea de rigorismo tecnicista no parece adecuado su encaje en la institución de la prescripción común, por razón de la particularidad de la materia sobre lo que se proyecta*—, se ha de tener en cuenta en aras de la seguridad jurídica y como expresión del ejercicio de la función jurisdiccional de adecuar el derecho, tanto presente, como el histórico a la realidad jurídica actual, que proclama el artículo tres del Código Civil».

Procesalmente la prescripción inmemorial de los títulos nobiliarios se presenta únicamente como excepción; no cabe alegarla como acción.

La prescripción en los títulos nobiliarios es una excepción perentoria que tiene que invocarse en la fase de alegaciones<sup>53</sup>. La Sentencia de 7 de julio de 1986 (RJ 1986, 4414) asevera: «La prescripción ha de ser objeto de un tratamiento restrictivo y no cabe apreciarla de oficio si no ha sido oportunamente alegada y probada (...) la prescripción constituye una excepción perentoria –que, para ser apreciada, ha de ser opuesta en la fase de alegaciones, y sólo cabe admitir cuando a quien beneficie expresa y oportunamente la articule; y como quiera que en el caso de autos, no sólo *no se hizo valer tal prescripción (que de haberse hecho, sin duda hubiese prosperado)*, sino que, incluso, se admitió expresamente la imprescriptibilidad (contestación, folio ciento setenta y dos y conclusiones, folio trescientos dos vuelto), se hace ineludible la desestimación de este motivo».

El Tribunal Supremo ha estimado la «prescripción adquisitiva» por haberse aportado en la fase de alegaciones, en la Sentencia de 23 de enero de 1987 (RJ 1987, 349); y la ha desestimado por no haberse invocado en la fase de alegaciones, en las Sentencias de 5 de junio de 1987 (RJ 1987, 4044) y de 7 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9324).

4. *La prescripción hace inatacable el título nobiliario.*—La posesión legal continua durante cuarenta años hace inatacable el título nobiliario, frente a todos; frente a quien tenga mejor derecho genealógico, pero también frente a quien tenga el óptimo derecho genealógico<sup>54</sup>.

En este sentido, se podría entender que la cláusula *sin perjuicio de tercero de mejor derecho* tiene una duración de cuarenta años, transcurrido los cuales quien tuviera mejor derecho genealógico que el poseedor no puede reclamar su mejor derecho –ha prescrito la acción–. Y el poseedor que ha poseído legal y administrativamente con una posesión real y efectiva, mediante cumplimiento de los trámites administrativos y fiscales, durante cuarenta años conservará el título.

La jurisprudencia ha reiterado que la línea o rama que haya disfrutado del Título sin dejarlo caducar durante un plazo que quedó fijado en cuarenta años, *debe ser mantenido en su posesión frente a todos*» [Sentencias de 27 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1215), de 14 de junio de 1986 (RJ 1986, 3552), de 14 de julio de 1986 (RJ 1986, 4512), de 12 diciembre 1990 (RJ 1990, 9997),

<sup>53</sup> Cfr. la Sentencia de 7 de diciembre de 1965 (JC 1965, 836).

<sup>54</sup> Por el contrario, STORCH DE GRACIA Y ASENSIO defiende el carácter relativo de la posesión inmemorial (cfr. *Acerca de la imprescriptibilidad y de la prueba inmemorial de los títulos nobiliarios*, en «La Ley», vol. 3, 1985, pp. 372 y ss.).

de 21 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1420) y de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8113)].

Asimismo, la Sentencia de 21 de junio de 1989 (RJ 1989, 4712) afirma: «por cuanto no se concibe pueda adquirirse el derecho al uso de una dignidad nobiliaria al margen e incluso en contra de las reglas establecidas por la autoridad -Soberano o Jefe de Estado- que la instituyó, aunque sí sea admisible y en este sentido ha de interpretarse el contenido de la Ley 41 de Toro y Jurisprudencia de esta Sala que la ha aplicado a la prescripción de títulos nobiliarios, que al que se le haya otorgado carta de sucesión o rehabilitación de un título, pueda excepcionar frente a quien se lo reclame con mejor derecho a ostentarlo, haber adquirido por la posesión significada por su uso durante cuarenta años, un derecho inatacable con el alcance de que en este supuesto el mejor derecho genealógico no habrá de prevalecer frente al del poseedor actual que sea poseedor inmemorial».

5. *Cómputo del plazo.*—En el cómputo del plazo de los cuarenta años de la prescripción inmemorial, se incluyen los años de posesión del título nobiliario de *la línea o rama que haya disfrutado del Título sin dejarlo caducar*. De manera que cuando se ha sucedido por Carta de sucesión siempre que no se haya dejado caducar el título, el tiempo de posesión para la prescripción inmemorial del actual poseedor puede remontarse hasta el inicio de la posesión de aquel que inició la línea o rama<sup>55</sup>. La posesión de quien ha sucedido en el título por Carta de Sucesión llega hasta el poseedor que encabece la línea o rama<sup>56</sup>, con una relación de «continuidad sucesoria», sin descontarse el tiempo de vacancia entre posesiones<sup>57</sup>. Esta «continuidad sucesoria» no significa «continuidad posesoria». Cada posesión requiere su investidura; y entre una posesión y otra existe un periodo de vacancia que puede ser superior al año. No se aplica a los títulos nobiliarios la regulación del Código civil sobre la interrupción de la prescripción por la pérdida de la posesión durante más de un año (artículo 1944).

Tampoco se aplica a la prescripción de los títulos nobiliarios el artículo 1960 del Código civil sobre la unión de posesiones esta-

<sup>55</sup> La Sentencia de 3 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 5833) establece el inicio de los cuarenta años de prescripción en la escritura de cesión, y no en la Carta de Sucesión o en la Orden Ministerial que acordó su expedición.

La Sentencia de 15 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 937) establece que el término inicial del plazo de la prescripción, en los casos de vencimiento en juicio del rehabilitador de un título nobiliario, no comienza a correr desde la fecha de firmeza de la sentencia, sino desde que dicho vencedor en juicio obtenga el Real Despacho.

<sup>56</sup> Cfr. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 8113).

<sup>57</sup> Cfr. Sentencias de 7 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1151) y de 27 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1215).

blecida en el Código civil para la usucapión ordinaria y extraordinaria<sup>58</sup> (artículo 1960 y artículos 440 y 442 de continuidad posesoria mediante la posesión civilísima). No obstante, la jurisprudencia, en alguna ocasión, ha aplicado el artículo 1960 del Código civil a la prescripción de los títulos nobiliarios, para entender que el poseedor podrá unir al suyo el tiempo de posesión de quienes traiga causa. Así, la Sentencia de 17 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 1878) afirma: «En base a todo ello entendemos que estamos ante una posesión inmemorial que excede bastante de los 40 años exigidos para la prescripción inmemorial, sumando los períodos de posesión tanto del demandado, como de su padre, y de su abuelo dado que de conformidad con lo establecido en el artículo 1960 del Código civil permite para el cómputo del tiempo necesario para la prescripción completarlo al suyo el de sus antecesores».

El cómputo del plazo de prescripción de los títulos nobiliarios no ha quedado interrumpido por aquellos periodos políticos en los que los títulos nobiliarios no fueron reconocidos. En el año 1931, durante la Segunda República, el Estado no reconoció los títulos nobiliarios. Mediante el Decreto de 1 de junio de 1931 (*Gaceta de Madrid*, de 2 de junio, núm. 153), ratificado por Ley de 30 de diciembre de 1931 (*Gaceta de Madrid*, de 8 de enero de 1932, núm. 8), se dispuso que no se conceda en adelante ninguna distinción de carácter nobiliario (artículo 1), que los títulos nobiliarios existentes no llevan anejo ningún derecho, opción o privilegio (artículo 2), y que en el Registro Civil se usarán solo los nombres y apellidos de los interesados (artículo 3)<sup>59</sup>. La Ley de 4 de mayo de 1948 restableció la legalidad vigente con anterioridad a la Segunda República.

Anteriormente, la Primera República por el Decreto de 25 de mayo de 1873 (*Gaceta de Madrid*, de 28 de mayo, núm. 148), estableció que en lo sucesivo no se concediesen grandezas o títulos nobiliarios (artículo 1), ni licencias para los títulos extranjeros (artículo 2), ni Cartas de sucesión (artículo 3); pero *no se pondrá impedimento para su uso en las relaciones privadas y sociales* (artículo 4). El Decreto de 25 de junio de 1874 (*Gaceta de Madrid*, de 27 de junio, núm. 148) lo dejó sin efecto; declaró subsistente en su fuerza y vigor la legislación vigente a la publicación de aquel Decreto, y acordó no conceder en lo sucesivo títulos de nobleza, *quedando reservado a las Cortes este asunto* (artículo 1).

<sup>58</sup> Cfr. VALLTERRA FERNÁNDEZ, *Derecho nobiliario. El dogma...*, cit., p. 90.

<sup>59</sup> La Constitución de 9 de diciembre de 1931 en el artículo 25 estableció: «No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas. El Estado no reconoce distinciones y títulos nobiliarios».

En el cómputo de los cuarenta años no se descuenta el plazo que media entre los años 1931 y 1948, durante los cuales los títulos nobiliarios habían sido suprimidos. La Sentencia de 6 de marzo de 1991 (RJ 1991, 3072) no admite la interrupción de la posesión del título nobiliario durante dicho periodo: «Que la República derogó la legislación anterior sobre títulos nobiliarios no cabe duda, pero tampoco puede dudarse que la vitalidad del propio derecho los mantuvo en uso, siguiendo disfrutándose en las relaciones normales, fuera del ámbito meramente oficial, incluso por la actuación de la Diputación de la Grandeza, a la que se concedió valor en el período que media entre el 14 de abril de 1931 y el año 1948, de forma que la legislación de ese último año revitalizó, volvió a dar fuerza a algo que no estaba muerto, cual se desprende de la simple lectura de la exposición de motivos de la Ley de 4 de mayo; si, pues, el cese en la posesión como disfrute no se produjo (aspecto de contacto con la cosa a que la nueva jurisprudencia le da mayor importancia que a lo ficticio o civilísimo), si no hubo acto obstativo que implicase dicha posesión por otro, si incluso la interrupción ha de interpretarse sin criterio extensivo cuando la modificación jurisprudencial busca seguridad jurídica, pero sin atacar la esencia de los títulos nobiliarios, es claro que ni se prescinde de la situación anterior a la República, ni se olvida la realidad fáctica durante ésta, ni se piensa que en 1948 se creó una situación *ex novo*, ni, por supuesto, se priva de legitimidad al período intermedio respecto a la legislación sobre títulos nobiliarios, simplemente se considera que se produjo un mero paréntesis durante el cual se privó de protección jurídica –volviendo a dársela después– a lo que se mantuvo como hecho».

Asimismo, la Sentencia de 17 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 1878) incluye los años 1931 a 1948, en el cómputo del plazo de prescripción inmemorial de cuarenta años: «En relación con el cómputo del plazo, otra de las cuestiones alegadas por la parte actora que entiende que no se puede tener en cuenta el período comprendido entre el Decreto de 1 de junio de 1931 que derogaba la legislación sobre derechos nobiliarios y el Decreto de 4 de junio de 1948 que revitalizó dicha legislación, esta cuestión ha sido ampliamente resuelta por nuestro Tribunal Supremo (...), en el sentido de tener en cuenta dicho período a efecto de computar la prescripción adquisitiva».

6. *Los efectos novatorios.*—La jurisprudencia ha reconocido a la prescripción de los títulos nobiliarios los efectos novatorios del cambio de línea o linaje. En este sentido, la Sentencia de 23 de enero de 1987 (RJ 1987, 349) estima estos efectos, que basa direc-

tamente en la ley 41 de Toro. «La prescripción adquisitiva implica la pérdida del derecho que a tales dignidades pudieron ostentar históricamente terceras personas prellamadas a la sucesión, *convirtiendo a quien por efecto de la prescripción adquiere en cabeza de una línea* en la que desde su arranque habrá de seguirse el orden regular de sucesión y contra el que no puede oponerse un supuesto derecho que desconozca o niegue tal legítima adquisición». La Sentencia de 9 de febrero de 1999 (RJ 1999, 535) declara: «[la prescripción adquisitiva de cuarenta años] *provoca verdaderos efectos novatorios en el orden de sucesión inicialmente previsto, convirtiendo al designado y, en su caso, al prescribiente o beneficiario de la usucapión en una cabeza de línea a partir de la cual ha de seguirse el orden regular de sucesión*».

Sin embargo, el efecto novatorio no es un efecto de la prescripción propiamente dicho, sino de la causa por la cual el poseedor obtuvo la investidura; por lo que siempre el cambio de estirpe o linaje habrá obtenido el refrendo del Monarca.

El efecto novatorio ha sido introducido legalmente en la regulación de la sucesión en los títulos nobiliarios y en la normativa sobre la rehabilitación. En este sentido, por un lado, la adopción legal del principio de propincuidad con preferencia al de representación en la línea colateral permite el entronque por sifón, de manera que el título nobiliario sale de la estirpe originaria<sup>60</sup>. Por otro, la normativa de la rehabilitación también ha favorecido que el título salga del linaje del primer poseedor, propiciando los efectos novatorios. Ya no se exige que el solicitante sea consanguíneo del *último* y del *primer* poseedor legal del título o grandeza, sino que es suficiente que sea consanguíneo del primer poseedor legal. De tanto, la actual regulación sobre la rehabilitación permite que el título nobiliario salga del linaje del primer poseedor legal, debilitando el principio de vinculación perpetua y el derecho genealógico.

7. *Caducidad y prescripción.*—La caducidad y la prescripción de títulos nobiliarios gozan del mismo fundamento. Así, la Sentencia de 7 de julio de 1986 (RJ 1986, 4414) asevera: «Ahora bien; dos maneras tiene la Ley procesal civil de impedir que prosperen ante los Tribunales los derechos cuya virtualidad se ha extinguido por el transcurso del tiempo prefijado para su eficaz ejercicio: la caducidad y la prescripción, respondiendo ambos a la misma finalidad de que no permanezcan indefinidamente inciertos los derechos, y fundándose en la común presunción de abandono».

<sup>60</sup> Cfr. JIMÉNEZ ASEÑO, *Régimen...*, cit., pp. 96 y ss.; TABOADA ROCA, *Estudios...*, volumen II, cit., pp. 381 y ss.

Coinciden en la determinación del plazo, cuarenta años. Pero su ámbito de aplicación es diferente. La prescripción tiene lugar cuando el título está ocupado; la caducidad cuando el título queda vacante, incurre en caducidad y queda sin ocupar.

El título nobiliario en estado de vacante puede ser solicitado por quien se encuentre dentro de los llamamientos; pero si transcurre el plazo de cinco años sin haberse solicitado el título incide en caducidad. Entonces quien tenga un derecho genealógico puede solicitar la rehabilitación del título en un plazo de cuarenta años. Pero si deja transcurrir los cuarenta años sin solicitar la rehabilitación del título, éste queda suprimido.

Quien se crea con el óptimo derecho genealógico o con mejor derecho genealógico, que quien ocupa un título nobiliario mediante Carta de sucesión o de habilitación, tiene asimismo un plazo de cuarenta años para reclamar ante la jurisdicción ordinaria su preferencia al título. Si deja transcurrir ese plazo –contado desde el inicio de la posesión del ocupante actual o de aquellos de quienes traiga causa sin haberlo dejado caducar–, prescribe su derecho y ya no lo podrá reclamar, y el poseedor actual no verá atacado su posesión.

Ahora bien, el régimen de la caducidad vulnera más profundamente el principio de vinculación perpetua que el régimen de la prescripción.

En caso de que el título esté ocupado, quien se crea con mejor derecho genealógico tiene un plazo de tiempo de cuarenta años para reclamar su mejor derecho. Pero no está limitado en cuanto a la exigencia de un parentesco con el último poseedor legal.

Sin embargo, en el caso de que el título esté vacante, quien se crea con derecho genealógico se ve limitado temporalmente por el plazo de tiempo de cuarenta años para solicitar la rehabilitación y, además, está limitado por la normativa de la rehabilitación, que circunscribe el derecho genealógico a los parientes dentro del sexto grado del último poseedor legal.



# La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento

**NIEVES FENOY PICÓN\***

Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*El Anuario de Derecho civil (2010, fascículo I) publicó un trabajo en el que analizaba el concepto de incumplimiento y una serie de aspectos jurídicos, conectados con aquél, que recogen dos propuestas de reforma del Código civil de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación sobre el régimen general de las obligaciones contractuales, y otra tercera propuesta, también sobre el régimen general de las obligaciones contractuales, de la Sección Mercantil de la Comisión General de Codificación. En este segundo trabajo analizo las regulaciones que esas tres Propuestas contienen de los remedios del incumplimiento del contrato. Esos remedios del acreedor, que este trabajo analiza, son: el cumplimiento forzoso, la reducción del precio, la resolución de la relación contractual y la indemnización de daños y perjuicios; junto con el derecho del deudor a subsanar su incumplimiento.*

*El estudio se realiza comparando las Propuestas con el Código civil y el Código de comercio, con la doctrina de los autores y la jurisprudencia; también se hace la oportuna comparación con la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías de 1980, con los Principios UNIDROIT de contratos comerciales internacionales de 2004, y con los Principles of European Contract Law.*

---

\* 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. El presente trabajo se inserta en el Proyecto de investigación DER 2008-00968/JURI.

**PALABRAS CLAVES**

*Remedios por incumplimiento del contrato: cumplimiento forzoso, reducción del precio, resolución de la relación contractual, indemnización de daños y perjuicios. Derecho del deudor de subsanar el incumplimiento.*

**ABSTRACT**

*The yearbook Anuario de Derecho civil (2010, fascicle I) published a paper analysing the concept of non-performance, as well as certain legal aspects in connection thereto, covering two proposals for the amendment of the Civil Code which had been submitted by the Civil Law Section of the General Committee on Coding (one of them refers to the general scheme of liabilities, and the other one to purchase and sale transactions), as well as a third proposal, on the general scheme of contractual liabilities, submitted by the Commercial Law section of the General Committee on Coding. In this second paper, I have analysed the regulations contained in such proposals, as far as the available remedies in case of non-performance of contracts are concerned. The remedies of the Creditor which are analysed in this paper are the compulsory performance of the contract, the reduction in price, the termination of the contractual relationship and the compensation for damages, along with the right of the Debtor to cure such non-performance.*

*The analysis is made by comparing the Proposals with the Civil Code and the Code of Commerce, with the existing doctrine and with the case-law; when appropriate, they have also been compared with the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980, with the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts of 2004, and with the Principles of European Contract Law.*

**KEYWORDS**

*Remedies for contractual non-performance: compulsory performance, reduction in price, termination of the contractual relationship, compensation for damages. Right of the Debtor to cure the non-performance.*

**SUMARIO:** I. *Introducción. Objeto del trabajo. Orden expositivo.* II. *Cuáles son los remedios por incumplimiento y su interrelación (Arts. 1190 PC, 1482 y 1490 PCV).* III. *El cumplimiento de la obligación contractual.*–1. *En dónde se regula. Observaciones generales.*–2. *El cumplimiento y sus «excepciones»: el artículo 1192 PC. 2.1 El cumplimiento de la «obligación dineraria»: el párrafo 1 del artículo 1192 PC. 2.2 El cumplimiento de la «obligación distinta de la de pagar dinero»: el párrafo II del artículo 1192 PC. A) Modelos de Derecho comparado en relación con el cumplimiento. La regla del cumplimiento y sus excepciones. La interpretación del «a menos que». Los otros remedios por incumplimiento cuando no procede el del cumplimiento. Los artículos 1484 y 1491 PCV. B) Primera «excepción»: la prestación es jurídica o físicamente imposible: el artículo 1192.II.1.º PC. Breve mención de la distinción entre imposibilidad de cumplir, dificultad extraordinaria de cumplir y dificultad en el cumplimiento. C) Segunda «excepción»: el cumplimiento o, en su caso,*

la ejecución forzosa resultan excesivamente onerosos para el deudor: el artículo 1192.II. 2.º PC. La alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato: los artículos 1213 PC y 61 PM. D) Excurso sobre el concepto de la «desproporción» del cumplimiento: el artículo 1484 PCV. E) Tercera «excepción»: la exigencia del cumplimiento es contraria a la buena fe: el artículo 1192.II.3.º PC. F) Cuarta «excepción»: la prestación «personal» del deudor: el artículo 1192.II.4.º PC. La prestación de hacer no personalísima. G) El remedio del cumplimiento y el negocio de reemplazo: reflexiones para la *Propuesta civil*. La *Propuesta mercantil* y el negocio de reemplazo. H) La no mención de la no exigencia del cumplimiento cuando ello va en contra de ciertos valores (imposibilidad ética). 2.3 La reparación, la rectificación o la sustitución como modalidades del cumplimiento: el artículo 1193 PC. La *Propuesta sobre compraventa*. La sustitución y los bienes de segunda mano. 2.4 El cambio de remedio una vez ejercitado el del cumplimiento de la obligación no dineraria y no obtenido oportunamente: el artículo 1194 PC. 2.5 El cumplimiento de la obligación (de hacer) de emitir una declaración de voluntad: el artículo 1195 PC. Su relación con el artículo 1149.I PC. 2.6 El *commodum repraesentationis* cuando la obligación de dar cosa determinada es de imposible cumplimiento: el artículo 1196 PC. IV. *El derecho del deudor de subsanar su incumplimiento*. V. *La reducción del precio*. 5.1 La reducción del precio: naturaleza, características, supuesto de hecho y efectos. 5.2 La reducción del precio y la indemnización de daños (art. 1198 PC). 5.3 El plazo para el ejercicio de la reducción del precio, el inicio de su cómputo y su naturaleza jurídica. VI. *La suspensión del cumplimiento de la propia prestación*. VII. *La resolución de la relación contractual*. 7.1 El incumplimiento esencial y el «procedimiento de notificación-resolución». A) Consideraciones generales. B) El incumplimiento esencial en las *Propuestas civil y mercantil*. C) El «procedimiento de notificación-resolución» en las *Propuestas civil y mercantil*. El incumplimiento de escasa importancia de la *Propuesta sobre compraventa*. D) La resolución anticipada. 7.2 El ejercicio de la resolución: la notificación de la declaración de voluntad de resolver la relación contractual. 7.3 El plazo de ejercicio de la resolución y su inicio. De nuevo sobre los límites temporales de ejercicio de los remedios por incumplimiento. 7.4 Los efectos de la resolución. A) La liberación de las obligaciones contractuales. El fin y la medida de la indemnización de daños cuando se resuelve la relación contractual. B) La restitución de las prestaciones ejecutadas. Los contratos de ejecución continuada (duradera) y los de ejecución sucesiva. VIII. *La indemnización de daños y perjuicios*. 8.1 El derecho a la indemnización de los daños. 8.2 El daño emergente. El lucro cesante y su prueba. La obligación pecuniaria y su indemnización. El daño moral. 8.3 La imputación objetiva de los daños por incumplimiento. El criterio de la previsibilidad de los daños contractuales (el fin de protección del contrato). 8.4 La imputación subjetiva: el incumplimiento inexcusable (y el excusable) a efectos del remedio de la indemnización de daños. 8.5 La deuda de cosa cierta y determinada procedente de delito o falta: pérdida de la cosa e indemnización de daños. 8.6 La mitigación del daño por el acreedor y sus efectos. 8.7 La indemnización y la autonomía de la voluntad (libertad de pacto) y sus límites. Algunos aspectos de la cláusula penal. IX. *Valoración final*.—Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN. OBJETO DEL TRABAJO. ORDEN EXPOSITIVO

[1] a) En un trabajo anterior<sup>1</sup> desarrollé la noción de incumplimiento contractual y sus implicaciones, que pueden reconocerse en la: (1) *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre los Contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (Propuesta mercantil o PM en lo sucesivo)*<sup>2</sup>, (2) *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (Propuesta civil o PC en lo sucesivo)*<sup>3</sup> y (3) *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa (Propuesta sobre compraventa o PCV en lo sucesivo)*<sup>4</sup><sup>5</sup>.

En el breve tiempo que media entre los años 2009 y 2011 (ambos incluidos), la *Propuesta de modernización* ha sido analizada por distintos autores<sup>6</sup>, y el Tribunal Supremo la va mencionando

<sup>1</sup> FENYO PICÓN, «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Primera parte: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC* (2010) pp. 47-136. Con posterioridad, ROCA TRÍAS ha publicado un trabajo sobre el incumplimiento: (2011) 23 pp., *vid.* en particular pp. 7-12.

<sup>2</sup> Obra de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, publicada en 2006, *BIMJ*, núm. 2006, pp. 605-618. *Vid.* PUYALTO FRANCO (2011), pp. 535-549.

<sup>3</sup> Obra de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, publicada en enero de 2009, *BIMJ* (enero 2009) Suplemento.

<sup>4</sup> Obra de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, publicada en 2005, *BIMJ* (mayo 2005) pp. 108-124. Analicé esta *Propuesta*: FENYO PICÓN (2006) [80] pp. 223-244.

<sup>5</sup> En el mismo año 2009 en el que se publicó la *Propuesta civil*, el Ministerio de Justicia publicó un libro en el que se unían la *Propuesta civil* y la *Propuesta sobre compraventa* bajo el título de *Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (PMDOC o *Propuesta de modernización* en lo sucesivo). En el trabajo publicado en el *ADC* (2010) trabajé con la *Propuesta sobre compraventa* y la *Propuesta civil*, y a fin de mantener la unidad con aquel trabajo, en el presente utilizo los textos de la *Propuesta civil* y de la *Propuesta sobre compraventa* (los preceptos de ambas *Propuestas* los recoge la *Propuesta de modernización* y si hay diferencia, lo indico).

<sup>6</sup> El *Boletín del Ministerio de Justicia* ha publicado diversos estudios doctrinales sobre la *Propuesta de modernización*; en concreto: Luis Díez-PICAZO sobre la *Propuesta de Modernización* [*BMJ* (abril 2011) núm. 2130]; SALVADOR CODERCH sobre la alteración de circunstancias del artículo 1213 PC [*BMJ* (abril 2011) núm. 2130; publicado también en *InDret* (4/2009)]; GARCÍA RUBIO sobre la responsabilidad precontractual [*BMJ* (abril 2011) núm. 2130; publicado también en *ADC* (2010) pp. 1621-164]; FERRÁNDIZ GABRIEL sobre la formación del contrato [*BMJ* (mayo 2011) núm. 2131]; CLEMENTE MEORO sobre la resolución por incumplimiento [*BMJ* (mayo 2011) núm. 2131]; XIOL RÍOS sobre criterios de imputación en la responsabilidad contractual [*BMJ* (junio 2011) núm. 2132]; ROCA TRÍAS sobre el incumplimiento [*BMJ* (junio 2011) núm. 2132]; DE BARRÓN ARNICHES sobre el contrato de servicios [*BMJ* (septiembre 2011) núm. 2134]. Otros trabajos sobre la *Propuesta de modernización*: sobre la cláusula penal: MARÍN GARCÍA [*InDret* (2/2009)] y ARANA DE LA FUENTE [*InDret* (4/2010)]; RODRÍGUEZ MARÍN [*RJNot* (2010)] sobre el cumplimiento (pp. 280-298; pp. 272-280 para unas consideraciones generales); VAQUER ALOY sobre el principio de conformidad [*ADC* (2011) pp. 5-39]; VIDAL OLIVARES, sobre el incumplimiento y sus remedios [*RChDP* (2011) núm. 16; también sobre el incumplimiento y sus remedios, FENYO PICÓN (2011) pp. 27-46. Una visión general sobre la *Propuesta de*

en sus sentencias; también lo hace alguna sentencia de Audiencia Provincial. Muestra ello el interés que aquélla suscita y posiblemente la progresiva convicción, en el ámbito académico y en el judicial, de la necesidad de reformar el Código civil en el sector de las Obligaciones y los Contratos.

[i] En las siguientes sentencias se cita los trabajos de la Sección civil de la Comisión General de Codificación:

a) STS, 1.<sup>a</sup>, 4 de junio de 2010 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos):

«30. En nuestro sistema la interpretación de los contratos tiene por finalidad investigar la verdadera intención de las partes, finalidad esta que coincide con la que le atribuye el número 1 del artículo 5:101 de los Principios de Derecho Europeo de contratos y el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborada por la Comisión de Codificación publicada por el Ministerio de Justicia de enero de 2009» (FD 3.º; Cendoj, Roj STS 3881/2010)<sup>7</sup>.

b) STS, 1.<sup>a</sup>, 17 de marzo de 2011 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos):

«36. (...) / 1) En realidad la parte confunde la novación del contrato, que nada más tendría sentido si estuviese obligada la compradora sin posibilidad de sustituir en su posición a un tercero, con los llamados contratos en favor de persona que se designará o «per persona nominando» –admitidos en las sentencias (...), y en el ámbito prelegislativo se regula en el artículo 1295 de la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho, de obligaciones y contratos elaborado por la comisión General de Codificación publicado por el Ministerio de Justicia en enero de 2009), (...)» (FD 3.º; Cendoj, Roj STS 2501/2011).

c) SAP Granada, 5.<sup>a</sup>, 30 de octubre de 2009 (Pte. Klaus-Jochen Albiez Dohrmann):

«Sin embargo, de los documentos no se desprende que haya habido una aceptación expresa, dado que ninguno de los documentos está firmado por la compradora. No obstante, en nuestro Derecho contractual se admite la aceptación tácita (...), aun cuando no está prevista en la parca regulación de la formación del contrato – en otros ordenamientos jurídicos, cabe colegir la viabilidad de la aceptación tácita, p.e, parágrafo 151 BGB, o en textos internacio-

---

*modernización*, mostrándose crítico con ella: DURÁN RIVACOBA, (2010) pp. 219-253, en particular pp. 222-227, 232-234. ALBIEZ DOHRMANN (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, coords. PALAZÓN GARRIDO/MÉNDEZ SERRANO (2011) [libro que contiene el citado trabajo de VAQUER ALOY publicado en el ADC (2011)].

<sup>7</sup> De este mismo Pte. Excmo Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos y asimismo mencionando el artículo 1278 PC: SSTS, 1.<sup>a</sup>, 9 de junio de 2010 [FD 11.º, 71, 1); Cendoj, Roj STS 4587/2010], 17 de marzo de 2011 [FD 2.º, 3, 24; Cendoj, Roj STS 2501/2011], 10 de noviembre de 2010 [FD 2.º 24, 1); Cendoj, Roj STS 6380/2010].

nales, como, p.e., el art. 18.1 de la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, o de los textos de *soft law* del Derecho contractual europeo, como los PECL, los Principios Aquis [*sic*] y el MCR o en la reciente Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos–, (...)» (FD 2.º; El Derecho, EDJ 2009/325713).

d) Más adelante, doy cuenta de otras sentencias del Tribunal Supremo en las que se citan otros artículos de los trabajos de la Sección civil de la Comisión General de Codificación; en concreto: se citan el artículo 1197 PC (reducción del precio), los artículos 1202, 1203 PC (resolución) y el artículo 1150 PC (cláusula penal).

b) Igual que en el anterior trabajo, empleo como método de análisis el de comparar las reglas de las tres *Propuestas* con la/s equivalente/s reglas de la *Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980* (CISG en lo sucesivo), con las de los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT 2004* (Principios UNIDROIT en lo sucesivo) y con las de los *Principles of European Contract Law* (o PECL en lo sucesivo). Al igual que hice en el anterior trabajo, me sirvo de los Comentarios oficiales de los Principios UNIDROIT<sup>8</sup> y de los PECL<sup>9</sup> y de ciertas obras de autores que por su formación y visión me interesan en particular (así, el Comentario de Honnold a la CISG<sup>10</sup>).

Es palpable la influencia que los mencionados textos jurídicos han ejercido en las *Propuestas mercantil y civil*, además de otras posibles influencias. Esto se apunta en las propias Exposiciones de Motivos (o EM en lo sucesivo) de las *Propuestas mercantil y civil*.<sup>11</sup> Por su parte, en la Exposición de Motivos de la *Propuesta sobre compraventa* se hace referencia, además de a la CISG y a los PECL, a la *Directiva 1999/44 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* (Directiva 1999/44 en lo sucesivo)<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales 2004*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Roma (2004), versión española bajo la dirección de Alejandro A.M. Garro; citados en lo sucesivo: Principios UNIDROIT (2004). Hay una versión posterior de estos Principios UNIDROIT de 2010.

<sup>9</sup> *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law*, ed. by Ole LANDO/Hugh BEALE (2000); citados en lo sucesivo: LANDO/BEALE (ed.) (2000).

<sup>10</sup> John O. HONNOLD, *Derecho Uniforme sobre compraventas internacionales. (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Edersa, Madrid (1987 de la trad.).

<sup>11</sup> FENYO PICÓN (2010) [9] pp. 59-60, [11] pp. 61-62.

<sup>12</sup> La *Propuesta sobre compraventa* generaliza el sistema de la Directiva 1999/44 a la compraventa civil. La Directiva 1999/44 se incorporó al Ordenamiento español por Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo. La Ley 23/2003 fue derogada por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias de 2007 (RDLeg. 1/2007, de 16 de noviem-

En ocasiones, en dicho anterior trabajo, tuve en cuenta el *Draft Common Frame of Reference* de 2009, *Full Edition* (DCFR en lo sucesivo) entre otras razones, por su importancia para un posible futuro Código civil europeo<sup>13</sup> y porque en la materia del incumplimiento contractual, el *Draft Common Frame of Reference* se basa en una versión revisada de los PECL. Por una mera razón cronológica, el DCFR no fue tenido en cuenta en las *Propuestas civil* (2009), *mercantil* (2006) y *sobre compraventa* (2005)<sup>14</sup>.

c) Por último, igual que en el anterior trabajo, contrasto las soluciones adoptadas en las tres *Propuestas* con el Derecho vigente, destacando si es una innovación legislativa; si recogen ciertas opiniones doctrinales; si codifican ciertas líneas jurisprudenciales; la oportunidad de una norma dada; y los aspectos no regulados.

d) Los remedios del acreedor por el incumplimiento contractual constituyen en esencia el objeto de este trabajo<sup>15</sup>. Análizo en concreto: 1) cuáles son los remedios del acreedor por el

---

bre), cuyos artículos 114 y ss. recogen y refunden aquella y se aplican a la compraventa en la que el comprador es un consumidor y el vendedor un profesional. Según el núm. 1 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*: «(...)/ La reforma que ahora se acomete viene referida por una exigencia ineludible de modernización del Código civil, en una materia en que sus principios inspiradores han ido distanciándose tanto de la evolución jurisprudencial de nuestro propio Ordenamiento, como de las nuevas corrientes del Derecho Uniforme y Comunitario. Trata de incorporar al Código esos nuevos principios en los que se sustenta la Convención de Viena, la Directiva [1999/44] y la Ley 23/2003, de incorporación de la misma al Derecho español. (...) Puede permitir, en su día, incorporar al Código civil la Ley 23/2003». FENYO PICÓN (2010) [15]-[16] pp. 63-66, en particular [16]. Vid., además, Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores [DOUE 22.11.2011, L 304/64] y cfr. su art. 33.

<sup>13</sup> Vid. el *Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas* [1 de julio de 2010, COM(2010)348 final]; el *A European contract law for consumer and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders and legal practitioners feedback*; y la *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law* [11 de octubre de 2011, COM(2011) 635 final; que diseña un instrumento opcional para las compraventas transfronterizas entre empresario y pequeña/mediana empresa, y entre empresario y consumidor; recoge una amplia regulación («It should cover the full life cycle of a contract (...):» p. 4; vid. pp. 2-10].

<sup>14</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, ed. by Christian VON BAR/ERIC CLIVE (2009). Citados en lo sucesivo VON BAR/CLIVE (ed.) (2009). Información: FENYO PICÓN (2010) [3] c) [i].

<sup>15</sup> Sobre el término remedio, MORALES MORENO: «El término remedio, no es un término que tenga arraigo histórico en nuestro ordenamiento ni en la tradición jurídica continental, proveniente del Derecho romano. En ella es más frecuente hablar de acciones, o de pretensiones, si nos situamos fuera del ámbito estrictamente procesal. Pero el término remedios (proveniente del derecho angloamericano y con uso cada vez más extendido en los textos de derecho europeo) tiene la ventaja de su mayor flexibilidad. No está contaminado por la construcción judicialista que históricamente ha acompañado a las medidas de protección del derecho de contratos. Permite incluir tanto las pretensiones como los derechos potestativos. Permite además referirse a las medidas de protección que se desarrollen fuera del proceso

incumplimiento contractual y su interrelación; 2) el cumplimiento; 3) el derecho del deudor a subsanar su incumplimiento; 4) la reducción del precio por la ejecución de una prestación no conforme con el contrato; 5) el derecho de suspender el cumplimiento de la propia prestación cuando la otra parte no realiza lo que le corresponde; 6) la resolución de la relación contractual; y 7) la indemnización de daños.

[i] El capítulo VII «Del incumplimiento» del título I<sup>16</sup> del libro IV<sup>17</sup> PC se divide en: Sección Primera «Disposiciones generales» (arts. 1188 a 1191); Sección Segunda «De la acción de cumplimiento» (arts. 1192 a 1196); Sección Tercera «De la reducción del precio» (arts. 1197 a 1198); Sección Cuarta «De la resolución por incumplimiento» (arts. 1199 a 1204); y Sección Quinta «De la indemnización de daños y perjuicios» (arts. 1205 a 1212).

De la *Propuesta mercantil*, interesa la Sección 8.<sup>a</sup> «Del incumplimiento de los contratos mercantiles» (arts. 62 a 66) del título IV<sup>18</sup> del libro I del Código de comercio.

De la *Propuesta sobre compraventa*, la regulación de la entrega de cosa no conforme con el contrato, la de entrega de cosa con vicios jurídicos<sup>19</sup>, y la de los remedios por el incumplimiento (arts. 1474 ss. PCV).

e) En mi exposición sigo este orden: expongo primero la *Propuesta civil* (Parte General) y después la *Propuesta sobre compraventa* (Parte Especial); tras ello, expongo la *Propuesta mercantil* (Derecho Especial). Pero no siempre sigo tal orden, pues a veces la cuestión jurídica dada no la regulan las tres *Propuestas*, y en otras ocasiones, la *Propuesta mercantil* o la *Propuesta sobre compraventa* contienen una regulación más detallada que la de la *Propuesta civil*, siendo procedente iniciar la exposición con aquéllas.

## II. CUÁLES SON LOS REMEDIOS POR INCUMPLIMIENTO Y SU INTERRELACIÓN (ARTS. 1190 PC, 1482 Y 1490 PCV)

[2] La *Propuesta civil* enumera los remedios por incumplimiento y su interrelación (art. 1190). La *Propuesta sobre compraventa* regula los remedios del comprador por la entrega de cosa no con-

(por ejemplo: anulación o resolución extrajudicial, mediante declaración de voluntad) [«¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios?» (2011) p. 402].

<sup>16</sup> «De las obligaciones».

<sup>17</sup> «De las obligaciones y contratos».

<sup>18</sup> «Disposiciones generales de los contratos mercantiles».

<sup>19</sup> «Vicios jurídicos» es la expresión que se emplea en la EM de la *Propuesta sobre compraventa*, primer núm. 25.

forme con el contrato (arts. 1482, 1489) o con vicios jurídicos (arts. 1490, 1496). La *Propuesta mercantil* no contiene un artículo que enumere los remedios del acreedor por el incumplimiento (contractual) del deudor.

[3] *Propuesta civil*.—En virtud del artículo 1190 PC:

«En caso de incumplimiento, podrá el acreedor, conforme a lo dispuesto en este capítulo [VII], exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos».

[4] En relación con el artículo 1190 PC indicaré:

a) Su función (la de enumerar los remedios generales por el incumplimiento) es novedad frente al Código civil<sup>20</sup>. En este, la función del artículo 1190 PC viene a desempeñarla el artículo 1124.II primera regla CC, según el cual: «[e]l perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos».

<sup>20</sup> A) En su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual, PANTALEÓN PRIETO clasifica los remedios por incumplimiento en: a) pretensión de cumplimiento, incluyendo la reparación de los vicios o sustitución del objeto y cualquier otra forma de corregir la prestación defectuosa; b) remedios sinalagmáticos: resolución de la relación contractual, reducción del precio y *exceptio inadimpleti contractus*; señala que puede añadirse la resolución anticipada y la que llama «excepción de riesgo de incumplimiento»; c) remedios indemnizatorios: en los que diferencia la responsabilidad contractual en sentido estricto «y la indemnización de los gastos del contrato satisfechos por el contratante que resuelve por incumplimiento de la otra parte debido a una circunstancia ya existente al tiempo de contratar, aunque la ignorancia de ella no sea imputable al incumplidor (cfr. arts. 1486.I y 1487 CC)»; d) «Pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado, obtenido por el deudor a costa del acreedor» (cita, entre otros preceptos, el art. 1186 CC) [ADC (1993) pp. 1727-1728]. B) Por su parte, para el Derecho vigente, GÓMEZ POMAR entiende que los remedios generales por incumplimiento contractual son el cumplimiento en forma específica o cumplimiento forzoso, indemnización de daños y perjuicios, pena convencional y resolución, señalando que pueden mencionarse otros como la reparación o sustitución de la prestación no conforme con el contrato, la reducción del precio, la *exceptio non adimpleti contractus*; «[e]ntiendo, sin embargo, que desde el punto de vista conceptual algunos de ellos no son en realidad sino variantes de los tres grandes “tipos” de remedios en el plano teórico: remedios de conducta forzada del contratante incumplidor (cumplimiento en forma específica); remedios monetarios (indemnización de daños y perjuicios, pena convencional); remedios de ineficacia (resolución). En este sentido, la reparación y sustitución (por el contratante incumplidor) son en verdad cumplimiento en forma específica, la reducción del precio es un remedio en dinero analíticamente englobable en la indemnización de daños, y la *exceptio non adimpleti contractus* es una suspensión de la eficacia contractual, no alejada conceptualmente —aunque sea temporal—de la resolución» [InDret (3/2007) p. 13]. C) Recientemente CARRASCO PERERA: «(...) vamos a exponer el régimen jurídico de las acciones y remedios que competen al acreedor frente al incumplimiento del deudor. Las bases normativas de estos remedios están desperdigadas por el CC y por la LECiv, sin que obedezca a una lógica interna, por lo que el sistema debe reconstruirse por el intérprete». El autor menciona el cumplimiento en forma específica, el cumplimiento por equivalente, indemnización de daños, suspensión del propio cumplimiento, rebaja del precio, resolución del contrato, restitución del enriquecimiento obtenido por el deudor por la infracción obligacional. [(2010) núm. 1, p. 1047].

Vid. además: Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6.<sup>a</sup> (2008), pp. 771-772.

Ahora bien, los dos citados preceptos persiguen objetivos distintos. El artículo 1124 CC se encarga de regular el remedio general de la resolución de la relación contractual y su mención de los otros remedios gira en torno a su relación con la resolución. Otra cosa es que a falta de un precepto como el artículo 1190 PC, el artículo 1124 CC pueda ser utilizado como norma en la que se indican (se reconocen) los remedios del acreedor por el incumplimiento. Además, el artículo 1124 CC no menciona la reducción del precio como remedio general del incumplimiento como dispone el artículo 1190 PC (cfr. arts. 1197, 1198 PC) lo cual tiene causa en que el Código civil no regula la reducción del precio como remedio general (lo hace en los contratos en particular).

En mi opinión, es correcto disponer de un precepto como el artículo 1190 PC, ubicado en las «Disposiciones Generales» del incumplimiento y que indica cuáles son los remedios por incumplimiento.

[i] A diferencia de la *Propuesta civil*, los Principios UNIDROIT no contienen un precepto que indique de modo genérico cuáles son los remedios del acreedor por el incumplimiento contractual. Ello se obtiene del esquema del capítulo 7: «Del incumplimiento». Lo mismo sucede en los PECL: carecen de un precepto como el artículo 1190 PC y del esquema del Capítulo 9 «*Particular Remedies for Non-Performance*» se obtiene cuáles son los remedios del acreedor por el incumplimiento (pero cfr. art. 8:101 PECL).

b) A partir de la conjunción disyuntiva «o» del artículo 1190 primera regla PC, es claro que los remedios generales del cumplimiento, de la reducción del precio y de la resolución funcionan –presupuestos sus requisitos<sup>21</sup>– de manera alternativa y a elección del acreedor, de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo VII. Son remedios incompatibles entre sí, en cuanto que el acreedor no puede ejercitarlos simultáneamente y de modo acumulado.

La regla de que hay remedios cuyo ejercicio simultáneo no puede realizar el acreedor es algo que también se indica para el Código civil. Por ejemplo, es común afirmar que no es posible exigir el cumplimiento de la obligación contractual y proceder al mismo tiempo a la resolución de la relación obligatoria (remedios incompatibles entre sí; art. 1124.II CC).

<sup>21</sup> La *Propuesta civil* contiene una noción básica, amplia y unitaria del incumplimiento. La calificación del incumplimiento es la llave que permite la posible aplicación de los remedios por incumplimiento. Pero el acreedor no siempre podrá ejercitar todos los remedios, pues, cada uno de ellos tiene sus particulares requisitos de aplicación. *Vid. FENYOY PICÓN (2010) [21]-[23]*.

[i] En el *Comment B* del artículo 8:102 PECL (transcrito *infra* letra d) [ii] se apunta que es una perogrullada decir que una parte no puede ejercitar al mismo tiempo dos o más remedios incompatibles entre sí. Se indica que no puede simultáneamente exigirse el cumplimiento del contrato y su resolución. Si se ha recibido una prestación no conforme con el contrato, no puede ejercitarse la reducción del precio y al mismo tiempo la resolución; o si se ejercita la reducción del precio por el menor valor de la prestación no conforme, no puede exigirse que se compense tal disminución bajo el concepto de daño. Finalmente se señala, que cuando dos remedios son incompatibles, la parte perjudicada frecuentemente habrá de elegir entre ellos.<sup>22</sup>

c) La indemnización de daños es remedio que puede ejercitarse junto con los otros remedios. El artículo 1190 segunda regla PC lo dispone cuando prescribe que el acreedor puede exigir «además» la indemnización de daños. El artículo 1205.II PC insiste en que el derecho del acreedor a ser resarcido «es compatible con las demás acciones que la ley le reconoce en caso de incumplimiento».

El posible ejercicio acumulado de la indemnización de daños a los otros remedios por incumplimiento no constituye tampoco novedad frente al Código civil (cfr. arts. 1096.I, 1124.II segunda regla CC)<sup>23</sup>. Sin embargo, la *Propuesta civil* se ocupa de precisar, además, la relación que media entre la indemnización de daños con los otros remedios por incumplimiento: en concreto con la reducción del precio (art. 1198 PC), con la resolución de la relación contractual (art. 1202.II y III PC). En la *Propuesta civil* también se indica la relación que media entre la indemnización de daños con

<sup>22</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 363.

<sup>23</sup> Si bien la discusión jurídica consistió en si se podía exigir *sólo* indemnización por el dolo sufrido en la formación del contrato, la STS, 1.<sup>a</sup>, 18 de enero de 2007 (Pte. Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz; El Derecho, EDJ 2007/2684) tiene interés. El Tribunal Supremo afirma que puede exigirse *sólo* la indemnización de daños por causa de dolo; trae a colación argumentativamente al artículo 1124 CC: «Se plantea aquí, por primera vez en la jurisprudencia, una cuestión que había sido presentada la doctrina (*sic*) hace poco más de medio siglo, que es el ejercicio de acciones derivadas del dolo. Sobre si cabe, primero la acción de anulación del contrato y reclamación de indemnización de daños y perjuicios (acumulación de dos acciones), segundo, la acción de anulación, sin reclamación de indemnización (una sola acción) y, tercero, la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, sin ejercitar la acción de anulación (una sola acción, es el caso presente). La respuesta debe ser afirmativa, tanto porque no hay norma que excluya cualquiera de las tres posibilidades, *porque sí hay una norma aplicable a un caso similar de ineficacia, que es la resolución que contempla el artículo 1124 del Código civil, que admite como perfectamente compatibles y, al tiempo, independientes, la acción de resolución y la de rescaramiento, que pueden ser ejercitadas conjunta o independientemente, sin que la posibilidad de ineficacia excluya la indemnización, ni, viceversa, ni la acumulación.* En el presente caso, no se ha pedido la nulidad de negocio jurídico alguno, sino se ha ejercitado la acción de indemnización de daños y perjuicios por una actuación dolosa de los demandados y tales perjuicios son la falta de posibilidad de cobro de aquel crédito que fue cedido con sus intereses» (cursiva mía, FD 3.<sup>o</sup>). *Vid.* STS, 1.<sup>a</sup>, 21 de octubre de 2005 (Pte. Excmo. Sr. D. Vicente Luis MONTÉS PENADÉS), en la que se trata de la relación entre la resolución del artículo 1124 CC y la indemnización de daños (FD 2.<sup>o</sup>).

las acciones que correspondan al acreedor de una obligación de dar cosa determinada, acciones que el deudor tuviera contra terceros por razón de aquélla (art. 1196 PC)<sup>24</sup>.

d) No lo indica el artículo 1190 PC, pero debe entenderse que el acreedor puede ejercitar de modo aislado el remedio de la indemnización de daños. Este posible ejercicio aislado no supone afirmar que la indemnización opere necesariamente al margen de los otros remedios: pues, su alcance es diferente según se la relacione con el cumplimiento, con la reducción del precio o con la resolución de la relación contractual. En muchos casos, el ejercicio aislado de la indemnización de daños presupondrá el ejercicio implícito de alguno de esos otros remedios por incumplimiento. No obstante, también es posible ejercitar el remedio indemnizatorio de modo aislado y excluyente de los otros remedios<sup>25</sup>.

[i] Artículo 7.4.1. Principios UNIDROIT:

«(Derecho al resarcimiento)

Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios».

a) En el Comentario 2 del artículo se destaca que la indemnización puede ejercitarse como remedio único o en unión de otros. Como remedio único opera, por ejemplo, en la reparación por mora, en la reparación de la prestación defectuosa o en la reparación por el cumplimiento imposible imputable subjetivamente al deudor. En unión a otros remedios, en el Comentario 2 se indica que cabe la resolución y la indemnización (para compensar el menoscabo que aquélla implica); junto al cumplimiento específico, la indemnización compensa el retardo del cumplimiento así como

<sup>24</sup> En la *Propuesta civil* no se construye como remedio independiente la restitución del enriquecimiento del deudor con causa en su incumplimiento, sino que se regula dentro del remedio del cumplimiento (*supra* nota 20; art. 1196 PC).

<sup>25</sup> Señala VIDAL OLIVARES que en la *Propuesta civil* sólo aparentemente la indemnización procede como remedio complementario de los otros remedios (art. 1190 PC), pues en otros preceptos se reconoce al acreedor la posibilidad de «demandar directa y exclusivamente, el menor valor de la prestación o su cuantía total» (cfr. arts. 1198 PC, 1196 PC). «Hay poca claridad sobre el punto y hace falta corregirlo, precisando el contenido de la indemnización de daños, en orden a si ella comprende plenamente el interés en la obtención de la prestación, incluso, su valor, o no lo considera, para luego determinar la relación existente entre este remedio y los restantes./ De la interpretación de los preceptos citados, fluye que la indemnización actúa, por regla general, como complemento de los otros remedios; sin embargo, habría casos en los que procedería su ejercicio exclusivo sin mediar la resolución del contrato. De este modo, tratándose de la falta de cumplimiento si la prestación fuere imposible de ejecutar, el acreedor podría acceder a la indemnización o a la cesión de acciones contra terceros, sin resolver el contrato, salvo que así lo desee. En cambio, en materia de cumplimientos no conformes con el contrato, la regla parece ser diversa: el acreedor sí puede optar entre cualquiera de los remedios y la indemnización plena; menor valor más otros perjuicios indemnizables, según el artículo 1208 de la Propuesta» [(2011) p. 274, pp. 274-275].

los gastos en que se hubieren incurrido; también puede acompañar, por ejemplo, a la subsanación del incumplimiento, admisión del error, publicación en periódicos, etc.<sup>26</sup>.

[ii] Artículo 8:102 PECL:

«Cumulation of Remedies

Remedies which are not incompatible may be cumulated. In particular, a party is not deprived of its right to damages exercising its right to any other remedy»<sup>27</sup>.

a) En el *Comment A* del artículo se destaca (como regla) que los remedios que no son incompatibles son remedios acumulables. Así, quien tiene derecho a suspender el cumplimiento de su propia obligación y a resolver la relación contractual, puede, primero, ejercitar la suspensión de su obligación y entonces, resolver; si una parte ejercita un remedio diferente al de la indemnización de daños, ello no le priva de ser indemnizado; quien resuelve el contrato, puede, por ejemplo, reclamar además daños.<sup>28</sup>

e) El artículo 1190 PC no menciona el remedio del acreedor de suspender el cumplimiento de su propia prestación mientras no cumpla la otra parte. De su regulación se encarga el artículo 1191 PC (su análisis *infra* [71] y ss.). En mi opinión, el artículo 1190 PC debería haber recogido alguna indicación sobre este remedio.

Por otro lado, la suspensión del cumplimiento de la propia prestación no funciona necesariamente como remedio alternativo y excluyente del cumplimiento o de la resolución de la relación contractual. Por ejemplo: el acreedor puede exigir del otro contratante que cumpla la obligación y al mismo tiempo comunicarle que suspende el cumplimiento de la propia obligación mientras no cumpla<sup>29</sup>; o el acreedor puede suspender el cumplimiento de la propia obligación y, si transcurrido un tiempo prudencial, el deudor sigue sin cumplir, podrá resolver la relación contractual si se reúnen los requisitos de la resolución.

[5] *Propuesta sobre compraventa*.—Interesan los artículos 1482, 1490 y 1485 PCV.

[i] Artículo 1482 PCV:

«En caso de falta de conformidad<sup>30</sup>, el comprador podrá por su sola declaración de voluntad dirigida al vendedor exigirle el cumplimiento, reducir el precio o resolver el contrato.

<sup>26</sup> Principios UNIDROIT (2004) pp. 240-241.

<sup>27</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 362-363.

<sup>28</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 362-363.

<sup>29</sup> Si bien sería más oportuno ofrecer el cumplimiento de la propia prestación condicionado al cumplimiento de la contraparte.

<sup>30</sup> Sobre en qué consiste la falta de conformidad, artículo 1474 PCV: «La cosa entregada deberá ser conforme con el contrato en cantidad, calidad y tipo y deberá estar embalada

*En cualquiera de estos supuestos podrá exigir, además, la indemnización de los daños y perjuicios, si procediere» (vid. además art. 1489 PCV<sup>31</sup>).*

[ii] Artículo 1490 PCV:

*«Si un tercero estuviere en condiciones de ejercitar contra el comprador un derecho relativo a la cosa no contemplado en el contrato<sup>32</sup>, 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».*

[iii] Artículo 1485 PCV (falta de conformidad):

*«El comprador tendrá derecho a la resolución del contrato o la reducción del precio en los casos siguientes:*

*1.º Si el vendedor no resultare obligado a ejecutar ninguna modalidad de cumplimiento.*

*2.º Si la modalidad de cumplimiento procedente no fuera ejecutada por el vendedor en las condiciones establecidas en el párrafo segundo del artículo 1483<sup>33</sup>.*

o envasada en la forma que resulte del contrato./ La entrega de cosa diferente de la pactada se equipara a la falta de conformidad». Artículo 1475 PCV: «A salvo lo pactado por las partes hay, en particular, 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 pueda fundadamente esperar». Artículo 1476 PCV: «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 en el etiquetado./ El vendedor no quedará obligado por las declaraciones públicas:/ (...)». Artículo 1479 PCV: «La incorrecta instalación de la cosa se equipará a la falta de conformidad cuando, según el contrato, la instalación incumba al vendedor y haya sido realizada bajo su responsabilidad o cuando, habiendo quedado a cargo del comprador, el defecto se deba a un error en las instrucciones para llevarla a cabo».

<sup>31</sup> Artículo 1489 PCV: «El comprador que no comunique la falta de conformidad de la cosa al vendedor en un plazo razonable desde que la hubiese conocido o hubiera debido conocerla, sólo tendrá derecho a reducir el precio o a exigir la indemnización de daños y perjuicios, excluido el lucro cesante; pero si el vendedor conociere o no hubiere podido ignorar la falta de conformidad, el comprador conservará todos los derechos que le correspondan» (explicación en el núm. 23 de la EM de la PCV).

<sup>32</sup> En el núm. 25 (el primero) de la EM de la *Propuesta sobre compraventa* se informa del alcance de esa expresión: «La fórmula utilizada (“si un tercero estuviere en condiciones de ejercitar contra el comprador un derecho relativo a la cosa, no previsto en el contrato”) ha pretendido ser suficientemente flexible en la enunciación de los derechos de tercero a los que se refiere. Permite incluir en ella cualquier tipo de derecho que pueda existir en la cosa en el momento de la entrega. Incluye tanto los derechos reales, como los personales, por ejemplo, un arrendamiento; tanto la propiedad de un tercero, que impide al comprador adquirir ese derecho, como otros derechos reales existentes en la cosa que dan lugar a la transmisión de una titularidad gravada o limitada por los mismos; incluye, incluso, los derechos relacionados con la propiedad intelectual e industrial, tal como hace la Convención de Viena».

<sup>33</sup> Artículo 1483.II PCV: «(...)/ La modalidad de cumplimiento elegida deberá ser ejecutada en un plazo razonable y sin inconvenientes significativos para el comprador, habida cuenta de la naturaleza de la cosa y de la utilidad que hubiere de prestar a éste./ (...)».

3.º Si el vendedor hubiese rehusado ejecutar la modalidad de cumplimiento procedente en dichas condiciones o se previere fundadamente que no la ejecutará así»<sup>34</sup>.

[6] Sobre estos artículos considero:

a) Si hay una regulación general del incumplimiento y sus remedios (arts. 1188 ss. PC), la regulación particular de cada tipo contractual (en nuestro caso, de la compraventa) debe limitarse a contener las reglas especiales frente a esas generales, evitando la reiteración. Es (relativamente) fácil proceder a ello si se dispone de una previa regulación general, al realizar la especial. Pero la situación cambia notablemente si al regular los tipos contractuales específicos no se cuenta con la regulación general. Esta situación era la existente en el momento de redacción de la *Propuesta sobre compraventa*: se publicó en 2005 y la *Propuesta civil* es de 2009. Ausente la Parte general, la Parte especial puede tener que suplirla en parte y esto tal vez justifique la existencia de los artículos 1482 y 1490 PCV. El artículo 1482 PC (y el art. 1490 PCV) enumera(n) los mismos remedios que el artículo 1190 PC y una vez que se dispone de este último, lo adecuado es suprimir los artículos 1482 y 1490 PCV, o como mínimo, remitir a la correspondiente parte general<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> «Entre los remedios por falta de conformidad enumerados en el nuevo artículo 1482 existe jerarquía, tal como sucede en la Directiva [1999/44]. Primero ha de ejercitarse la pretensión de cumplimiento; subsidiariamente, la reducción del precio o la resolución. La indemnización no plantea problema alguno de jerarquía, por ser compatible con todos ellos. La jerarquía no está expresamente formulada, pero resulta del nuevo artículo 1485, en el que se limita al comprador el ejercicio de la facultad de resolver el contrato o de exigir la reducción del precio. La razón de la jerarquización de los remedios está en el intento de conservar el contrato en sus términos iniciales y dar al vendedor la oportunidad de subsanar su inicial incumplimiento» (núm. 17 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*).

<sup>35</sup> Es cierto que en el artículo 1482 PCV tiene mayor contenido [el ejercicio extrajudicial de los remedios] que el del artículo 1190 PC, pero ese otro contenido también lo regula *Propuesta civil* en otros preceptos.

Según el núm. 17 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*: «(...) Además de la enumeración de los remedios, este precepto [1482] contiene una importante precisión. Los remedios que se refieren a un cambio en la situación jurídica se ejercitan mediante simple declaración de voluntad recepticia, sin necesidad de que medie sentencia constitutiva; esto es especialmente importante en lo que se refiere a la resolución./ (...) Los derechos del comprador en caso de falta de conformidad, enumerados en el artículo 1482, son, como hemos dicho, los mismos de que dispone todo acreedor en una relación obligatoria sinalagmática. Su regulación corresponde, fundamentalmente, a las reglas generales de las obligaciones y contratos. En la compraventa sólo ha de recogerse las particularidades que implique su aplicación a este contrato». Pero, la *Propuesta civil* admite con carácter general el ejercicio extrajudicial de la reducción del precio (art. 1197 PC) y el de la resolución de la relación contractual (art. 1199.II PC). Sobre el artículo 1490 PCV, éste, por su remisión al artículo 1482 PCV, dispone la enumeración de los remedios por incumplimiento y su relación alternativa o acumulativa, no siendo esto tampoco preciso. En el primer núm. 25 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa* (*sic*, sería 24) se indica: «El nuevo artículo 1490 se ocupa también de los derechos de los que dispone el comprador en esos casos. Son, ciertamente, los generales del incumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas, adaptados a las peculiaridades de manifiesta-

[i] Es sabido que la CISG regula de modo separado los derechos y acciones del comprador (arts. 45 ss.) y los del vendedor (arts. 61 ss.), compartiendo esas regulaciones una unidad conceptual, además de mediar un claro paralelismo entre ciertos preceptos; hay asimismo preceptos comunes. En este trabajo me refiero a los artículos que regulan los derechos y acciones del comprador por el incumplimiento del vendedor, haciendo mera cita de los equivalentes del vendedor cuando el comprador incumple sus obligaciones.

[ii] Según el artículo 45.1 CISG:

«Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá:

a) Exigir los derechos establecidos en los artículos 46 a 52 [cumplimiento, resolución, reducción del precio].

b) Exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforma a los artículos 74 a 77<sup>36</sup>» (cfr. art. 61 CISG<sup>37</sup>).

b) En cambio, no procede suprimir el artículo 1485 PCV que ordena la interrelación entre los remedios del comprador por la entrega de cosa no conforme. El artículo 1485 PCV sí es norma especial frente a la general del artículo 1190 primera regla PC. Para el incumplimiento consistente en la entrega de cosa no conforme con el contrato, la *Propuesta sobre compraventa* jerarquiza (con las excepciones que haya) los remedios del comprador: este primero ha de ejercitar el cumplimiento (reparación o sustitución del bien); subsidiariamente, podrá ejercitar la reducción del precio o la resolución de la relación contractual<sup>38</sup>. En el artículo 1190 primera regla PC los remedios operan de modo alternativo.

c) En la entrega de cosa con vicios jurídicos, los remedios del comprador del cumplimiento, de la reducción del precio y de la

---

ción del incumplimiento prevista en el precepto. En su enunciación, el artículo se remite al nuevo artículo 1482, que enumera los remedios por falta de conformidad». Para el artículo 1568 PC: FENOY PICÓN (2010) [33] pp. 76-77.

<sup>36</sup> Sobre esta letra b), LÓPEZ LÓPEZ señala que no se trata de una simple remisión a los preceptos reguladores de la indemnización de daños. El artículo 45.1.b) CISG [igual que el paralelo art. 61.1.b) CISG] establece la base legal de la reclamación de daños; y, los artículos 74 a 77 CISG, las normas para el cálculo del montante del daño. El autor señala, además, que el artículo 45.2 CISG (el comprador no pierde el derecho a exigir daños, aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho) clarifica la relación del derecho a los daños con otros posibles remedios del comprador [«Artículo 45 CISG» (1998) p. 407]. *Vid.* HONNOLD, (1987 de la trad.) núm. 276, pp. 324-325.

<sup>37</sup> Luis Díez-PICAZO destaca que el artículo 61 CISG permite al vendedor exigir el cumplimiento o la resolución (similar al art. 1124 CC); además, el hecho de que el vendedor disponga de una alternativa significa que no puede valerse simultáneamente de los remedios incompatibles [«Artículo 61 CISG» (1998) p. 495; *Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) p. 808].

<sup>38</sup> Para la compraventa de consumo, BECH SERRAT no es partidario de la jerarquía en los remedios [*InDret* (1/2010) pp. 38-41].

resolución de la relación contractual funcionan entre sí de modo alternativo («a su elección» especifica el art. 1490 PCV)<sup>39</sup>. En los vicios jurídicos, hay coincidencia con el artículo 1190 PC y sería oportuna la supresión del artículo 1490 PCV.

d) Y sobre el remedio de la indemnización de daños y perjuicios, este puede ejercitarse de modo acumulado a los otros remedios (arts. 1482, 1490<sup>40</sup>), lo que asimismo dispone el artículo 1190 segunda regla PC (y el 1205.II PC). La *Propuesta sobre compraventa* no presenta aquí particularidad alguna frente a la *Propuesta civil* y desde esta perspectiva, también sería aconsejable suprimir esos artículos 1482 y 1490 PCV.

[i] Artículo 46.1 CISG:

«El comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia<sup>41</sup>» (cfr. 62 CISG para el vendedor y la exigencia de cumplimiento al comprador<sup>42</sup>).

Artículo 45 CISG:

«2. El comprador no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho»<sup>43</sup> (cfr. art. 61.2 CISG referido al vendedor).

---

<sup>39</sup> Núm. 25 (el primero; *sic*, debe ser 24) de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*: «A diferencia de lo que sucede en la falta de conformidad, no se establece jerarquía en la utilización de los derechos del comprador; éste no tiene que ejercitar, en primer lugar, el derecho al cumplimiento *in natura*, sino que puede elegir entre cualquiera de los remedios. Hay una razón que justifica la diferencia con el sistema seguido en el caso de falta de conformidad. Existiendo una titularidad de tercero, el vendedor, no está, normalmente, en condiciones de hacer propietario al comprador o liberar a la cosa del derecho ajeno, por su propia decisión; ni tampoco ha de serle fácil sustituir el objeto entregado por otro, sin olvidar la previsible infungibilidad del mismo. No queda excluido, sin embargo, que si estuviera en condiciones de poder hacerlo y así conviniera, el vendedor pueda mostrar su preferencia por el cumplimiento. Le da la oportunidad el nuevo artículo 1482».

<sup>40</sup> Núm. 17 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*: «La indemnización es un remedio compatible con cualquiera de los otros».

<sup>41</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, por ejemplo, se plantea cuáles son esos derechos o acciones incompatibles (simultáneamente o de modo sucesivo). Señala la incompatibilidad de la resolución, por su efecto extintivo (cfr. art. 81 CISG), con exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales, si bien permanece la posibilidad de reclamar daños y perjuicios (art. 45.2 CISG) que requiere incumplimiento y daño. No puede exigirse el cumplimiento, si se ha ejercitado la resolución. También señala, que el cumplimiento es incompatible con la reducción del precio del artículo 50 CISG. Reconoce, que no puede hacerse con plena seguridad una enumeración cerrada de los derechos y acciones del comprador que sean incompatibles con el cumplimiento, habiéndose de estar a la específica situación. Concluye indicando, que la necesidad de la compatibilidad del cumplimiento se encamina a hacer efectivo el contrato en sus propios términos; por lo que ha de concluirse que, fracasado el cumplimiento, están abiertos toda otra posible acción o derecho sin límites [LÓPEZ LÓPEZ, «Artículo 45 CISG» (1998) pp. 417-418; *vid.* HONNOLD (1987 de la trad.), núm. 282, p. 329.

<sup>42</sup> *Vid.* Luis DÍEZ-PICAZO, «Artículo 62 CISG» (1998) p. 498.

<sup>43</sup> Según LÓPEZ LÓPEZ, la CISG se ha inclinado por la alternativa de que la indemnización pueda acumularse cuando se ejercita otra acción (apunta, lógicamente, a la acumulación con el remedio resolutorio). Señala también la posibilidad del ejercicio autónomo de la indemnización. [«Artículo 45 CISG» (1998) p. 410; *vid.* hasta p. 411].

### III. EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL

#### 1. EN DÓNDE SE REGULA. OBSERVACIONES GENERALES

[7] La *Propuesta civil* regula el derecho a exigir el cumplimiento forzoso con carácter general en los artículos 1192 a 1196. La rúbrica de la Sección 2.<sup>a</sup>, capítulo VII, título I del libro IV de la *Propuesta civil* es «De la acción de cumplimiento». De esta leyenda se induce que la *Propuesta civil* regula el cumplimiento forzoso. Sin embargo, algunos artículos de la sección pueden aplicarse a la posible reclamación extrajudicial del cumplimiento de la obligación contractual<sup>44</sup>.

La *Propuesta sobre compraventa* se refiere al derecho extrajudicial del comprador de exigir del vendedor el cumplimiento, cuando le fue entregada un cosa no conforme con el contrato o/y con vicios jurídicos (arts. 1482 y 1490 PCV). Los artículos 1483, 1484 y 1491 PCV se encargan de regular el régimen del cumplimiento.

La *Propuesta mercantil* no regula el remedio del cumplimiento, pero conviene recordar la función supletoria del Derecho civil (art. 50.2 PM)<sup>45</sup>.

[8] El eje central de mi exposición sobre el remedio del cumplimiento lo constituye la *Propuesta civil*. A partir de ella enlace con las *Propuestas sobre compraventa y mercantil*, cuando es oportuno.

#### 2. EL CUMPLIMIENTO Y SUS «EXCEPCIONES»: EL ARTÍCULO 1192 PC

[9] El artículo 1192 PC dispone:

*«El acreedor de una obligación dineraria tiene, en todo caso, el derecho a exigir el cumplimiento.»*

<sup>44</sup> Luis Díez-PICAZO destaca que la pretensión de cumplimiento es, de conformidad con los esquemas teóricos del Derecho comparado codificado, una continuación de la vinculación contractual; no es un nuevo remedio del acreedor que surja del incumplimiento [«Artículo 62 CISG» (1998) p. 498]; similar idea: VIGURI PEREA (2007), p. 208. Vid. VIDAL OLIVARES, *RChDP* (2011) pp. 276-277. Otra cuestión es la relación entre el cumplimiento forzoso y específico y la indemnización de daños: si la primera tiene o no preferencia sobre la segunda: sobre esto, VERDERA SERVER (1995) pp. 95 ss., en particular pp. 134-146.

<sup>45</sup> Artículo 50.2 PM: «Los contratos mercantiles se registrarán por las disposiciones contenidas en este Código y en las leyes mercantiles que lo complementan, en su defecto por los usos mercantiles observados en el sector económico de que se trate y a falta de éstos por las disposiciones de la legislación civil./ Serán aplicables a los contratos mercantiles con los consumidores las normas para la protección de éstos, establecidas en este Código o en leyes especiales.»

*En las obligaciones distintas de las de pagar dinero, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación debida a menos que:*

- 1.º *Tal prestación sea jurídica o físicamente imposible.*
- 2.º *El cumplimiento o, en su caso, la ejecución forzosa resulten excesivamente onerosos para el deudor.*
- 3.º *La pretensión de cumplimiento sea contraria a la buena fe.*
- 4.º *La prestación sea personal del deudor».*

[10] El artículo 1192 PC disciplina el cumplimiento bajo la división obligación dineraria (pfo. I)/obligación distinta a la de pagar dinero (pfo. II). Para ambas obligaciones, la regla es que el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento específico de la obligación contractual.

## 2.1 El cumplimiento de la «obligación dineraria»: el párrafo I del artículo 1192 PC

[11] Sobre ese párrafo, dos breves indicaciones:

a) La Sección 3.ª del capítulo II título I libro IV PC se titula «De las obligaciones pecuniarias» (arts. 1099 a 1105)<sup>46</sup>. El artículo 1099 PC incluye, en las obligaciones pecuniarias, a la obligación de suma de dinero (pfo. I) y a la obligación cuyo fin es indemnizar en dinero un daño o restituir un valor patrimonial (pfo. II)<sup>47</sup>.

b) La expresión «en todo caso» apunta a que ni la imposibilidad objetiva de cumplir en la moneda pactada, ni la imposibilidad subjetiva del deudor, liberan a éste de cumplir. El artículo 1100 PC conecta con la regla de que la imposibilidad no extingue la obligación pecuniaria (*genus nunquam perit*). El artículo 1100 PC prescribe, entre otras reglas, que las obligaciones pecuniarias han de cumplirse en la moneda que indiquen. Si es imposible cumplir en dicha moneda, se cumplirá con la de curso legal en el momento y

<sup>46</sup> La Ley de Enjuiciamiento Civil emplea la expresión «ejecución dineraria» (arts. 571 ss.). FERNÁNDEZ-BALLESTEROS destaca que suele emplearse la expresión de condenas pecuniarias [(2001) p. 263]; también: «Pecuniario y dinerario vienen a significar lo mismo. Su uso depende del gusto de quien lo emplea, aunque «pecuniario» tiene una tradición y empleo generalizado entre juristas del que «dinerario» carece. De hecho tras optar –erróneamente– por el más común adjetivo «dinerario», la propia LEC utiliza en varias ocasiones el término pecuniario (*vid.* 534 I; 699 II 701 3; 709 I, etc.)» [(2001) nota 1 en p. 263].

<sup>47</sup> Artículo 1099 PC: «Las obligaciones cuyo objeto sea una suma de dinero son exigibles por su importe nominal, a no ser que otra cosa resulte de la ley, o del título constitutivo de la obligación./ Las obligaciones cuya finalidad fuere indemnizar en dinero un daño o restituir un valor patrimonial han de ser cumplidas con una suma equivalente al valor del daño sufrido o al valor patrimonial objeto de restitución».

lugar del pago. Además, si la imposibilidad de pago proviene de que la moneda ha sido sustituida, para el cumplimiento se utilizará la moneda que legalmente la haya sustituido<sup>48</sup>. (Cfr. art. 1170.ICC).

[i] El artículo 62 CISG dispone que el vendedor puede exigir del comprador el pago del precio (*vid.* arts. 53, 28 CISG).

[ii] Artículo 7.2.1 Principios UNIDROIT:

«(Cumplimiento de obligaciones dinerarias)

Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago».

a) En el Comentario (único) del artículo se indica que el precepto recoge el principio generalmente aceptado de que el pago de la obligación dineraria siempre puede reclamarse (por solicitud a la otra parte; al tribunal, para su ejecución)<sup>49</sup>.

[iii] Artículo 9:101 PECL:

«Monetary Obligations

(1) The creditor is entitled to recover money which is due.

<sup>48</sup> a) *Propuesta civil.*—Artículo 1100 PC: «El cumplimiento de las obligaciones pecuniarias deberá realizarse en la moneda que en ellas se indique. Sin embargo, salvo que otra cosa resulte del contrato, el deudor podrá pagar en la moneda de curso legal en el momento y lugar del pago. El deudor carecerá de la facultad de elección cuando el contrato la hubiere excluido./ Si resultare imposible cumplir la obligación en la moneda exigible, se utilizará la de curso legal en el momento y lugar del pago. Cuando la imposibilidad provenga de la sustitución de la moneda, se utilizará la que legalmente la haya sustituido»; *vid.* además artículo 1101 PC. b) *Principios UNIDROIT.*—Artículo 6.1.9 Principios UNIDROIT: «(Moneda de pago)/ (1) Si una obligación dineraria es expresada en una moneda diferente a la del lugar del pago, éste puede efectuarse en la moneda de dicho lugar, a menos que:/ (a) dicha moneda no sea convertible libremente; o/ (b) las partes hayan convenido que el pago debería efectuarse sólo en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada./ (2) Si es imposible para el deudor efectuar el pago en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada, el acreedor puede reclamar el pago en la moneda del lugar del pago, aun en el caso al que se refiere el párrafo (1) (b) de este artículo./ (3) (...)». En el Comentario 2 del artículo 6.1.9 Principios UNIDROIT se indica que al deudor puede serle imposible pagar en la moneda pactada (reglas de control de cambio, normas imperativas, otras causas que impidan obtener la cantidad suficiente de divisas). Entonces, el acreedor puede reclamar el pago en la divisa del lugar de pago, incluso habiéndose pactado una «cláusula de numerario». Tal posibilidad puede serle no sólo aceptable, sino hasta provechosa; además, no le impide el ejercicio de otros remedios (indemnización de daños, por ejemplo). Se pone el ejemplo de un Banco suizo que otorga un préstamo en dólares a reembolsar en Lugano. Vencida la obligación, el prestatario no puede pagar en los dólares necesarios. El Banco se entera de que tiene un depósito en otro banco local, en francos suizos. El Banco puede reclamar el pago en francos suizos, aunque se pactase que el pago sólo podía hacerse en dólares estadounidenses [Principios UNIDROIT (2004) p. 172].

<sup>49</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 217. También se indica que excepcionalmente puede excluirse el derecho a exigir el pago del precio de mercaderías a entregar o servicios a prestar: así, si los usos comerciales exigen al vendedor que revenda las mercaderías no aceptadas, ni pagadas por el comprador [*op. cit.* p. 217; cfr. art. 9:101 (2) PECL].

(2) (...)». Cfr. artículo III.-3:301 (1) DCFR<sup>50</sup>.

a) En el *Comment A* se apunta la regla de que siempre cabe el cumplimiento forzoso de las obligaciones dinerarias [art. 9:101 (1) PECL]. A los efectos del apartado (1), obligación dineraria es toda obligación de pago de dinero, al margen de su forma de pago o moneda. Incluye la obligación secundaria (accesoria) de pago de intereses, o el pago de una suma de dinero fijada en concepto de daño. Requisito para aplicar el artículo 9:101 (1) PECL es que la obligación dineraria *debe haber sido ganada por el acreedor, i.e.,* debe ser debida.<sup>51</sup>

## 2.2 El cumplimiento de la «obligación distinta de la de pagar dinero»: el párrafo II del artículo 1192 PC

A) *Modelos de Derecho comparado en relación con el cumplimiento. La regla del cumplimiento y sus excepciones. La interpretación del «a menos que». Los otros remedios por incumplimiento cuando no procede el del cumplimiento. Los artículos 1484 y 1491 PCV*

[12] *Modelos de Derecho comparado en relación con el cumplimiento. La regla general de la Propuesta civil.—El Código civil*

<sup>50</sup> Vid. DE VRIES [(2009) pp. 585-589] quien compara los sistemas de *Civil law* y de *Common law*, PECL, DCFR.

<sup>51</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 391. La regla de que puede exigirse el pago de la obligación dineraria tiene dos excepciones, que indica el artículo 9:101 (2) PECL: «Where the creditor has not yet performed its obligation and it is clear that the debtor will be unwilling to receive performance, the creditor may nonetheless proceed with its performance and may recover any sum due under the contract unless: (a) it could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense; or (b) performance would be unreasonable in the circumstances». En el *Comment B* se precisa que el principio de que en las obligaciones dinerarias puede exigirse siempre el cumplimiento forzoso no es suficientemente correcto, allí donde la obligación dineraria no ha sido ganada por el cumplimiento del acreedor y es claro que el deudor rehusará recibir el futuro cumplimiento del acreedor. Según el principio *pacta sunt servanda*, el acreedor tiene derecho a llevar a cabo su cumplimiento y a ganar el precio por tal cumplimiento. La voluntad del deudor de no recibir el cumplimiento es, como regla, algo irrelevante. Pero hay dos excepciones. Sobre la letra (a) del artículo 9:101 (2) PECL se indica [*Comment B* (ii)] que el acreedor que puede hacer una razonable operación de cobertura (negocio de reemplazo) sin importante problema o gasto, no tiene derecho a continuar con su cumplimiento en contra de la voluntad del deudor y no puede demandar el pago del precio. El acreedor resolverá el contrato y puede hacer un negocio de reemplazo (art. 9:506 PECL), o simplemente reclamar daños sin realizar dicho negocio (art. 9:507 PECL). Se indica que en ciertas situaciones el acreedor puede, incluso, estar vinculado por un uso comercial para efectuar el negocio de reemplazo. Sobre la letra (b) del artículo 9:101 (2) [*Comment B* (iii)] se afirma que un típico ejemplo es aquel en que, antes de que el cumplimiento haya comenzado, el deudor deja claro que no lo quiere. Esto sucede, por ejemplo, en contratos de construcción, otros contratos de obra y especialmente, en contratos de larga duración (cfr. v. gr. art. 1594 CC). El no cumplimiento puede ser actual (la fecha para cumplir ha vencido) o anticipado. La consecuencia jurídica de las letras (a) y (b) es que el acreedor no puede pedir la contraprestación, en particular el precio; puede reclamar daños por incumplimiento (art. 9:103 PECL) [LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 391-393].

dispone como regla que el acreedor puede exigir el cumplimiento forzoso de la obligación (arts. 1096.I y II, 1098.I y II primera frase CC). La *Propuesta civil* no rompe con ello, pues dispone que el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación distinta de la de pagar dinero (art. 1192.II primera regla PC). Mediante el cumplimiento, el acreedor logra satisfacer su interés al obtener, en principio, la prestación pactada. No sorprende que la *Propuesta civil* regule el cumplimiento, construyéndolo como derecho del acreedor ante el incumplimiento. Dicho en términos generales, este es un rasgo que caracteriza a los sistemas de *Civil Law*. Como es conocido, en el *Common Law*, el incumplimiento contractual da derecho al acreedor a ser indemnizado de los daños sufridos y en ciertos casos a resolver el contrato. El acreedor no tiene un derecho al cumplimiento específico (y forzoso) si es más adecuado el remedio de la indemnización. El cumplimiento es remedio discrecional del Juez<sup>52</sup>. Esto que he descrito brevemente fue tenido en cuenta (lógicamente) en el diseño de la CISG, de los Principios UNIDROIT y de los PECL, textos aplicables a la contratación internacional.

[i] Según el artículo 45.1.a) CISG, el comprador puede exigir del vendedor el cumplimiento, desarrollando tal remedio el artículo 46 CISG. Sin embargo, según el artículo 28 CISG (norma de compromiso): «Si conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el Tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciera, en virtud de su propio derecho<sup>53</sup>, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención»<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Vid. MCKENDRICK (2009) 19.3 y 19.4 (p. 311), 19.6 (p. 312), 19.8 (pp. 314-316), 21.9 (pp. 360-363, en donde analiza el *Specific performance*). Señala la diferencia entre el *Civil law* y el *Common law* (y también que ha habido aproximaciones): DE VRIES (2009) pp. 582-583, 589-590, 593-594; vid. BECH SERRAT, *InDret* (1/2010) pp. 23-24, de interés hasta la p. 27; en relación con los remedios de la sustitución o la reparación del bien para la compraventa de consumo, fruto de la incorporación de la Directiva 1999/44: Part 5 A *Additional Rights of Buyer in Consumer Cases*: 48A a 48 F; en particular 48B *Repair or replacement of the goods* y sobre todo, 48E *Powers of the Court* de la *Sale of Goods Act 1979*.

<sup>53</sup> HONNOLD plantea si esa expresión se refiere al Derecho nacional del Tribunal o a las normas que serían aplicables según el Derecho internacional privado. Entiende que se remite al Derecho nacional del Tribunal [«Artículo 28 CISG» (1987 de la trad.) núm. 195 pp. 248-250; CABANILLAS SÁNCHEZ, «Artículo 28 CISG» (1998) p. 231].

<sup>54</sup> Por su formación son de interés las consideraciones de HONNOLD sobre el remedio del cumplimiento: «Artículo 46 CISG» (1987 de la trad.) núm. 199 p. 253; también, núm. 286 pp. 330-332. El autor señala: «No es fácil comprender lo irreductible de los opuestos puntos de vista sobre el alcance del cumplimiento específico. Preparando la Convención, cuestiones de importancia práctica generalmente han dado paso a la reconciliación o al compromiso. Pero en esta cuestión, el educado en el Derecho común se queda perplejo ante la insistencia de los que lo están en el Derecho civil sobre una medida que raramente es útil, mientras que el descendiente del Derecho civil debe estar consusternado por una actitud que parece destruir la santidad de las obligaciones» (*op. cit.* núm. 286, pp. 331-332).

[ii] Artículo 7.2.2. Principios UNIDROIT:

«(Cumplimiento de obligaciones no dinerarias)

Si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que:/(...).

a) En el Comentario 1 del artículo se recuerdan las conocidas ideas sobre el cumplimiento forzoso y específico: que de conformidad con el carácter vinculante del contrato (art. 1.3 Principios UNIDROIT<sup>55</sup>), cada parte en principio ha de poder reclamar a la otra la prestación dineraria y la no dineraria. Que esto no se discute en los países de tradición romanista, pero, en los del *common law* sólo se permite el cumplimiento específico en circunstancias especiales. El artículo 7.2.2 acoge el principio del cumplimiento específico con excepciones, al igual que el artículo 46 CISG<sup>56</sup>. Pero, en los Principios UNIDROIT –se indica– el cumplimiento específico no es remedio que dependa de la discrecionalidad del Juez (Comentario 2): éste está obligado a ordenarlo, salvo que se aplique alguna de las excepciones que establece el artículo 7.2.2 Principios UNIDROIT<sup>57</sup>.

[iii] Artículo 9:102 PECL:

«Non-monetary Obligations

(1) The aggrieved party is entitled to specific performance of an obligation other than one to pay money, including the remedying of a defective performance». Cfr. artículo III.-3:302 (1) y (2) DCFR (*infra* nota 148).

a) En el *Comment A* del artículo se precisa que el perjudicado, no sólo tiene un derecho sustantivo a exigir el cumplimiento, sino también un remedio para exigirlo (orden o decisión del Tribunal; cumplimiento forzoso)<sup>58</sup>.

Se destaca (*Comment B*) el debate acerca de si una parte ha de tener derecho a exigir el cumplimiento de una obligación no monetaria. El «*common law*» considera al cumplimiento específico como remedio excepcional y el *civil law* lo mira como remedio ordinario.

<sup>55</sup> Artículo 1.3 Principios UNIDROIT: «(Carácter vinculante de los contratos)/ Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios». Según el Comentario 1 del precepto: «Este artículo establece otro principio fundamental del derecho contractual, el de “*pacta sunt servanda*”» [Principios UNIDROIT (2004) p. 10].

<sup>56</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 218.

<sup>57</sup> Principios UNIDROIT (2004) pp. 218-219.

<sup>58</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 394. Se reitera en el *Comment D* (art. 9:102 PECL), que el perjudicado tiene un *derecho sustantivo* para exigir y demandar el *cumplimiento forzoso* de la obligación no monetaria. La concesión de una orden de cumplimiento no es algo discrecional del Tribunal, pues está obligado a conceder el cumplimiento salvo en los apartados (2) y (3) del artículo 9:102 PECL. El Tribunal ha de conceder el cumplimiento (específico), incluso en casos en los que no esté acostumbrado a hacerlo conforme a su Derecho nacional. [Lo anterior: LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 396; *vid. Comment A* del art. III.-3:302 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 829, *Comment D* del art. III.-3:302 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 830].

Los PECL recogen una solución de compromiso: se admite como regla la reclamación del cumplimiento, excluyéndose en ciertas situaciones.<sup>59</sup> Se admite, que un derecho general de exigir el cumplimiento tiene ventajas. Primero, a través del cumplimiento específico se obtiene, en la medida de lo posible, lo que se debe por contrato; segundo, se evitan las dificultades que entrañan la cuantificación de los daños; tercero, se destaca la fuerza vinculante de las obligaciones contractuales. El cumplimiento específico es particularmente útil –se indica– en los casos de objetos únicos y en tiempos de escasez.<sup>60</sup>

También se señala (*Comment B*), que una investigación comparada de los ordenamientos, especialmente de las prácticas comerciales, demuestra que incluso en los países de «*Civil Law*» ha de limitarse el principio del cumplimiento específico. Las limitaciones son diversas: se basan en la naturaleza, en consideraciones legales y comerciales, y las recogen los apartados (2) y (3) del artículo 9:102 (de tales limitaciones doy cuenta en los epígrafes siguientes)<sup>61</sup>. En todas esas limitaciones, otros remedios, especialmente el indemnizatorio y, en apropiados casos, la resolución de la relación contractual, son remedios más adecuados para el perjudicado por el incumplimiento.<sup>62</sup>

[13] *Las excepciones al cumplimiento.*—En la regulación general del remedio del cumplimiento, el Código civil no dispone de unas específicas excepciones<sup>63</sup>. En cambio, la *Propuesta civil* presenta como novedad, que en la propia regulación general del cumplimiento se dispongan unas excepciones (aps. 1.º a 4.º del art. 1192.II PC). Algunas de esas excepciones se encuentran en el Código civil, pero se sitúan en distinta ubicación normativa, lo que responde a que la organización del incumplimiento y sus remedios del Código civil es distinta a la de la *Propuesta civil*.

Por ejemplo, los artículos 1182 CC (extinción de la obligación de dar cosa determinada, por pérdida sobrevenida y sin culpa del deudor) y 1184 CC (el deudor se libera de la obligación de hacer, si esta es imposible de llevar a cabo sin su culpa) son preceptos que disponen la extinción de la obligación (art. 1156 CC), lo cual implica que el acreedor no tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación (efecto liberatorio para el deudor). Otro ejemplo: en ocasiones, el cumpli-

<sup>59</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 395. En el *Comment B* del artículo III.-3:302 DCFR, tras destacar la diferencia de trato entre los distintos sistemas legales, se afirma que hay razón para creer que en la práctica los resultados son similares bajo ambas teorías. Se indica que el artículo acoge un acercamiento pragmático [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 829].

<sup>60</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 395. *Vid. Comment B* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 829]. DELGADO ECHEVERRÍA llama la atención sobre el interés en el cumplimiento forzoso en especie en épocas de racionamiento [*Elementos-II*, vol. 1.º (1985) 2.ª ed. § 20, p. 225].

<sup>61</sup> *Vid. Comment B* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 830].

<sup>62</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 395. *Vid. Comment B* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 830].

<sup>63</sup> LUIS DíEZ-PICAZO: «En nuestro Derecho positivo la pretensión de cumplimiento no presenta ningún límite especial, fuera de aquellos que son, por así decirlo, consecuencia de la naturaleza de las cosas» [*Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) p. 775].

miento específico puede exceptuarse con base en las reglas de que los derechos han de ejercitarse de conformidad con las exigencias de la buena fe y la prohibición del abuso de derecho (art. 7 CC); la *Propuesta civil* dispone, en su regulación del cumplimiento, la excepción de que exigir el cumplimiento sea contrario a la buena fe.

Otras excepciones al cumplimiento de la *Propuesta civil* no son recogidas de modo expreso en el Código civil. Así, la excepción de que el cumplimiento sea desproporcionado; la de que se trate de una obligación personal del deudor (aunque cfr. 1161 CC redactado para proteger al acreedor).

En mi opinión, es acertado que en la regulación general del cumplimiento se disponga su regla y excepciones (art. 1192.II PC). Diferente es si comparto o no la oportunidad de las excepciones de la *Propuesta civil*. Pero, de esto doy cuenta en el estudio de cada una de aquellas.

[14] *El significado del «a menos que»*.—Esta expresión del artículo 1192.II PC puede interpretarse de distintas maneras:

a) Puede considerarse que los apartados 1.º a 4.º del artículo 1192.II PC son excepciones a la regla de que el acreedor pueda exigir el cumplimiento (régimen uniforme). Aquéllas son límites al cumplimiento (delimitan su contorno). El sentido propio de las palabras del artículo 1192.II PC permite esta interpretación (art. 3 CC).<sup>64</sup> Cuestión distinta es que el deudor haya de alegar en juicio la excepción (principio de rogación), si no quiere ser condenado al cumplimiento específico que le demanda el acreedor.

b) Otra posible interpretación consiste en entender que las «excepciones» al cumplimiento no operan del mismo modo<sup>65</sup>:

b.1) Si la prestación es física o jurídicamente imposible de cumplir (ap. 1.º del art. 1192.II PC), el acreedor no tiene derecho a

---

<sup>64</sup> Luis Díez-PICAZO: «a) La acción o pretensión de cumplimiento que aparece regulada en los arts. 1192-1196./ El acreedor si la obligación es dineraria tiene siempre derecho al cumplimiento, pero en las obligaciones distintas de las de pagar dinero, la pretensión de cumplimiento, que se reconoce también queda exceptuada si fuese jurídica o físicamente imposible; si resultase excesivamente onerosa, si la pretensión del cumplimiento fuera contraria a la buena fe o si la prestación era personal del deudor» [(2011) p. 7]. ROCA TRÍAS: «(...), no todo incumplimiento va a dar lugar a la ejecución específica de la obligación, puesto que el art. 1192, contiene cuatro excepciones a la regla de que el acreedor puede exigir el cumplimiento» [(2011) p. 14].

<sup>65</sup> § 275 BGB: «Exclusión del deber de prestación/ (1) La pretensión a la prestación está excluida si es imposible para el deudor o para cualquier persona./ (2) El deudor puede denegar la prestación en la medida en que ésta requiere un esfuerzo que, teniendo en cuenta el contenido de la relación obligatoria y las exigencias de la buena fe, supone un grave desequilibrio con el interés del acreedor a la prestación. En la determinación del esfuerzo exigible al deudor debe también tenerse en cuenta si el deudor debe responder del impedimento de la prestación./ (3) El deudor puede además denegar la prestación si debe cumplirla personalmente y, ponderando los impedimentos que dificultan su prestación con el interés del acreedor a la prestación, no le puede ser exigida./ (4) (...)» [traducción de Albert LAMARCA MARQUÉS, revisión de Jochen BECKMAN (2008) p. 83].

exigir el cumplimiento. La imposibilidad es un hecho físico o tiene por causa una disposición legal. Otra cosa es, como he apuntado, que si el acreedor exige al deudor el cumplimiento, éste haya de alegar su imposibilidad si quiere no ser condenado al cumplimiento específico. Por otro lado, en su demanda, el acreedor puede solicitar el cumplimiento; y subsidiariamente, para el caso de que no sea posible, el cumplimiento por equivalente (o/y la indemnización de daños)<sup>66</sup>.

b.2) Si el cumplimiento o su ejecución forzosa resultan excesivamente onerosos para el deudor (ap. 2.º del art. 1192.II PC), puede entenderse que el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento, pudiendo el deudor oponerse a ello, lo cual es probable que suceda<sup>67</sup>. No obstante, puede haber algún caso que al deudor no le interese oponerse a la pretensión de cumplimiento que el acreedor le exige. Por ejemplo, una empresa con grandes recursos económicos puede considerar oportuno cumplir (por prestigio comercial u otro valor o consideración) pese al carácter extraordinariamente gravoso del cumplimiento<sup>68</sup>. En el «a menos que», referido al apartado 2.º, destaca, desde la perspectiva del Derecho sustantivo, la decisión del deudor.

b.3) La no exigibilidad del cumplimiento, si exigirlo es contrario a la buena fe (ap. 3.º del art. 1192.II PC) conecta con el artículo 7.1 CC. Puede considerarse que se está ante un límite del derecho del acreedor al cumplimiento. Ahora bien, procesalmente, el deudor ha de oponerlo al acreedor<sup>69</sup>.

b.4) Sobre la prestación «personal» del deudor (ap. 4.º del art. 1192.II PC) puede considerarse que el acreedor no tiene derecho a exigir el cumplimiento (aplicación estricta del *nemo ad factum praecise cogi potest*), pero el deudor ha de alegarlo para que opere (principio de rogación). También es posible la otra interpre-

<sup>66</sup> Por ejemplo, se celebra compraventa de un inmueble, que no entrega el vendedor, incumpliendo el contrato. El vendedor no puede entregarlo porque lo enajenó a un tercero de buena fe protegido por el Derecho. El comprador solicita el cumplimiento, que resulta no posible, y en su defecto el valor del inmueble. Cfr. art. 1491 PCV. Para el Derecho alemán, EBERS informa de que la imposibilidad del § 275 (1) BGB (transcrito en la nota que antecede a esta) implica que la prestación se extingue *ipso iure*, siendo ello apreciable de oficio [(2006) p. 49]; *vid.* ZIMMERMANN, A «Los medios de tutela» (2005, 2008 de la trad.) p. 46; MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON (2006) pp. 413 y 418.

<sup>67</sup> Para el supuesto del § 275 (2) BGB (transcrito en la segunda nota anterior), EBERS indica que se ha configurado dogmáticamente como una excepción que ha de alegar el interesado [(2006) p. 49]; *vid.* ZIMMERMANN «Los medios de tutela» (2005, 2008 de la trad.) p. 48; MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON (2006) pp. 413 y 418.

<sup>68</sup> AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003) p. 255. De todos modos, si por causa de las razones expuestas en el texto el deudor quiere cumplir, lo normal será que no llegue a plantearse el problema de la excesiva onerosidad: el deudor cumplirá voluntariamente en el momento exigido por la obligación.

<sup>69</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 7.1» (1993), 2.ª ed., tomo II, p. 39; *vid.* desde p. 37, pp. 47-48.

tación, la de que el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento, pero el deudor dispone de la posibilidad de oposición.

[15] *Los otros remedios.*—Que en ciertos casos el acreedor no pueda obtener el cumplimiento, no conlleva que no pueda disponer de los otros remedios por incumplimiento. De ellos dispondrá, si se reúnen los respectivos requisitos de aplicación. Por ejemplo, si la obligación de dar cosa determinada deviene imposible, el acreedor puede ejercitar todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de la cosa (art. 1196 PC, en la regulación del cumplimiento), o puede resolver la relación contractual (por tratarse de un incumplimiento esencial); en el incumplimiento inexcusable a efectos del remedio indemnizatorio (art. 1209 PC), el acreedor podrá exigir la indemnización de daños<sup>70</sup>.

[i] Artículo 9:103 PECL:

«Damages Not Precluded

The fact that a right to performance is excluded under this Section does not preclude a claim for damages»<sup>71</sup>.

[16] *Propuesta sobre compraventa.*—En contraste con el «a menos que» del artículo 1192.II PC, el artículo 1484 primera regla PCV dispone expresamente que el vendedor (deudor) puede oponerse al cumplimiento en ciertos supuestos (imposibilidad, excusi-

<sup>70</sup> En relación con el Código civil, si la prestación deviene imposible y es imputable al deudor (art. 1182 CC *a contrario*), el acreedor puede exigir el valor de dicha prestación, habiendo, como es conocido, dos opiniones doctrinales: *a*) La de quienes consideran que dicho valor se encauza en el cumplimiento por equivalente (*aestimatio rei*) y no en la indemnización de daños. No hay un artículo en el Código civil que expresamente lo disponga así, pero se busca el apoyo en «el precio» de los artículos 1136, 1147, 1150 CC; la jurisprudencia se ha apoyado en los artículos 18.2 LOPJ, 706 LEC, 1096, 1098 CC. Esta construcción sería una reminiscencia de la *perpetuatis obligationis* del Derecho romano. A la *aestimatio rei* no se le aplica el régimen de los artículos 1101 ss. CC. *b*) La de quienes consideran que el valor de la prestación imposible es una partida indemnizatoria que encaja en los artículos 1101 y ss. (que, con una interpretación estricta del Código civil, señalan una responsabilidad por culpa) [información: SÁNCHEZ CASTRO, *ADC* (2010) pp. 1726-1730; para la jurisprudencia que lo encauza como partida indemnizatoria: pp. 1730-1731; la que lo encauza como pretensión distinta e independiente de los daños (el autor destaca el hecho de que las sentencias sean recientes): pp. 1732-1736; para el cumplimiento por equivalente cuando la ejecución de sentencia es imposible: pp. 1736-1740]. SÁNCHEZ CASTRO es partidario de la segunda interpretación expuesta (*vid.* sus consideraciones críticas sobre la jurisprudencia que separa cumplimiento por equivalente e indemnización de daños: pp. 1740-1741, 1747, 1755-1756; sobre cómo procede la jurisprudencia a valorar o calcular el cumplimiento por equivalente en las obligaciones de dar: pp. 1747-1755). *Vid.* CARRASCO PERERA (2010) núm. 26 pp. 1069-1070. En la *Propuesta civil*, la *aestimatio rei* se encauza en la indemnización de daños [cfr. arts. 1196 y 1210 PC; *infra* [141] b)]. *Vid.* STS, 1.ª, 10 de marzo de 2009, Pte. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, FD 3.º, letras A) y B).

<sup>71</sup> Si el acreedor no puede exigir el cumplimiento, tendrá derecho a la reparación de los daños, excepto si el incumplimiento es excusable según el artículo 8:108 PECL, *Excuse Due to an Impediment*. Cfr. § 283 BGB.

va onerosidad, desproporción)<sup>72</sup>. Para los vicios jurídicos, el artículo 1491 PCV dispone, también de modo expreso, que el vendedor puede oponerse al cumplimiento si no está a su alcance hacerlo o le supone una excesiva onerosidad<sup>73</sup>. En la *Propuesta sobre compraventa* es claro que, ante la exigencia del cumplimiento por parte del comprador, el vendedor ha de oponerse si quiere no cumplir.

[17] *Orden que se va seguir.*—A continuación analizo cada uno de esos cuatro apartados del artículo 1192.II PC y otros aspectos, no contemplados en aquél.

B) *Primera «excepción»: la prestación es jurídica o físicamente imposible: el artículo 1192.II.1.º PC. Breve mención de la distinción entre imposibilidad de cumplir, dificultad extraordinaria de cumplir y dificultad en el cumplimiento*

[18] *Propuesta civil.*—En el Código civil, la imposibilidad física o legal de cumplir es un límite al cumplimiento forzoso y específico (arts. 1182, 1184, 1156 CC). El Código civil contempla la estricta imposibilidad. Pero la «imposibilidad» ha sido objeto de amplio desarrollo y caracterización por parte del Tribunal Supremo y estudiada por los autores<sup>74</sup>. La conocida STS, 1.ª, 30 de abril de 2002 (Pte. Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández; El Derecho EDJ 2002/13110) es un buen ejemplo de lo que indico. Su FD 7.º recoge un extenso e interesante resumen (*obiter dicta*) de la «imposibilidad» y de su desarrollo jurisprudencial:

«Esta Sala, en profusa jurisprudencia, ha abordado las cuestiones de mayor interés que suscita la aplicación de los artículos cuya infracción se denuncia en el recurso, y tiene declarado:

1. La regulación de los arts. 1272 y 1184 (éste se refiere a las obligaciones de hacer aunque la imposibilidad se aplica también, analógicamente, a las obligaciones de dar *ex art.* 1182 (SS 21 de febrero de 1991, 29 de octubre de 1996, 23 de junio de 1997) recoge una manifestación del principio *ad impossibilia nemo tenetur* [SS 21 de enero de 1958 y 3 de octubre de 1959), que aquí se concreta en la regla de que no existe obligación de cosas imposibles (*impossibilium nulla obligatio est*: D. 5, 17, 1185 (*sic*)], cuya aplicación exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor (SS 15 de febrero y 21 de marzo de 1994, entre otras).

<sup>72</sup> Vid. núm. 19 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*.

<sup>73</sup> Vid. el primer núm. 25 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*.

<sup>74</sup> Sobre los tipos de imposibilidad, imputable/no imputable, física/legal, total/parcial, definitiva/transitoria, objetiva/subjetiva, absoluta/relativa: CASTILLA BAREA (2000) pp. 145-200.

2. La aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística –atendiendo a los «casos y circunstancias»– (SS de 10 de marzo de 1949, 5 de mayo de 1986 y 13 de marzo de 1987), pudiendo consistir en una imposibilidad física o material (la Sentencia de 16 de diciembre de 1970 se refiere también a la moral, y la de 30 de abril de 1994 a la imposibilidad económica), o legal, que se extiende a toda imposibilidad jurídica, pues abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente, u otra causa jurídica (SS, entre otras, de 15 de diciembre de 1987, 21 de noviembre de 1958, 3 de octubre de 1959, 29 de octubre de 1970, 4 de marzo, 11 de mayo de 1991 y 26 de julio de 2000).

3. A la imposibilidad se equipara la dificultad extraordinaria (S., 6 de octubre de 1994), pero no cabe confundir dificultad con imposibilidad (SS, entre otras, 8 de junio de 1906, 10 de marzo de 1949, 6 de abril de 1979, 5 de mayo de 1986, 11 de noviembre de 1987, 12 de mayo de 1992, 12 de marzo de 1994 y 20 de mayo de 1997), ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor (lo que produciría inseguridad jurídica, según declara la Sentencia de 6 de octubre de 1994), de ahí que se siga un criterio objetivo (SS, entre otras, de 15 y 23 de febrero, 12 de marzo y 6 de octubre de 1994).

4. La imposibilidad ha de ser definitiva, por lo que excluye la temporal o pasajera (S. de 13 de marzo de 1987) –que sólo tiene efectos suspensivos (S. de 13 de junio de 1944)–, y la derivada de una situación accidental del deudor (S. de 8 de junio de 1906).

5. No cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida (SS. de 22 de febrero de 1979 y 11 de noviembre de 1987).

6. Para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor, y no la hay cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible (Sentencia de 20 de marzo de 1997). La jurisprudencia la excluye cuando resulta provocada por él (SS de 2 de enero de 1976 y 15 de diciembre de 1987), o le es imputable (SS de 7 de abril de 1965, 7 de octubre de 1978, 17 de enero y 5 de mayo de 1986, 15 de febrero de 1994, 20 de mayo de 1997), y existe culpa cuando se conoce la causa (SS de 15 de febrero y 23 de marzo de 1994, 17 de marzo de 1997 y 14 de diciembre de 1998), o se podía conocer (S. de 15 de febrero de 1994), o era previsible (SS. de 7 de octubre de 1978, 15 de febrero de 1994, 4 de noviembre de 1999), aunque cabe que un cierto grado de previsibilidad no la excluya (S. de 23 de febrero de 1994). La Sentencia de 17 de marzo de 1997 declara que no es aplicable cuando se conocen las limitaciones urbanísticas de la finca.

7. No hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo la voluntad del deudor (SS de 8 de junio de 1906, 7 de abril de 1965, 6 de abril de 1979, 12 de marzo de 1994, 20 de mayo de 1997, entre otras). La Sentencia de 14 de febrero de 1994 se refiere a observar la debida diligencia haciendo lo posible para vencer la imposibilidad y en la Sentencia de 2 de octubre de 1970 se acogió por haberse agotado las posibilidades de cumplimiento.

8. Para estimar la imposibilidad sobrevenida es preciso que el deudor no se halle incurso en morosidad (art. 1182; y S de 23 de febrero de 1994).»

[19] Sobre el artículo 1192.II.1.º PC:

a) Es lógico exceptuar el cumplimiento, si *la prestación es física o jurídicamente imposible*. La imposibilidad física responde a la naturaleza de las cosas. Si me obligo a dar una concreta cosa (obligación específica) y parece antes de que sea exigible mi obligación, es claro que no podré entregarla (art. 1182 CC). Otras veces, por ejemplo, el legislador prohíbe comercializar con cierto bien (prohibición total) y ello tiene lugar antes de que sea exigible la obligación; o exige una autorización pública para poder cumplir el contrato y es denegada por la autoridad competente de modo definitivo (cfr. art. 1184 CC). Son éstas imposibilidades de origen legal.

b) El tenor literal del artículo 1192.II.1.º PC permite incluir *la imposibilidad sobrevenida y la originaria*. En principio, no plantea cuestión la imposibilidad sobrevenida (cfr. arts. 1182, 1184 CC). Sobre la originaria, conviene hacer alguna indicación<sup>75</sup>.

En el Código civil, si la prestación es inicialmente imposible, el contrato es nulo o ineficaz (arts. 1261.2.º, 1272, 1460.I CC). En la *Propuesta civil*, la imposibilidad originaria de la prestación no produce, por ese mero hecho, la nulidad del contrato (art. 1303 PC). Pero si hay más elementos que la mera imposibilidad originaria de la prestación, el contrato, podría, por ejemplo, anularse por error (art. 1298 PC) o por dolo *in contrahendo* (art. 1300 PC). Sentada la validez del contrato, las *Propuestas civil* (arts. 1450 y 1460 PC) y *sobre compraventa* (art. 1450 PVC)<sup>76</sup> disponen que la imposibilidad originaria de entregar la cosa «no impide al comprador que hubiera contado razonablemente en su posibilidad de ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos». Y en el régimen del cumplimiento, el acreedor no puede exigir el cumplimiento si la prestación es imposible jurídica o físicamente (art. 1192.II, 1.º PC).

c) El tenor literal del artículo 1192.II.1.º PC permite incluir *la imposibilidad absoluta*, la *total* y tanto la *imputable* como la *inimputable*.

d) El artículo 1192.II.1.º PC incluye a *la imposibilidad definitiva*.

<sup>75</sup> Traté de ello: FENOY PICÓN (2010) [51]-[63] pp. 100-125.

<sup>76</sup> En la *Propuesta de Modernización* se repite la misma norma en los artículos 1450 y 1460. La *Propuesta sobre compraventa* sólo contiene el artículo 1450.

Sobre la *imposibilidad temporal* (transitoria) y el artículo 1192.II.1º PC, conviene recordar la conocida STS (civil) de 13 de junio de 1944 (Aranzadi RJ 893; primera sentencia)<sup>77</sup>. En esta sentencia, el Alto Tribunal calificó la guerra de fuerza mayor y señaló que hubo imposibilidad pasajera con efecto suspensivo sobre la obligación; cesada la fuerza mayor (la guerra) la obligación revive. En su segunda sentencia, el Tribunal Supremo revisó el contrato (al respecto *infra* [24] [i] b).

[i] STS (civil) 13 de junio de 1944, cdo 3.º de la primera sentencia:

«Que la fuerza mayor dimanante de la guerra, operando en obligaciones genéricas por ella afectadas, no produce en principio efectos extintivos por imposibilidad absoluta y permanente de cumplimiento, en atención a que el género no perece, pero produce corrientemente imposibilidad pasajera con efectos meramente suspensivos en aquellos casos en que, al cesar la actuación de la fuerza mayor, revive la obligación contraída si llena entonces la finalidad buscada por los interesados al tiempo de la celebración del contrato, y en este aspecto bien se advierte que no hubo al producírsela liberación obstáculo insuperable para la entrega del género vendido en las condiciones pactadas, salvo en la referente a la fecha de la entrega que, en casos como el de autos, es requisito accidental, constitutivo de simple demora amparada con efectos liberatorios por la fuerza mayor, y no entra en juego como elemento esencial y determinante del contrato, como entraría en obligaciones a fecha fija en que la prestación a destiempo contraría sustancialmente el fin perseguido y anula o resuelve la obligación en cuanto a su cumplimiento *in natura*».

Teniendo presente el espíritu y la finalidad del artículo 1192.II.1º PC (art. 3 CC), puede entenderse que aquél incluye la imposibilidad temporal, en tanto lo sea.

Más allá del artículo 1192.II.1º PC, el párrafo III del artículo 1209 PC, en sede de indemnización de daños, impone al deudor, que si conoce el hecho o circunstancia que le impide cumplir, informe de ello sin demora al acreedor (sobre ello *infra* [136]). Entiendo que esa obligación de información es asimismo exigible al deudor, en relación con el remedio del cumplimiento (su fundamento es el deber de colaboración que ha de mediar entre los contratantes con base en la buena fe objetiva).

---

<sup>77</sup> Caso: Compraventa mercantil y genérica de aceite de orujo, celebrada el 27 de junio de 1936; el 4 de julio de 1936 el comprador pagó el precio; el vendedor no cumplió su obligación por el inicio de la guerra de 1936/1939; terminada ésta, el comprador exigió el cumplimiento al vendedor; la Audiencia declaró extinguida la obligación de entrega del aceite; en casación, la discusión jurídica versó sobre si la obligación del vendedor se había o no extinguido; la obligación genérica no se había especificado.

[i] El artículo 7.2.2 (a) Principios UNIDROIT recoge la presente excepción al cumplimiento:

«Tal prestación sea jurídica o físicamente imposible;»<sup>78</sup>.

[ii] Lo mismo hace el artículo 9:102 (2) (a) PECL:

«(a) performance would be unlawful or impossible; or».

[20] *Imposibilidad, prestación exorbitante y dificultad de cumplir*.—En la Teoría general del incumplimiento contractual se diferencia entre imposibilidad de cumplir (no es posible el cumplimiento), dificultad extraordinaria de cumplir o prestación exorbitante (materialmente puede cumplirse pero jurídicamente se permite la no exigibilidad del cumplimiento) y dificultad en el cumplimiento (puede y debe cumplirse). En ocasiones, la dificultad extraordinaria de cumplir o prestación exorbitante, que el Código civil no regula, se ha equiparado, a efectos de su tratamiento jurídico, a la imposibilidad de cumplir: extinción de la obligación y consiguiente liberación del deudor de cumplir la obligación originaria<sup>79</sup>. En cambio, en la (mera) dificultad de cumplir, el deudor

<sup>78</sup> Es particularidad de los Principios UNIDROIT, dedicar unos preceptos al problema de cómo incide en el contrato la exigencia de autorización pública, junto con otros aspectos conexos (arts. 6.1.14 a 6.1.17 Principios UNIDROIT). En el Comentario 3.º del artículo 7.2.2 se alude a tal cuestión. Sólo me interesa indicar que, en dicho Comentario, se señala que si la denegación de la autorización pública afecta a la validez del contrato, ello determina su nulidad; no surge la cuestión de la ejecución forzosa de la obligación. Pero si la denegación de la autorización convierte en imposible la prestación, no afectando a la validez del contrato, se aplica esta excepción del artículo 7.2.2 (a) Principios UNIDROIT [Principios UNIDROIT (2004) p. 219]. Artículo 6.1.17 Principios UNIDROIT: «(Autorización denegada)/ (1) La denegación de una autorización que afecta la validez del contrato comporta su nulidad. Si la denegación afecta únicamente la validez de algunas cláusulas, sólo tales cláusulas serán nulas si, teniendo en cuenta las circunstancias, es razonable mantener el resto del contrato./ (2) Se aplican las reglas del incumplimiento cuando la denegación de una autorización haga imposible, en todo o en parte, el cumplimiento del contrato». De la lectura del correspondiente Comentario al artículo 6.1.17 Principios UNIDROIT se percibe que la regla de que la denegación de la autorización que afecta a la validez del contrato produce su nulidad, se refiere, fundamentalmente, a casos en los que la validez del contrato se ha condicionado a la obtención de la autorización (dicho de otro modo, contrato del que surge una obligación condicional; de todas formas no aparece muy claro o preciso) [Principios UNIDROIT (2004) pp. 187-188].

<sup>79</sup> ALBALADEJO: «En mi opinión, y partiendo siempre de la base de que la prestación se haga, no simplemente más difícil, sino de una dificultad *extraordinaria* [y –si es del caso– concurren en general, los requisitos que se señalan más adelante (se remite a la modificación del contrato por alteración de las circunstancias básicas)], la solución debe ser que la obligación sea *revisable*, para así poder *reducirla* al equivalente de la primitiva onerosidad (en sentido vulgar) de la prestación, y sólo si no es reductible, se extinguirá, por equipararse a lo imposible» [cursiva del autor; (2004) p. 303]; «7.ª Finalmente –para no alargar esta breve exposición de teorías [en § 78: «Modificación del contrato por alteración de las circunstancias básicas»]– no falta quien cree que la alteración de las circunstancias, al hacer muy gravoso el cumplimiento del contrato para una de las partes, constituye un caso de fuerza mayor que extingue la obligatoriedad de aquél» [(2004) p. 466]; y en nota 5 en dicha p. 466, ALBALADEJO advierte: «Obsérvese la diferencia conceptual de enfoque que supone esta última teoría (*no hay que cumplir PORQUE ha habido extinción por*

sigue obligado a cumplir, pese al mayor esfuerzo que ello le supone comparado con el esfuerzo que previó en el momento de la celebración del contrato. Esto se justifica en la regla del *pacta sunt servanda* (art. 1091 CC; cfr. art. 1104 CC).

Para la *Propuesta civil*, no hay necesidad de proceder a una construcción doctrinal como la descrita para el Código civil: pues la dificultad extraordinaria de cumplir se regula en los artículos 1192.II.2.º y 1213 PC, de los que paso a dar cuenta.

C) *Segunda «excepción»: el cumplimiento, o en su caso, la ejecución forzosa resultan excesivamente onerosos para el deudor: el artículo 1192.II.2.º PC. La alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato: los artículos 1213 PC y 61 PM*

[21] *Propuesta civil*.—El artículo 1192.II.2.º PC se aplica a casos en los que al tiempo de la celebración del contrato era razonable que el acreedor pudiera exigir del deudor el cumplimiento específico, pero, con posterioridad, antes de la fecha de la exigibilidad de la obligación y por una incidencia sobrevenida, el coste del cumplimiento se ha transformado en excesivamente oneroso o gravoso para el deudor en relación con la utilidad que el cumplimiento proporciona al acreedor. Por ejemplo: el deudor ha de entregar un anillo en cierto lugar; en su transporte por barco hacia el lugar de entrega, el anillo cae al fondo del lago; es posible drenar el lago, pero su coste es desproporcionado si se tiene en cuenta el interés del acreedor (*vid. infra* nota 105).

Comparado con el Código civil, el artículo 1192.II.2.º CC es novedad. El Código civil no se refiere de modo expreso al supuesto descrito, pero el artículo 7 CC permite fundamentar que el deudor pueda oponerse a cumplir en tales casos<sup>80</sup>.

imposibilidad sobrevenida) respecto a las que estiman que el contrato se resuelve por la alteración de circunstancias (*se resuelve PARA QUE no haya que cumplir, ya que el cumplimiento sería excesivamente gravoso*)» (cursiva y mayúsculas del autor). *Vid.* CARRASCO PERERA (2010) núm. 35, pp. 1007-1008, que hace sus afirmaciones a partir de la *rebus sic stantibus*; CASTILLA BAREA (2000) pp. 192-200.

<sup>80</sup> Para el Derecho vigente, CARRASCO PERERA: «(ii) Otras veces el deudor se liberará porque la pretensión de cumplimiento del acreedor incurre en un *abuso de derecho objetivo*» (cursiva del autor); y en nota 50 señala: «Ejemplo clásico del deudor que se compromete a entregar un objeto de escaso valor, que luego se hunde en el fondo del mar». El anterior texto continúa: «Ello ocurre cuando por circunstancias sobrevenidas la economía del contrato se reacomoda, de modo que el *coste* del cumplimiento para el deudor devenga exorbitante o la *utilidad* del cumplimiento para el acreedor *se reduzca sustancialmente*» [(2010) núm. 14, p. 982; *vid.* (2010) núm. 29, pp. 1072-1073].

[22] El artículo 1192.II.2.º PC menciona otro supuesto: *que la ejecución forzosa sea excesivamente onerosa*. ¿A qué puede referirse? Expondré algunos datos; después mi opinión.

*Primer dato.*—El tenor literal del artículo 1192.II.2.º PC posee gran semejanza con el del artículo 7.2.2 (b) Principios UNIDROIT; según este último, en la «obligación distinta a la de pagar una suma de dinero» el acreedor puede reclamar la prestación «a menos que: / (...) / b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa». En el Comentario 3.b del artículo 7.2.2 (b) Principios UNIDROIT se señala la razón de la excepción: se ha tenido en cuenta «que en los ordenamientos jurídicos del *common law* es el tribunal y no los acreedores quien supervisa el cumplimiento de una orden de proceder al cumplimiento específico de una obligación»<sup>81</sup>. Por ello, en ciertos casos (en especial para las prestaciones duraderas) los tribunales rehúsan ordenar el cumplimiento específico si ello implica «una tarea injustificadamente onerosa para los jueces»<sup>82</sup>. Frente al artículo 7.2.2 (b), el artículo 1192.II.2.º PC refiere el carácter excesivamente oneroso de la ejecución forzosa «para el deudor». Recoge un supuesto distinto del contemplado en los Principios UNIDROIT.

*Segundo dato.*—Con el término «cumplimiento», el artículo 1192.II.2.º PC se refiere al ejercicio judicial del cumplimiento, si tenemos presente que la Sección en la que se encuentra se rubrica «De la acción de cumplimiento». Ante la demanda del acreedor exigiendo el cumplimiento forzoso, el deudor puede alegar (acreditándolo) que el cumplimiento es excesivamente oneroso y no ser condenado al mismo (regla que entiendo puede aplicarse, con las oportunas adaptaciones, al posible ejercicio extrajudicial del cumplimiento).

*Mi interpretación sobre el «o, en su caso, la ejecución forzosa» del artículo 1192.II.2.º PC.*—Considero que se refiere al supuesto en que hay sentencia de condena al cumplimiento específico, sentencia no ejecutada voluntariamente por el deudor, y ante ello, el acreedor insta su ejecución forzosa. Puede ocurrir que la ejecución forzosa de ese título judicial suponga un cumplimiento excesivamente oneroso para el deudor. Para este otro caso, el artículo 1192.II.2.º PC prescribe la no ejecución del contenido originario del título ejecutivo. Esta interpretación incide en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ en adelante) según el cual: «[I]as sentencias se ejecutarán en sus propios térmi-

<sup>81</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 219.

<sup>82</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 219. *Vid.* ZWEIGERT/KÖTZ (1998) 3rd. ed., p. 481, también p. 482.

nos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. (...)». La excesiva onerosidad de la ejecución forzosa no es la imposibilidad de cumplir a que se refiere el artículo 18.2 LOPJ, interpretado de modo estricto y literal. Apartando la cuestión clave de que una ley ordinaria (*Propuesta civil*) no puede modificar una ley orgánica (LOPJ), el artículo 1192.II.2.º PC establecería otra expresa excepción a la regla de que las sentencias han de ejecutarse en sus propios términos.

Situados en este punto, conviene recordar la información que Morales Moreno ofrece de dos sentencias cuando analiza el artículo 9:102 (2) (b) PECL (con el cual concuerda el art. 1192.II.2.º PC). La primera sentencia se refiere a la ejecución forzosa; la segunda, a la acción de cumplimiento en el procedimiento previo al de ejecución. Tras ello, me referiré a los Principios UNIDROIT y a los PECL.

[i] «Un ejemplo nos lo presenta el caso de la STC de 17 de noviembre [*sic*, octubre] de 1991 (“BOE” 15 de noviembre de 1991). El demandado había sido condenado, por sentencia, a dejar libre de todo depósito de materiales la propiedad del demandante, pero en el momento de la ejecución se estima que tal sentencia es, en sus propios términos, de imposible ejecución, pues la operación de limpieza del terreno tiene un coste superior a cincuenta millones de pesetas, mientras que el valor del terreno sobrepasa ligeramente las ciento dieciséis mil pesetas. Ante la falta de ejecución, el demandante acude al TC. Este no concede el amparo solicitado. Entre otras razones estima que la pretensión del demandante relativa a la ejecución de la sentencia en sus propios términos constituiría un abuso de derecho o un ejercicio antisocial del derecho de propiedad, en razón de sus consecuencias desproporcionadas. Lo que en este caso se justifica desde las limitaciones del derecho de propiedad, utilizando la doctrina del abuso del derecho, puede también justificarse desde la perspectiva del derecho de crédito y los límites de su satisfacción *in natura*.

El TS, en su sentencia de 2 de julio de 1998, vuelve sobre el mismo problema y afirma: “Es innegable que la ejecución pretendida por la parte recurrente, aunque exactamente no sea técnicamente imposible de llevar a cabo, sí, su cumplimiento, supondría una realización de obras cuyo costo es absolutamente desproporcionado, sino que, además, (...) significaría un gravamen desproporcionado.” “Una ejecución extremadamente audaz y laboriosa de cumplir, aparte de costosa, debe ser sustituida o atemperada por una justa y equitativa indemnización pecuniaria o de contenido similar”». <sup>83</sup>

<sup>83</sup> Luis Díez-PICAZO/E. ROCA TRÍAS/A. M. MORALES (2002) pp. 341-342. *Vid.* MORALES MORENO, «Pretensión de cumplimiento» (2006) pp. 68-70.

[ii] El artículo 7.2.2 (b) Principios UNIDROIT, transcrito antes, dispone para la obligación distinta de pagar dinero, que puede reclamarse su cumplimiento, a menos que «la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa;».

a) En el Comentario 3.b se justifica la excepción del artículo en el principio general de la buena fe y la lealtad negocial<sup>84</sup>. Se ofrece este ejemplo: un buque naufraga siendo posible su recuperación del mar; pero, el cargador no puede exigir el cumplimiento del contrato de transporte, si ello conlleva al naviero gastos muy por encima del valor del petróleo<sup>85</sup>.

[iii] El artículo 9:102 (2) (b) PECL dispone para las obligaciones *non-monetary* que su cumplimiento específico no puede obtenerse si el:

«(b) performance would cause the debtor unreasonable effort or expense; or».

a) En el *Comment F* se ofrece un ejemplo que en esencia coincide con el que se ilustra el Comentario oficial de los Principios UNIDROIT: A vende a B su yate «Eliza», prometiendo entregarlo en el domicilio de B; en ruta para ser entregado, otro barco choca con el «Eliza» y se hunde; el coste de reflotar el «Eliza» es cuarenta veces superior a su valor; el coste de obligar a A a cumplir su prestación es irrazonable.<sup>86</sup>

Otras veces el cumplimiento puede ser inútil al acreedor y forzar al cumplimiento puede ser vejatorio para el incumplidor (art. 1:201 PECL, *Good Faith and Fair Dealing; Comment F*). Se pone este otro ejemplo: A arrienda su granja por cinco años a una compañía minera; B promete restaurar el terreno tras completar la operación de minería; entretanto, A decide arrendar el terreno (para después de que B se lo restituya) a la Armada, para ser utilizado como área de entrenamiento para tanques; si B ha de gastar 29,000 dólares para restaurar el terreno y su valor se incrementaría sólo 300 dólares, la restauración es irrazonable.<sup>87</sup>

<sup>84</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 219. Artículo 1.7 Principios UNIDROIT: «(Buena fe y lealtad negocial)/ (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional./ (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber».

<sup>85</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 219.

<sup>86</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 396. El mismo ejemplo en *Comment F* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 831].

<sup>87</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 396. Lo mismo: *Comment F* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2000) I p. 831]. En dicho *Comment F* del artículo III.-3:302 DCFR se indica que para decidir si el incumplimiento es irrazonablemente oneroso o caro puede ser relevante tener en cuenta si el acreedor puede fácilmente obtener el cumplimiento en otra fuente y reclamar su coste del deudor. Ejemplo: A vende y entrega una máquina a B; entregada, B descubre el carácter defectuoso de un ajuste de la máquina que fácilmente puede subsanarlo un competidor; A no dispone de ingenieros en 300 kilómetros alrededor del lugar de negocios de B, por lo que tendría gastos irrazonables si tuviera que enviar un ingeniero para hacer algo que puede hacerse a nivel local; A ofrece pagar el ajuste que haga un ingeniero local; si B puede lograr que una firma local lo haga, B no podrá exigir que lo lleve a cabo A [*op.cit.* p. 831].

[23] El tenor literal del artículo 1192.II.2.º PC tiene un ámbito potencial de aplicación mayor del expuesto. Esto me permite plantear dos cuestiones: una, si el artículo 1192.II.2.º PC incluye el supuesto de la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato; la otra –más allá del artículo 1192.II.2.º y dentro de la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato– si el deudor puede suspender unilateralmente el cumplimiento de su prestación originaria (por supuesto, decisión cuyo riesgo asume).

Antes de responder, conviene conocer cómo regulan y resuelven estas cuestiones los Principios UNIDROIT y los PECL.

a) *Primera cuestión.*—En el Comentario 3.b del artículo 7.2.2 Principios UNIDROIT se relaciona la excepción de la letra (b) de dicho artículo con la «Excesiva onerosidad (*Hardship*)» de los artículos 6.2.1 a 6.2.3<sup>88</sup>. Se indica: «En lo que respecta a otras posibles consecuencias (distintas del cumplimiento específico) que surgen de un cambio drástico de circunstancias que conforman una situación de excesiva onerosidad (*hardship*), véase los arts. 6.2.1 y ss.»<sup>89</sup>.

En el *Comment F* del artículo 9:102 (2) (b) PECL se señala que el cumplimiento no puede exigirse si supone al incumplidor un esfuerzo o gasto irrazonable, y que no se precisa de una regla que establezca cuando el esfuerzo o gasto es irrazonable. Se añade, que en este contexto son irrelevantes consideraciones como la razonabilidad de la transacción o lo apropiado de la contraprestación. El artículo 9:102 (b) PECL no se limita al tipo de casos de eventos sobrevenidos cubiertos

---

<sup>88</sup> Artículo 6.2.1 Principios UNIDROIT: «(Obligatoriedad del contrato)/ Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (*hardship*). Artículo 6.2.2 Principios UNIDROIT: [Definición de la “excesiva onerosidad” (*hardship*)]/ Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:/ (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;/ (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;/ (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y/ (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja». Artículo 6.2.3 Principios UNIDROIT: [Efectos de la “excesiva onerosidad” (*hardship*)]/ (1) En caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en que se basa./ (2) (...)/ (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal./ (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:/ (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o/ (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio».

<sup>89</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 220.

por el artículo 6:111 PECL<sup>90</sup> y este artículo, como regla más específica, prevalece sobre la sección del cumplimiento.<sup>91</sup>

En lo que a mí me interesa y bajo un planteamiento básico, si el caso de cumplimiento excesivamente oneroso se encauza a través de la «Hardship» de los Principios UNIDROIT o del «*Change of Circumstances*» de los PECL, la parte afectada busca la renegociación del contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias, o ponerle fin. Si los contratantes no logran un acuerdo, el Juez puede adaptar el contrato o resolverlo<sup>92</sup>. Sobre la cuestión planteada –si el acreedor puede compeler al cumplimiento específico de la obligación contractual en los términos inicialmente pactados– la respuesta es que no es posible con fundamento en los artículos 7.2.2 (b) Principios UNIDROIT y 9:102 (2) (b) PECL.

b) *Segunda cuestión.*—El artículo 6.2.3 (2) Principios UNIDROIT dispone: «[e]l reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento». La regla se justifica en el «carácter excepcional de la excesiva onerosidad (*hardship*) y (...) [en el] riesgo de posibles abusos de este recurso» (Comentario 4)<sup>93</sup>. Ahora bien, los Principios UNIDROIT no prohíben que la parte en desventaja pueda unilateralmente suspender el cumplimiento de su obligación, sino que precisan que el

<sup>90</sup> Artículo 6:111 PECL: «Change of Circumstances/ (1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished./ (2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or ending it, provided that: (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract./ (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and/ (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear./ (3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may: (a) end the contract at a date and on terms to be determined by the court; or/ (b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances./ In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing». Un análisis del artículo 6:111 PECL, teniendo presentes los Principios UNIDROIT, § 313 BGB y el Derecho español: SAN MIGUEL PRADERA, *ADC* (2002) pp. 1115-1132. Cfr. artículo III.-1:110 DCFR.

<sup>91</sup> Lo dicho: LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 396. *Vid. Comment F* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 831].

<sup>92</sup> Sobre los poderes del Juez, Comentario 7 del artículo 6.2.3 Principios UNIDROIT [Principios UNIDROIT (2004) pp. 198-199]; *Comment D* del artículo 6:111 PECL [LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 326-327].

Por otro lado, en el Comentario 6 del artículo 6.2.2 Principios UNIDROIT se señala que «[c]onforme a estos Principios, los conceptos de excesiva onerosidad (*hardship*) y de fuerza mayor (*forcé majeure*) pueden presentarse conjuntamente. En este caso le corresponde a la parte perjudicada por los eventos extraordinarios decidir cuál de los recursos invocar. Si alega fuerza mayor (*forcé majeure*) podría ser excusada de cumplir, mientras que si invoca la excesiva onerosidad (*hardship*), en principio lo hará con el propósito de renegociar los términos del contrato y mantenerlo en vigor, aunque adaptando las cláusulas del contrato a las circunstancias» [*op. cit.* pp. 194-195].

<sup>93</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 197.

reclamo de renegociar el contrato no permite *por sí solo* la suspensión del cumplimiento. Dicho Comentario 4 continúa con la afirmación: «[I]a suspensión del cumplimiento se justificará sólo en circunstancias extraordinarias» (se admite pues la suspensión, pero con enfoque restrictivo)<sup>94</sup>.

En los PECL, el artículo 6:111 nada indica sobre la posibilidad de que el deudor suspenda unilateralmente el cumplimiento de la obligación originaria. Pero en el Comentario oficial del artículo se advierte que la víctima que suspende el cumplimiento de su obligación sobre el fundamento de que el cumplimiento es excesivamente oneroso (por ejemplo durante la renegociación del contrato) lo hace a su propio riesgo<sup>95</sup>.

[24] Para dar respuesta a las cuestiones planteadas para la *Propuesta civil* en el marginal [23], he de referirme al artículo 1213 PC. Este precepto es el único artículo del capítulo «De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato» (cap. VIII, tít. I, libro IV PC). Este precepto supera la jurisprudencia de la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>96</sup>, fundamentada en la buena fe (arts. 1258, 7 CC; 57 CCO)<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 197. Se pone el ejemplo de un contrato para la construcción de una planta industrial; tras su perfección, en el país en el que se va a construir la planta se establecen nuevas reglas de seguridad, que dan lugar a que haya de instalarse otras máquinas además y se altera de modo sustancial el equilibrio del contrato, siendo más oneroso para el constructor. El constructor, entre otras cosas, puede suspender la entrega de las máquinas hasta que no se acuerde la readaptación del precio (*op. cit.* p. 197).

<sup>95</sup> *Comment A* del artículo 6:111 PECL: LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 324.

<sup>96</sup> SALVADOR CODERCH, *InDret* (4/2009) pp. 15-20; también pp. 21-24. Sobre la cláusula *rebus sic stantibus* en Derecho español (ámbito de aplicación, presupuestos y consecuencias): AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003) pp. 225-314; MARTÍNEZ VELENCOSO (2003) pp. 89-104 (para los presupuestos de la cláusula *rebus sic stantibus*) y pp. 356-372 (para sus efectos). CARRASCO PERERA: «La afición incontrolada de nuestra doctrina jurídica a importar nomenclaturas extranjeras sin más razón de que son extranjeras ha producido desde hace años un incremento de la confusión y del ruido en torno al problema de la regla exoneratoria tradicionalmente recogida bajo la fórmula *rebus*. Hubo un tiempo que se propuso como cosa cierta que el contenido de la regla *rebus* era primitivo y vulgar, y que debía ser sustituido por otras explicaciones diversas de la regla de exoneración. Así adquirió en nuestra doctrina y en parte de la jurisprudencia patente de corso y rasgo de distinción intelectual el uso de la terminología (creada en Alemania y ahora codificada en el BGB) de “ruptura de la base del negocio”. Hasta el punto de que hoy casi se considera *demodé* seguir hablando de la fórmula *rebus*, en lugar de hacer uso de la nueva fraseología. Lo mismo ocurrió con la fórmula italiana de la “excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación”, con el tópico (popularizado por De Castro) de la “desaparición sobrevenida de la causa”, con la doctrina angloamericana de la “frustración”, o la fórmula del “cambio de circunstancias”, la regla *hardship*, etc. Nosotros vamos a seguir haciendo uso de la fórmula *rebus*, y hacemos merced al lector de evitarle exposiciones empachosas sobre la aparente diferencia entre unas y otras maneras de expresión de la regla exoneratoria. Pues no hay diferencias» [(2010) núm. 40 pp. 1012-1013; pero *vid.* hasta p. 1014; además núm. 41, pp. 1014-1016, y núm. 69 pp. 1043-1045].

<sup>97</sup> *Vid.* AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003) pp. 125-127, 133, 138-157, en particular desde la p. 154, 160-161, 171; MARTÍNEZ VELENCOSO fundamenta la cláusula *rebus sic stantibus* en la buena fe del artículo 1258 CC [(2003) p. 81; expone distintas opiniones en pp. 76-80; *vid.* además pp. 82-88].

[i] a) La conocida y de clásica cita STS, 1.<sup>a</sup>, 17 de mayo de 1957 (primera sentencia, Aranzadi RJ 2164; Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Eyré Varela<sup>98</sup>) indica, entre otras cosas, los presupuestos de la cláusula *rebus sic stantibus*:

«Que lo expuesto es simplemente abundar en la importante doctrina de esta Sala proclamada en diferentes sentencias, en las cuales se sometió a examen la aludida cláusula, (...), siendo las más interesantes de aquéllas la de 14 de diciembre de 1940 (...), 17 de mayo de 1941 (...), 5 de junio de 1945 (...), e incluso la de 13 de junio de 1944 (...): A) Que la cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida. b) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de ser elaborada y admitida por los Tribunales. D) (*sic*) Que es una cláusula peligrosa y, en su caso, debe admitirse cautelosamente. E) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración. b) Una desproporción desorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones; y c) Que todo ello acontezca por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles. (...)» (cdo 5.º).

b) Otra antigua sentencia, en mi opinión de interés, es la STS, civil, 13 de junio de 1944 (Aranzadi RJ 893 bis; segunda sentencia). En la primera sentencia se condenó al vendedor al cumplimiento del contrato (entrega de aceite de orujo; *supra* [19] d) [i]); en la segunda sentencia se estima la modificación o revisión judicial del contrato:

«Considerando [3]: Que atento nuestra legislación civil al principio de la autonomía de la voluntad en régimen contractual, que requiere el cumplimiento de lo pactado en los propios términos convenidos, admite, sin embargo, ciertas restricciones por razón de la buena fe que reside la contratación –artículo 1258 del Código Civil y 57 del de Comercio– y, más concretamente, por razón del elemento de justicia objetiva implícito en la exigencia de causa en los contratos, referida esencialmente en los onerosos a la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones; de tal suerte que en algunas, aunque contadas situaciones, la Ley permite mitigar el excesivo rigor de aquel principio de autonomía confirmando al juzgador la

<sup>98</sup> Caso: El 16 de mayo de 1935 se celebró contrato de suministro de envases de hoja de lata (trabajo de litografía); el contrato se cumplió regularmente, interrumpiéndose el cumplimiento por el inicio de la Guerra Civil 1936-1939; finalizada esta, las partes acordaron que el cliente pagase al proveedor cierta cantidad de dinero y que éste cumpliera el resto del contrato en las condiciones pactadas; el proveedor no cumplió el contrato alegando la subida desproporcionada del precio de las materias primas con posterioridad al contrato. El cliente demandó el cumplimiento del contrato. En primera instancia se desestimó la demanda, sentencia confirmada en segunda instancia. El Tribunal Supremo casó en parte y condenó al proveedor al cumplimiento del contrato (segunda sentencia). Esta STS de 17 de mayo de 1957 fue comentada en su día por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *ADC* (1958) pp. 1267-1275.

facultad de acomodar lo convenido por las partes a las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado al tiempo de ser cumplido lo que se prometió, según es de ver por ejemplo en los supuestos que prevén los artículos 1103, 1124 y 1154 del Código Civil».

«Considerando [4]: Que con caracteres más acusados de posibilidad de moderación de lo convenido se pronuncia nuestra más moderna legislación que, si no es estrictamente aplicable al caso de autos, marca una tendencia que el juzgador debe seguir, máxime cuando al regular la materia de daños producidos por la guerra, proclama reglas de distribución equitativa del quebranto entre todos los interesados (...) mereciendo destacarse en esta última su artículo 7.º que, al enfrentarse con el cumplimiento de ciertas obligaciones pactadas antes del 18 de julio de 1936 manda, sí, que en principio se respeten los precios del contrato, pero autoriza también para modificarlos equitativamente, restableciendo una más justa reciprocidad, en el caso de que las circunstancias posteriores al contrato y derivadas de la guerra hubieren determinado una grave desproporción en las recíprocas prestaciones».

«Considerando [5]: Que, por lo tanto, y no obstante los reparos de algún sector de la doctrina científica, es preciso reconocer la facultad judicial de modificar el contrato, lo que no quiere decir que esto se eleve a rango de principio general, pues no se ha de perder de vista que la Ley establece como norma fundamentalmente rectora del negocio jurídico el axioma *pacta sunt servanda*, por los que sólo con gran cautela y notoria justificación se podrá hacer uso de la citada facultad modificadora».

La solución para el concreto caso:

«Considerando [7]: (...) y por esto no es aventurada la fijación del quebranto por desvalorización de moneda y por aumento del precio del aceite, en más de un cincuenta por ciento del valor de la mercancía contratada, que equitativamente debe repartirse entre comprador y vendedor, no precisamente por mitad, sino conjugando los múltiples factores que concurren en el caso de autos, en términos que sin anular el rendimiento lícito que se espera en el negocio mercantil, mantenga su originario carácter conmutativo y la consiguiente equivalencia de las prestaciones, lo que se puede conseguir, como fórmula más sencilla en este pleito, reduciendo la cantidad de aceite a entregar, sin modificación del precio que ya tiene recibido la entidad vendedora».

[ii] Artículo 1213 PC:

«*Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes*<sup>99</sup> o se haya frustrado el fin del contra-

---

<sup>99</sup> SALVADOR CODERCH: «Positivamente, hay que distinguir: la primera alternativa –onerosidad excesiva– afecta a una de las partes, perjudicándola o desfavoreciéndola, aunque no se precisa además que beneficie a la otra (así, puede tratarse de un incremento exorbitante de los costes de fabricación del producto sin consecuencias en su precio de reventa)./ El sustantivo “onerosidad” tiene un sentido común (condición de “pesado,

to<sup>100</sup>, el contratante al que, atendidas las circunstancias y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato»<sup>101</sup>.

[25] El artículo 1213 PC regula el supuesto en que el cumplimiento del contrato ha devenido excesivamente oneroso para una de las partes (además del supuesto de la frustración del fin del contrato). El cambio de circunstancias que provoca que el cumplimiento sea excesivamente oneroso ha de ser sobrevenido (tras la celebración del contrato y antes de la fecha de cumplimiento)<sup>102</sup>, extraordinario e imprevisible. Sus efectos son, atendiendo a las circunstancias y en particular a la distribución contractual o legal de los riesgos, que el «contratante al que, (...) no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión» con el fin de restaurar la reciprocidad de los intereses contractuales. Si la revisión no es posible o no puede imponerse a una de las partes, el contratante afectado puede pedir la resolución de la relación contractual. Por otro lado, la resolución se concibe como un último recurso: «sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada

---

molesto, gravoso”, RAE), el cual en derecho de contratos, se relaciona con el equilibrio contractual y su alteración» [*InDret* (4/2009) p. 30].

<sup>100</sup> Vid. SALVADOR CODERCH, *InDret* (4/2009) pp. 32-35.

<sup>101</sup> SALVADOR CODERCH señala que el artículo 1213 PC contiene referencias a distintas doctrinas históricas y comparadas basadas en tradiciones culturales; además de la tradicional cláusula *rebus sic stantibus*, se incluye «la base del contrato» tomada de la *Geschäftsgrundlage*, § 313 BGB; la ejecución «excesivamente onerosa», de la *excessiva onerosità* del art. 1467 CC italiano y de la traducción del inglés de la *hardship* del artículo 6.2 Principios UNIDROIT; el artículo 1213 PC alude, alternativamente a «se haya frustrado el fin del contrato» en referencia a la *frustration del Common Law*; también se refiere a «las circunstancias del caso» «especialmente [a] la distribución contractual o legal de riesgos», lo cual conecta con «la doctrina normativa del análisis económico del derecho, según la cual, debe estarse a la asignación *ex ante* de los riesgos contractuales realizada por las partes en el momento de la perfección del contrato» [*InDret* (4/2009) p. 8, *vid.* desde p. 7; pp. 52-53].

<sup>102</sup> En los PECL, el cambio de circunstancias también ha de suceder después de la celebración del contrato. En el *Comment B (ii)* del artículo 6:111 PECL se especifica que si las partes desconocían, en el momento de celebrar el contrato, una circunstancia que en tal momento hacía excesivamente oneroso el contrato para una de las partes, se aplican las reglas del error [LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 325; cfr. art. III.-1:110 DCFR]. En cambio, el artículo 6.2.2 (a) Principios UNIDROIT incluye el supuesto en que el evento acontece después de la celebración del contrato, y el del evento existente en dicho momento y que llega a ser conocido después por la parte en desventaja [*vid.* además Comentario 3.a del art. 6.2.2 Principios UNIDROIT, Principios UNIDROIT (2004) p. 192]. *Vid.* AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003) pp. 112-119.

una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato»<sup>103</sup> (principio de conservación del contrato). Sobre la expresión del artículo 1213 PC –que «no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato»– puede considerarse que encierra que el acreedor no puede compeler al deudor al cumplimiento de la obligación tal y como originariamente se pactó; y que también encierra, que el deudor puede unilateralmente suspender el cumplimiento de la obligación contractual tal y como inicialmente fue pactada; en ambos casos, teniendo presente la contraprestación del otro contratante<sup>104</sup>.

[26] En conclusión, puede interpretarse:

a) Si el cumplimiento es excesivamente oneroso para el deudor en relación con el interés que aquél proporciona al acreedor, procede aplicar el artículo 1192.II.2.º PC.

b) Si el cumplimiento es oneroso debido a una alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato, procede aplicar el artículo 1213 PC<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> Considera SALVADOR CODERCH que hubiera sido oportuno que el artículo 1213 PC estableciese explícitamente la renegociación del contrato por las partes como paso previo (escalón previo) al conocimiento judicial [*InDret* (4/2009) pp. 8-10, 45-53]. Sobre el «deber» de negociar: CARRASCO PERERA (2010) núm. 48, pp. 1021-1022. También sobre la renegociación del contrato por los contratantes: AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003) pp. 295-304; por otra parte, esta autora reproduce los artículos 1210 y 1211 («De la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación») aprobados en las sesiones celebradas en marzo y abril de 1999 de la Comisión General de Codificación para la modificación del Código civil en materia de obligaciones [(2003) nota 452 en p. 324]: Artículo 1210: «Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato se han alterado de forma extraordinaria en el curso de su ejecución y las partes, de haber previsto dicha alteración no hubieran celebrado el contrato o lo hubieran celebrado con diferente contenido, el contratante que, atendidas las circunstancias del caso y en especial la distribución de riesgos contractual o legal, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato sin modificación, podrá pretender su revisión o su resolución»; artículo 1211: «La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión de las partes una solución que restaure la originaria reciprocidad de intereses del contrato. Demandada por una parte una determinada revisión del contrato o su resolución, podrá la otra parte formular su propuesta de revisión. El Juez podrá señalar un plazo para que la parte que no lo hubiera hecho con anterioridad pueda presentar su propuesta de revisión»; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ informa: «El texto fue aprobado (...), al que se añadió provisionalmente un párrafo, que después se incluiría en el error, recogiendo la doctrina del error bilateral en los siguientes términos: «La misma regla se aplicará cuando se hubiere incidido en una falsa representación de las circunstancias que para ambas partes sirvieron de base al contrato»» [cursiva de la autora; cfr. art. 1213 PC y § 313 BGB; *op. cit.* nota 452 en p. 324]. Cfr. art. 61 PM *infra* [28].

<sup>104</sup> En relación con la cláusula *rebus sic stantibus* y el cumplimiento de la prestación originaria: AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2003) pp. 263-264, pp. 285-293, en particular p. 288; p. 23. Sobre el concepto de inexigibilidad y sus consecuencias: MARTÍNEZ VELENCOSO (2003) pp. 282-293.

<sup>105</sup> Sobre la relación entre los §§ 275 (2) [*vid. supra* (65)] y 313 (alteración de la base del negocio) BGB, ZIMMERMANN, por ejemplo, indica que el § 275.II BGB toma en cuenta lo que en el Derecho anterior se llamaba «imposibilidad práctica» (*faktische Unmöglichkeit*) frente a la «imposibilidad económica» (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*). En el § 275.II BGB, el esfuerzo del cumplimiento se mide con base en el interés del acreedor

En ambos casos, aunque sea con distinto apoyo normativo, el deudor puede oponerse al cumplimiento forzoso y específico de la obligación originaria<sup>106</sup>.

[27] *Propuesta mercantil*.—También regula la figura de la excesiva onerosidad, superando la aplicación de la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus* al contrato mercantil<sup>107</sup>. Afirmación ésta que es posible, si se admite la aplicación de dicha teoría a la contratación mercantil, lo cual entiendo correcto, pero, algún autor defendió lo contrario. En un citado y antiguo trabajo (del año 1948), Velasco

---

en recibir la prestación. Pone el habitual ejemplo del anillo de pequeño valor (100 €), que cae a un lago tras su venta y antes de transmitir su propiedad y cuya recuperación ascendería a 100.000 € (por drenar el lago). No es razonable que el deudor asuma esos gastos, cuando el interés del acreedor es de 100 € (valor del objeto). En la «imposibilidad económica» (venta de 1.000 barriles de petróleo cuyo precio aumenta espectacularmente) no puede alegarse el § 275.II, pero tampoco es razonable que el deudor cumpla. En la «imposibilidad económica» no hay desproporción excesiva entre el esfuerzo del deudor y el interés del acreedor en el cumplimiento: este interés no se queda en el nivel de la fase inicial de perfección del contrato, sino que crece y se sitúa en el mismo nivel de esfuerzo del deudor para cumplir; el objeto se ha revalorizado y el acreedor quiere aprovecharlo. El legislador ha de ayudar al deudor y, si lo hace, se aplica otra institución, la modificación del contrato por cambio de circunstancias (*Störung der Geschäftsgrundlage*). Antes de la reforma, esto lo hacía la jurisprudencia con base en el § 242 BGB (buena fe); tras la reforma está en el § 313 BGB. En los §§ 275 y 313 BGB hay dos problemas conceptualmente distintos. ZIMMERMANN asocia el § 275 con el artículo 9:102 (2) (b) PECL y con el ejemplo del yate «Eliza»; el cambio de circunstancias lo asocia con los artículos 6:111 PECL y 6.2.1 ss Principios UNIDROIT [ZIMMERMANN, «Los medios de tutela» (2005, 2008 de la trad.) pp. 48-50, y nota 36]. MARTÍNEZ VELENCOSO (2003): sobre el § 313 BGB: pp. 34-40, para la relación §§ 275.II y 313 BGB: pp. 178-186; EBERS (2006) pp. 49-51; MARKESINUS/UNBERATH/JOHNSTON (2006) pp. 413-414.

Sobre el artículo 79 CISG y cláusula *rebus sic stantibus* (y figuras próximas de distintos ordenamientos): SALVADOR CODERCH «Artículo 79 CISG» (1998) pp. 642-644. Cfr. arts. 1467 a 1469 CC ital. 1942; 437 a 439 CC portugués 1966 para la figura de la excesiva onerosidad.

<sup>106</sup> SAN MIGUEL PRADERA indica tres posibles alternativas interpretativas cuando concurren simultáneamente las situaciones de los artículos 1192.II.2.º y 1213 PC, teniendo presente el resto de los remedios por incumplimiento: «(a) Firstly, it could be held that the provision regulating extraordinary changes in circumstances constitutes a special rule, and that as such it takes precedence over the provisions in chapter devoted to remedies for non-performance. This would mean that the consequences of the excessive onerousness (contract review) prevail over the creditor's right to rely on other remedies for non-performance other than demanding performance (such as termination as result of non-performance)./ (b) Another solution could consist in leaving it to the disadvantaged party to decide whether to resort to this remedy and apply for renegotiation of the contract, or alternatively seek to obtain that the creditor may not demand performance. Nevertheless he may well use the other existing remedies for non-performance, including termination./ (c) Finally, another possible solution could be to determine that the provisions on non-performance, and the remedies for it, prevail over the provisions on extraordinary changes in circumstances, in such a way that the possibility of contract revision will only be considered where the debtor has not been relieved of his obligation to perform, in accordance with Article 1192» [ERPL (1-2011) pp. 151-152].

<sup>107</sup> AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ señala la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos mercantiles; indica que la afirmación es absolutamente obvia y podría prescindirse de ella, «si no fuera porque desde nuestra doctrina se han alzado algunas voces en contra de la posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a los contratos mercantiles» [(2003) pp. 248-249 y nota 349 en la que alude a la opinión de Velasco, de la que doy cuenta de inmediato en el texto]. También difiere de la opinión de Velasco, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ADC (1958) pp. 1271-1273.

defendió la no aplicación de dicha teoría: «En conclusión, en nuestro Derecho mercantil no está admitida la doctrina de la cláusula como principio general, sino expresamente rechazada, salvo su aceptación en la legislación excepcional que pueda dictarse para casos de emergencia»<sup>108</sup>. La preocupación del autor es la de salvar la seguridad jurídica en la contratación mercantil.

[i] Según Velasco:

«Por otra parte, si la diferencia entre la imposibilidad de la prestación (fuerza mayor) [*sic*] y la extraordinaria dificultad de cumplir radica en que en el primer caso la prestación “no puede” ser cumplida, y en el segundo caso “puede serlo”, en el orden mercantil –de contenido preferentemente económico– el deudor comerciante que por una situación de agobio económico se ve en la imposibilidad de cumplir sus compromisos, no puede pretender la resolución o modificación de sus obligaciones alegando una extraordinaria dificultad económica, tanto si ésta es consecuencia de una marcha desgraciada de sus negocios como si la dificultad procede de acontecimientos extraordinarios y excepcionales aun de carácter general, mientras una norma de excepción no remedie esas situaciones agobiantes. El comerciante que se encuentre en tales casos, o cumplirá sus compromisos, o, por sobrepasar sus pagos, cambiará su situación legal mediante la declaración de insolvencia»<sup>109</sup>.

b) La opinión de Velasco justifica que el autor critique la STS, civil, 13 de junio de 1944, que estimó la revisión del contrato (segunda sentencia) y a la que me he referido *supra* [24] [i] b). Dice:

«Nuestro Tribunal Supremo, en dos sentencias de 14 de diciembre de 1940 y 5 de junio de 1945, ha rechazado la aplicación de la doctrina de la cláusula tan equitativa como necesitada de aplicación muy cautelosa, por no estar admitida hasta el presente como norma general y bien perfilada del Derecho español, siquiera puedan registrarse algunos atisbos y aplicaciones aisladas de ella. Por excepción, la sentencia de 13 de junio de 1944, sin plantear de manera expresa la aplicación de la teoría de la cláusula, admitió la modificación contractual por una alteración sobrevenida en las bases previstas para los contratantes, peligrosísimo ensayo, dicho sea con todo los respetos para el Tribunal sentenciador, de la llamada “teoría de la base del negocio”, expuesta por Oertmann, y según la cual, por base del negocio debe entenderse lo que una de las partes o ambas en común piensan respecto de ciertas circunstancias que existan o hayan de presentarse y sobre las cuales descansa su voluntad de concluir el negocio. Basta el solo enunciado de este concepto para comprender la extrema dificultad de su aplicación práctica»<sup>110</sup>.

<sup>108</sup> VELASCO, *RDM* (1948) p. 437.

<sup>109</sup> VELASCO, *RDM* (1948) pp. 435-436.

<sup>110</sup> VELASCO, *RDM* (1948) p. 437.

[28] El artículo 61 PM regula la excesiva onerosidad<sup>111</sup>:

*«1. En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, expresando las razones en que se funde.*

*Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en la fecha determinada en los términos que al efecto señala.*

*2. Se considera que existe excesiva onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos».*

[29] Sobre el precepto puede indicarse:

a) Tiene lugar la excesiva onerosidad si, tras la celebración del contrato, se produce un suceso que altera fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, o si el suceso que altera el equilibrio del contrato, existente en el momento de celebración del contrato, se conoce después. Comparando con los Principios UNIDROIT, el segundo supuesto se incluye en la *Hardship*; los PECL lo tratan en las reglas del error (*supra* nota 102).

Junto a lo anterior, el artículo 61.2 PM requiere que el suceso no se haya podido prever por la parte perjudicada, que escape a su control y que aquélla no haya asumido el riesgo de su acaecimiento.

b) Sobre los efectos de la excesiva onerosidad, el perjudicado tiene derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, indicando las razones en las que funda la renegociación. Si en plazo razonable no se logra el acuerdo, cualquiera de las partes puede exigir la adaptación del contrato o su extinción.

c) Hay otro efecto de la excesiva onerosidad con el cual se inicia el tenor literal del artículo 61.1 PM, ubicación que da a entender que a la norma se le atribuye el carácter de regla básica: la parte perjudicada no puede suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas<sup>112</sup>. Con esto se persigue defender la seguridad en la contra-

<sup>111</sup> Sección 7.ª «De la extinción y excesiva onerosidad», del Título IV, Libro I PM.

<sup>112</sup> En relación con el Derecho chileno, cuyo Código civil no regula el cambio de circunstancias, MOMBERG URIBE señala: «(...) el primer efecto de la imprevisión es el surgimiento del deber de renegociar el contrato con el fin de adaptarlo a las nuevas circunstancias, siendo, entonces, para esta última un requisito o presupuesto necesario para solicitar posteriormente la modificación o terminación del contrato»; y en relación a si el deudor puede unilateralmente suspender el cumplimiento de su propia prestación, entiende: «Adicionalmente, como regla general, el contrato deberá mantenerse vigente durante el periodo de renegociación, sin que la parte afectada esté facultada para suspender el cumplimiento salvo en casos muy calificados en que tal cumplimiento implique para el deudor perjuicios

tación mercantil, pero, tal vez, sea norma demasiado absoluta. En los Principios UNIDROIT (*supra* [23] b) se dispone que el reclamo de renegociación no autoriza, por sí mismo, para que la parte en desventaja suspenda el cumplimiento (justificado ello en el carácter excepcional de la excesiva onerosidad y en el riesgo de posibles abusos en su uso), y en el Comentario oficial se indica que la suspensión del cumplimiento se justifica sólo en circunstancias excepcionales. Esto es: aunque se exijan circunstancias excepcionales, se admite la existencia de casos en los que puede suspenderse el cumplimiento.

[30] Finalmente, hay que destacar la importante y conveniente novedad de codificar la figura de la excesiva onerosidad, actualizando el Derecho positivo de la regulación general de los contratos (cfr. art. 493.III FN). Otra cosa es si las expuestas regulaciones han de ser mejoradas.

D) *Excurso sobre el concepto de la «desproporción» del cumplimiento: el artículo 1484 PCV*

[31] La desproporción del cumplimiento es una noción específica para el incumplimiento de la falta de conformidad en la compraventa, que el artículo 1484 PCV regula.

[i] Artículo 1484 PCV:

*«El vendedor puede oponerse a cualquier modalidad de cumplimiento (...) o que resulte desproporcionada. Se considera desproporcionada aquella modalidad que imponga al vendedor costes que, en comparación con los de la otra, no serían razonables, habida cuenta del valor que tendría la cosa si no existiera falta de conformidad, la relevancia de ésta y el que la modalidad de cumplimiento alternativa se puede realizar sin inconvenientes significativos para el comprador».*

[32] Sobre el artículo 1484 PCV he de indicar:

a) Que el vendedor pueda oponerse a la modalidad de cumplimiento (reparación, sustitución) exigida por el comprador, si la misma es desproporcionada, tiene su origen en la Directiva 1999/44 (art. 3.II)<sup>113</sup>.

irreparables. En todo caso, el autor estima conveniente el establecimiento de una obligación de “cumplimiento mínimo del contrato” por parte del deudor que requiere la renegociación, que sea adecuada y razonable para los intereses de ambas partes. Esta obligación de cumplimiento mínimo puede corresponder a la oferta de adaptación propuesta por el deudor, sin perjuicio de que su posterior modificación en el curso de las negociaciones» [(2011) p. 89].

<sup>113</sup> Artículo 3.II de la Directiva 1999/44: «Se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra

b) La desproporción se concreta mediante la comparación de los costes que genera cada una de las modalidades del cumplimiento (reparación, sustitución)<sup>114</sup>. Si la reparación de la cosa, requerida por el comprador, genera más costes que su sustitución por otra cosa conforme con el contrato, el vendedor puede oponerse e imponer al comprador la sustitución (lo mismo, viceversa). El artículo 1484 segunda regla PCV dispone los criterios que han de tenerse en cuenta, en la determinación de la desproporción; son: el valor de la cosa sin la falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad, y que la modalidad del cumplimiento alternativo pueda hacerse sin mayores inconvenientes para el comprador.

c) La noción de «desproporción» en el cumplimiento de la *Propuesta sobre compraventa* es novedad normativa, comparado con el Código civil. No lo es, si la comparación se hace con el TRLGDCU. El artículo 119 TRLGDCU<sup>115</sup> la recoge hoy, y antes lo hizo el artículo 5 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de consumo<sup>116</sup> (LGVBC), ley que incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva 1999/44.

Cotejando los artículos 119 TRLGDCU y 5 LGVBC se constata una importante diferencia. El artículo 119.2.II TRLGDCU ordena que la diferencia de gasto entre una y otra modalidad de cumplimiento ha de ser considerablemente más elevada<sup>117</sup> para

---

forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta: /-el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad, / -la relevancia de la falta de conformidad, y/ -si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor». Además, en el Considerando (11) de la Directiva 1999/44: «(11) Considerando que el consumidor podrá en primer lugar exigir al vendedor la reparación o la sustitución del bien salvo si ello resulta imposible o desproporcionado; que deberá determinarse en forma objetiva si esta forma de saneamiento es desproporcionada cuando impone gastos que no son razonables en comparación con otras formas de saneamiento; que para determinar si los gastos no son razonables, los correspondientes a una forma de saneamiento deben ser considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra;».

<sup>114</sup> Núm. 19 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*: «La imposibilidad y excesiva onerosidad atienden a la modalidad elegida, en sí misma considerada. La desproporción resulta de una ponderación comparativa de la modalidad elegida y la otra posible, con los criterios que suministra el precepto. Subyace una ponderación del coste beneficio; ello aporta un elemento importante para la protección del vendedor./ La oposición justificada del vendedor a la modalidad de cumplimiento elegida por el comprador limita las alternativas de cumplimiento, de modo que éste sólo podrá hacerse efectivo mediante la otra modalidad. Pero también con respecto a ésta opera el derecho del vendedor a oponerse a su ejecución, si resulta imposible o excesivamente onerosa».

<sup>115</sup> TORRELLES TORREA, «Artículo 119 TRLGDCU» (2011) pp. 1094-1095.

<sup>116</sup> Artículo 5 LGVBC: «1. Si el bien no fuere conforme con el contrato, el consumidor podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del bien, salvo que una de estas opciones resulte imposible o desproporcionada. (...)/ 2. Se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor».

<sup>117</sup> Artículo 119.2 TRLGDCU: «Se considerará desproporcionada la forma de saneamiento que en comparación con la otra, imponga al vendedor costes que no sean

que el vendedor pueda oponerse a la modalidad de cumplimiento ejercitada por el comprador. Esto lo apunta el Considerando (11) de la Directiva 1999/44 (*supra* nota 113). Esta regla de la diferencia notable entre costes del artículo 119.2.II TRLGDCU no la recogía el artículo 5 LGVBC (cfr. *supra* notas 116 y 117). Tampoco lo hace la *Propuesta sobre compraventa*. Debe reflexionarse sobre la oportunidad de su incorporación a la *Propuesta sobre compraventa*.

d) La desproporción encierra una racionalidad económica del ejercicio del remedio del cumplimiento<sup>118</sup>. Se aplica a la compraventa, pero tiene un potencial aplicativo mayor (a través de la analogía; por ejemplo, para el arrendamiento de cosas). Esto implica construir el concepto con gran precisión técnica.

e) La desproporción del cumplimiento –que implica una comparación entre las dos modalidades de cumplimiento (reparación/sustitución)– es concepto distinto del de excesiva onerosidad en el cumplimiento –la cual fija la atención en la concreta modalidad de cumplimiento considerada en sí misma–. Tal diferencia se resalta en la EM de la *Propuesta sobre compraventa*.

[i] «La imposibilidad y excesiva onerosidad atienden a la modalidad elegida, en sí misma considerada. La desproporción resulta de una ponderación comparativa de la modalidad elegida y la otra posible, con los criterios que suministra el precepto. Subyace una ponderación del coste beneficio; ello aporta un elemento importante para la protección del vendedor.

La oposición justificada del vendedor a la modalidad de cumplimiento elegida por el comprador limita las alternativas de cumplimiento, de modo que éste sólo podrá hacerse efectivo mediante la otra modalidad. Pero también con respecto a ésta opera el derecho del vendedor a oponerse a su ejecución, si resulta imposible o excesivamente onerosa» (núm. 19 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*).

---

razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría el producto si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor y usuario. *Para determinar si los costes no son razonables, los gastos correspondientes a una forma de saneamiento deben ser, además, considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra forma de saneamiento*» (cursiva mía; es el párrafo nuevo).

<sup>118</sup> En la CISG también está presente la idea de que el remedio del cumplimiento cuenta con límites. Según el artículo 46.3 CISG, el comprador puede exigir del vendedor la reparación de las mercaderías para subsanar la falta de conformidad, salvo que «no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias». Indica LÓPEZ Y LÓPEZ que la petición de reparación implica un juicio de racionalidad (hay que tener en cuenta si el comprador puede procurársela y exigir los gastos) [«Artículo 46 CISG» (1998) p. 421]. Similar HONNOLD [(1987 de la trad.) núm. 284 pp. 329-330]. *Vid.* asimismo VIDAL OLIVARES (2005) pp. 76-77.

f) La *Propuesta sobre compraventa* no aplica el concepto de desproporción a la entrega de cosa con vicios jurídicos, lo que se resalta en su EM. En la entrega de una cosa con vicios jurídicos, el vendedor podrá oponerse a la pretensión de cumplimiento del comprador «cuando no esté a su alcance hacerlo» (art. 1491 PCV).

[i] Primer núm. 25 de la *Propuesta sobre compraventa*:

«El nuevo artículo 1491 establece un límite a la pretensión de cumplimiento del comprador, en caso de existencia de un derecho de tercero, de características similares al que se establece en caso de falta de conformidad. Sólo que aquí no resulta necesario acudir al criterio de la desproporción».

E) *Tercera «excepción»: la exigencia del cumplimiento es contraria a la buena fe: el artículo 1192.II.3.º PC*

[33] Considero:

a) Es una cláusula abierta que permite la adaptación y la evolución del remedio del cumplimiento a la realidad social del tiempo en que ha de aplicarse (art. 3.1 CC). Su alcance y contenido han de concretarlo la doctrina de los autores y la jurisprudencia.

b) Puede considerarse que es una aplicación específica del artículo 7.1 CC, norma que completa y recorre transversalmente el Ordenamiento. El artículo 1192.II.3.º PC señalaría la consecuencia de que el acreedor no pueda exigir el cumplimiento de la prestación.

c) Es una regla particular (propia) de la *Propuesta civil*, comparado con los artículos 7.2.2 Principios UNIDROIT y 9:102 PECL. Es probable que el origen del artículo 1192.II.3.º PC tenga algún tipo de relación con algunas de las consideraciones que en su día hizo Pantaleón en su propuesta de reformar la responsabilidad contractual. Por su importancia, las transcribo a continuación:

«(...) El supuesto de hecho de la pretensión de cumplimiento consiste, sencillamente, en que la prestación sea todavía posible, que no resulte física, jurídica o prácticamente imposible para el común de los mortales. Ahora bien, como excepción, el deudor podrá oponerse con éxito a esa pretensión cuando, conforme a [*sic*, la] buena fe (art. 7.º 1 CC), el cumplimiento en las condiciones pactadas no le sea exigible, por concurrir los requisitos de la figura de la “excesiva onerosidad de la prestación” [de la que los arts. 1575 y 1595.III CC y 44 LAR (1983)] proporcionan ejemplos legales; o cuando el ejercicio de la pretensión de cumplimiento deba considerarse abusivo (art. 7.º 2 CC), porque el coste del cumplimiento resulte absolutamente desproporcionado con la utilidad

que proporcionaría al acreedor, en comparación con los otros posibles remedios»<sup>119</sup>.

«Procede seguir reconociendo esta pretensión [de cumplimiento] al acreedor sin otros límites –junto a la imposibilidad física, jurídica o práctica (a la luz de la naturaleza y contenido del contrato; cfr. 275 BGB-KE) de la prestación– que los generales al ejercicio de los derechos subjetivos (art. 7.º CC), (...)»<sup>120</sup>.

«No es necesario codificar los casos en que el ejercicio de la pretensión de cumplimiento será abusivo: básicamente, cuando el muy elevado coste del cumplimiento resulte desproporcionado con la utilidad que proporcionaría al acreedor en comparación con otros posibles remedios. Pero parece existir cierto consenso [cfr. arts. 1467 CC italiano, 258 Libro 6 NBW, 6.2.1-6.2.3 PCCI (Principios UNIDROIT), 2.117 PDEC (PECL<sup>121</sup>), § 306 BGB-KE] sobre la conveniencia de una norma legal relativa a los supuestos de excesiva onerosidad de la prestación, o con más precisión, de desaparición de la base (causa) del contrato. A mi juicio, el supuesto de hecho de dicha norma debería abarcar al menos los tres grupos de casos atinadamente identificados por la doctrina y jurisprudencia alemanas –excesiva dificultad de la prestación, destrucción de la relación de equivalencia, frustración del fin–, y jerarquizar así la consecuencia jurídica: adaptación o reajuste del contrato (preferentemente, por negociación entre las partes, que estarían obligadas a realizarlas de buena fe), cuando resulte razonablemente factible, y si no, resolución. (...)»<sup>122</sup>.

[34] Si la hipótesis planteada sobre la posible influencia de las consideraciones de Pantaleón es cierta; si el artículo 1192.II.2.º PC ha codificado el supuesto en que el cumplimiento es excesivamente oneroso para el deudor, y el artículo 1213 PC, el de la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato; y si el artículo 1193.II.3.º PC es una específica aplicación del artículo 7 CC, para lo cual basta dicho artículo 7 CC, creo (por todo ello) que el artículo 1193.II.3.º PC debería suprimirse.

<sup>119</sup> PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) p. 1046. El autor expone el caso americano *Jacobs & Youngs Inc. v. Kent* (1921): uno de los subcontratistas instaló en la vivienda cañerías de una marca, pero, se había pactado la instalación de otra marca de cañerías; el error se descubrió terminadas las paredes; la sustitución implicaba un coste muy elevado y el valor de la vivienda con una y otra marca era el mismo (en el mercado, ambas marcas de cañerías se consideraban de igual calidad). El juez Cadorzo señaló (parecer de la mayoría), si «el coste de corrección del defecto es exagerado e inequitativamente mayor que la ventaja que al dueño de la obra le reporta el arreglo (y no ha existido dolo por parte del contratista), lo que ha de concederse al dueño de la obra no es aquel coste, sino el menor valor de lo construido a causa del defecto» (*op. cit.* p. 1046).

<sup>120</sup> PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1728.

<sup>121</sup> PANTALEÓN PRIETO manejó la primera edición de los PECL, de ahí la cita del artículo 2:117 PECL, después artículo 6:111 PECL. La obra a la que me he referido es *The Principles of European Contract Law*, ed. LANDO/BEALE (1995).

<sup>122</sup> PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1730.

F) *Cuarta «excepción»: la prestación «personal» del deudor: el artículo 1192.II.4.º PC. La prestación de hacer no personalísima*

[35] Llama la atención el empleo de la expresión «prestación personal», no habitual en nuestra terminología técnico-jurídica. Su empleo tal vez tenga relación con los Principios UNIDROIT y con los PECL.

[i] Artículo 7.2.2 (d) Principios UNIDROIT:

«la prestación tenga carácter exclusivamente personal;».

[ii] Artículo 9:102 (2) (c) PECL:

«the performance consists in the provision of services or work of a personal character or depends upon a personal relationship, or».

[36] Apuntado lo anterior, en relación con el artículo 1192.II.4.º PC:

a) Puede entenderse que la «prestación personal del deudor» incluye la obligación de hacer personalísima (o infungible)<sup>123</sup>: aquella que sólo el deudor puede ejecutar de modo satisfactorio para el acreedor por sus especiales cualidades artísticas o/y técnicas o/y científicas, habiéndose ello incorporado a la regla contractual<sup>124</sup>.

[i] En el Comentario del artículo 7.2.2 (d) Principios UNIDROIT se aclara el alcance de la excepción. Se indica que la tendencia moderna lo refiere a prestaciones cuyas características son únicas. No incluye las actividades ordinarias de los abogados, médicos, ingenieros u otras personas, cuyos servicios puedan ser prestados por otros con idéntica preparación y experiencia. Se considera que el cumplimiento es de naturaleza exclusivamente personal, si no es delegable y exige una particular destreza de naturaleza artística o científica, o implica una relación confidencial y personal.<sup>125</sup> No se incluye la obligación de no hacer<sup>126</sup>.

[ii] En la misma línea que los Principios UNIDROIT, se sitúa el Comentario oficial de los PECL al delimitar el concepto de pres-

<sup>123</sup> ROCA TRÍAS lo refiere a las obligaciones personalísimas [(2011) p. 14].

<sup>124</sup> En la regulación «Del cumplimiento de las obligaciones» de la *Propuesta civil* (capítulo V, título I, libro IV, arts. 1153 a 1175) no se contiene un precepto como el artículo 1161 CC («En las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación»). Pero el artículo 1155.I PC dispone: «La obligación puede ser cumplida por un tercero, salvo que lo contrario resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o del contenido del contrato; pero el acreedor puede rechazar el pago si el tercero no tiene derecho a subrogarse conforme al artículo siguiente y el deudor ha manifestado su oposición».

<sup>125</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 221.

<sup>126</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 221.

tación de servicios u obra de carácter personal<sup>127</sup>. Esta excepción también se aplica a «actos positivos» (prestación, cumplimiento)<sup>128</sup>.

Sobre la segunda regla del artículo 9:102 (2) (c) –la de que el cumplimiento depende de una relación personal– se indica que se excluye el cumplimiento específico si se fuerza a las partes a entrar o continuar una relación personal (cfr. arts. 1700 y 1704 CC)<sup>129</sup>.

b) Si se considera que el artículo 1192.II.4.º PC es un límite del remedio del cumplimiento en el sentido de que el acreedor no tiene derecho a exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de hacer personalísima (*supra* [14]), ello conllevaría importantes consecuencias para el vigente Derecho. Para resaltar el cambio, conviene recordar ciertas ideas, de sobra conocidas, sobre el cumplimiento forzoso de la obligación de hacer personalísima. Para esta obligación se ha indicado que no procede su ejecución forzosa (la regla del *nemo ad factum praecise cogi potest*; la incoercibilidad de la prestación de hacer). De ahí que en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, la ejecución de tal prestación se transformase en la de indemnizar daños (art. 924)<sup>130</sup>. Pero la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 introdujo cambios. El artículo 709.1 LEC establece que la ejecución de la obligación personalísima puede conducir a la entrega del equivalente pecuniario de la prestación, o a que se apremie al ejecutado (deudor) con multas coercitivas (compulsión indirecta al cumplimiento). Si las multas no logran su objetivo, la ejecución continuará con la entrega del equivalente pecuniario o la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfac-

---

<sup>127</sup> La excepción no cubre los servicios u obras que puedan delegarse. El hecho de que haya una cláusula contractual que indique que la obra no puede delegarse, no conlleva necesariamente que el trabajo sea de carácter personal. Si no se precisa la atención personal de la parte contratante, pero podría ejecutarse por sus empleados, la cláusula que prohíbe la delegación puede interpretarse como que sólo impide la delegación a otra empresa (por ejemplo, un subcontratista). Los servicios que requieren una habilidad individual de naturaleza artística o científica y los servicios ofrecidos dentro de una relación confidencial y personal son servicios de naturaleza personal. Se añade que la firma de un documento normalmente no constituirá un servicio u obra en el sentido del artículo 9:102 (2) (c) PECL: esa obligación puede cumplirse forzosamente sustituyendo la declaración del incumplidor por una orden judicial. [*Comment G* del art. 9:102 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 397]. Similar, *Comment G* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 832-833].

<sup>128</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 397-398.

<sup>129</sup> En el supuesto de un acuerdo para formar parte de una sociedad se aplica la excepción, si y en la medida en que la sociedad presuponga un contacto personal cercano. Pero, si se trata de un contrato referido a una «public company», el concreto elemento personal falta en ocasiones y, para tal caso, la excepción que se analiza no impide que se exija forzosamente el cumplimiento de la obligación. [*Comment G* del art. 9:102 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 397].

<sup>130</sup> *Vid.* VERDERA SERVER (1995) pp. 280-287, 295.

ción del ejecutante (art. 709.3 LEC<sup>131</sup>). Entre el artículo 709 LEC y el artículo 1192.II.4.º PC no habría coordinación, si se entiende el artículo 1192.II.4.º PC tal y como he indicado.

[i] La exclusión del cumplimiento para las obligaciones de carácter exclusivamente personal [art. 7.2.2 (d) Principios UNIDROIT] se justifica en el Comentario oficial de los Principios UNIDROIT en que la ejecución forzosa puede interferir en la libertad personal del deudor, en que puede afectar a la calidad de la prestación, y que supervisar su cumplimiento puede dar lugar a dificultades prácticas insuperables<sup>132</sup>.

[ii] Similares razones a las que acabo de indicar se encuentran en el Comentario oficial de los PECL<sup>133</sup>.

[37] Los habituales argumentos justificadores de la incoercibilidad de la obligación de hacer personalísima de que, en caso contrario, no se respeta la libertad del deudor, y que el deudor no realizará de la mejor manera la prestación pues el cumplimiento de este tipo de obligación bajo orden judicial no produce buenos resultados, permiten justificar la regla del artículo 1192.II.4.º PC. Puede añadirse otra razón: puesto que el hacer personalísimo depende de la exclusiva voluntad del deudor, quien incumplió es

<sup>131</sup> Artículo 709 LEC: «1. Cuando el título ejecutivo se refiera a un hacer personalísimo, el ejecutado podrá manifestar al tribunal, dentro del plazo que se le haya concedido para cumplir el requerimiento a que se refiere el artículo 699, los motivos por los que se niega a hacer lo que el título dispone y a alegar lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida. Transcurrido este plazo sin que el ejecutado haya realizado la prestación, el ejecutante podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo. El tribunal resolverá por medio de auto lo que proceda, accediendo a lo solicitado por el ejecutante cuando estime que la prestación que sea objeto de la condena tiene las especiales cualidades que caracterizan el hacer personalísimo. En otro caso, ordenará proseguir la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 706./ 2. Si se acordase seguir adelante la ejecución para obtener el equivalente pecuniario de la prestación debida, en la misma resolución se impondrá al ejecutado una única multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711./ 3. Cuando se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se reiterarán trimestralmente los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero. Si, al cabo de un año, el ejecutado continuare rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el tribunal./ 4. No serán de aplicación las disposiciones de los anteriores apartados de este artículo cuando el título ejecutivo contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor. En tal caso, se estará a lo dispuesto en aquél».

<sup>132</sup> Comentario 3.d del artículo 7.2.2 Principios UNIDROIT, Principios UNIDROIT (2004) p. 220.

<sup>133</sup> Así: 1) una sentencia que ordene el cumplimiento constituiría una seria interferencia en la libertad personal del incumplidor; 2) los servicios u obras ofrecidos bajo presión frecuentemente no serán satisfactorios para la parte perjudicada; 3) es difícil para un tribunal controlar el correcto cumplimiento de su orden [LANDO/BEALE (ed.) (2000) *Comment G*, p. 397]. Desde otra perspectiva, *Comment G* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 832-833].

probable que reitere su comportamiento y para que el acreedor pueda acabar obteniendo el equivalente pecuniario de la prestación (u otra medida idónea para satisfacer al ejecutante), esto, incluso habiéndose utilizado el mecanismo de las multas coercitivas (art. 709 LEC), parece oportuno que desde el primer momento del incumplimiento del deudor, el acreedor no pueda exigir el cumplimiento y en su lugar exija la oportuna indemnización de daños bajo el régimen de los artículos 1202 y ss. PC. De esta manera el acreedor ahorra tiempo y gastos. Sin embargo, ha de valorarse, que puede suceder que un acreedor prefiera intentar el cumplimiento (dar al deudor una nueva oportunidad de cumplir) cuando, además, puede servirse de multas coercitivas (art. 709 LEC)<sup>134</sup> y lo antes expuesto puede no considerarse razón suficiente para que se desplace al artículo 709 LEC.

En conclusión, hay evidentes argumentos de peso en favor del artículo 1192.II.4.º PC, pero no veo con disfavor el sistema del artículo 709 LEC, si, además y por otro lado, el acreedor tiene la opción de poder resolver la relación contractual y exigir las distintas partidas de daños que tenga. Creo oportuno un debate doctrinal sobre esto, teniendo presente, además, la cierta cercanía temporal que media entre los años 2000 (LEC) y 2009 (*Propuesta civil*).

[38] Aprovecho este epígrafe sobre el cumplimiento de la obligación de hacer personalísima, para hacer unas breves consideraciones sobre la obligación de hacer no personalísima.

A esta otra obligación de hacer se le aplica la regla general del artículo 1192.II PC: el acreedor puede exigir su cumplimiento forzoso y obtener una sentencia de condena. Es cierto que si el deudor no quiere cumplir lo que ordena el título ejecutivo sentencia, no se le puede forzar a que él lo haga personalmente (respeto a su libertad). Pero, como en la obligación de hacer no personalísima el interés del acreedor se satisface obteniendo la prestación y es indiferente que la lleve a cabo su deudor, o un tercero a expensas del deudor (actividad de sustitución), es adecuado que el acreedor pueda inicialmente exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de hacer. El artículo 1098.I CC se refiere a la actividad del tercero en la fase ejecutiva: «[s]i el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa»<sup>135</sup>. Con el artículo 1098.I CC se coordina ahora el artículo 706 LEC: si el ejecutado no lleva a cabo el hacer en el plazo que se le ha señalado, el ejecutante

<sup>134</sup> Vid. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (2001) núms. 18 a 21, pp. 426-430; en particular, los núms. 18 y 19, notas 46 y 49. Cfr. artículo 7.2.4 Principios UNIDROIT (Pena judicial).

<sup>135</sup> Sobre el campo en que opera el artículo 1098.I CC: CARRASCO PERERA (2010) núm. 35, pp. 1077-1079. Artículo 1098.II CC: «Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación./(...)».

puede elegir entre que se le faculte para encargarlo a un tercero o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios<sup>136</sup>.

[i] La regla del artículo 1098 CC se encontraba en el Proyecto de Código civil de 1851: en el artículo 1108<sup>137</sup>. García Goyena informa que la primera parte del precepto era el artículo 1144 *Code civil* y advirtió, que en el artículo 1142 *Code civil*, «copiado en todos los Códigos citados, se declara que la obligación de hacer, ó de no hacer, se resuelve en daños é intereses en caso de inejecución de parte del deudor»<sup>138</sup>. Señala: «En los discursos 59 y 60 franceses se dan brevemente por únicos motivos, que el compeler personalmente al deudor á hacer, ó no hacer, sería una especie de violencia, que no puede ser un modo de ejecución de los contratos, y que según los Jurisconsultos Romanos, *nemo ad actum cogi potest*»<sup>139</sup>. Pero, García Goyena discrepaba: «(...), con la vénia del autor del discurso 60, diré yo, que la opinión contraria era la más racional y fundada en Derecho Romano, y que de los testos citados en apoyo de aquel vulgar axioma, solo puede inferirse que en caso de inejecución por parte del deudor era libre el acreedor en compelerle á ejecutar el hecho prometido ó en reclamarle daños y perjuicios»<sup>140</sup>. Para el Proyecto de Código civil de 1851, García Goyena señala que finalmente se decidió: «que no pueda ser compelido el deudor

<sup>136</sup> Vid. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, núms. 16 y 17, pp. 423-426, en particular pp. 423-424.

Artículo 706 LEC: «*Condenas de hacer no personalísimo*.-1. Cuando el hacer que obligue el título ejecutivo no sea personalísimo, si el ejecutado no lo llevara a cabo en el plazo señalado por el tribunal, el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios./ Cuando el título contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor, se estará a lo dispuesto en aquél, sin que el ejecutante pueda optar entre la realización por tercero o el resarcimiento./ 2. Si, conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, el ejecutante optare por encargar el hacer a un tercero, se valorará previamente el coste de dicho hacer por un perito tasador designado por el tribunal y, si el ejecutado no depositase la cantidad que el tribunal apruebe mediante providencia o no afianzase el pago, se procederá de inmediato al embargo de bienes y a su realización forzosa hasta obtener la suma que sea necesaria./ Cuando el ejecutante optare por el resarcimiento de daños y perjuicios, se procederá a cuantificarlos conforme a lo previsto en los artículos 712 y siguientes».

<sup>137</sup> Artículo 1008 PCC 1851: «Si el obligado á prestar algún servicio que consista en hacer alguna cosa, no lo hiciere, se mandará ejecutar á su costa./ Esto mismo se observará, si lo hiciere contraviniendo en el modo á lo pactado; y podrá además decretarse la destrucción de lo mal hecho».

<sup>138</sup> GARCÍA GOYENA (1852) p. 541. Artículo 1142 *Code civil*: «Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur»; artículo 1144 *Code civil*: «Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur» (al artículo se le añadió un segundo párrafo: «Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution»: L.n.º 91-650, 9 juill.1991). Artículo 1143 *Code civil*: «Néanmoins, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu»; artículo 1145 *Code civil*: «Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention».

<sup>139</sup> GARCÍA GOYENA (1852) p. 541.

<sup>140</sup> GARCÍA GOYENA (1852) p. 541. Añade: «Nuestras leyes 12, título 11, Partida 5, y 5, título 27, Partida 3, están más claras: "Develo apremiar (el Juez) que lo faga assi como fue puesto, é lo prometió"»[(1852) p. 541].

para hacerlo por sí mismo en el sentido del artículo Frances./ *Se mandará ejecutar á su costa: luego no podrá ser compelido él mismo á ejecutarlo*»<sup>141</sup>.

[39] La *Propuesta civil* contiene otra norma sobre el cumplimiento y la obligación de hacer consistente en emitir una declaración de voluntad (art. 1195 PC; su análisis *infra* [52] y [53]).

G) *El remedio del cumplimiento y el negocio de reemplazo: reflexiones para la Propuesta civil. La Propuesta mercantil y el negocio de reemplazo*

[40] *Propuesta civil*.—En el Código civil, mediante el cumplimiento forzoso y específico el acreedor satisface su interés en obtener la prestación de dar o hacer *fungible* a la que el deudor se comprometió. Puede obtener la prestación del deudor o de un tercero a costa del deudor (arts. 1096.II, 1098.I CC y oportunos preceptos de la LEC). Sin embargo, el acreedor también puede alcanzar el resultado efectivo de la prestación, sirviéndose de otro camino: puede resolver la relación contractual (art. 1124 CC) y celebrar con un tercero un negocio (contrato/operación) de reemplazo cuyo contenido sea el de la prestación pactada en el primitivo (anterior) contrato. Además, podrá exigir del deudor la indemnización del daño que su incumplimiento le haya causado; entre otras partidas, puede pedirle la diferencia de precio entre el primer y el segundo contrato si esa diferencia le es perjudicial (arts. 1101 ss., 1124 CC). El negocio de reemplazo es práctica habitual en la contratación mercantil<sup>142</sup>, y el acreedor lo lleva a cabo de manera extrajudicial.

Es decisión del acreedor determinar si encauza la solución del incumplimiento del deudor, exigiéndole el cumplimiento o resolviendo la relación contractual y efectuando un negocio de reemplazo.

[41] ¿Cómo regulan la alternativa cumplimiento forzoso y específico/resolución del vínculo contractual y negocio de reem-

<sup>141</sup> GARCÍA GOYENA (1852) p. 541. El autor también se refería a la obligación de hacer no personalísima, sobre la que destaca que no puede ser ejecutada por un tercero: «Fuera de que hay casos en que, por elegirse la industria ó habilidad de persona determinada, no se satisface al acreedor con mandar ejecutar la obra á costa del deudor, ó, por mejor decir, no es posible ejecutarla por otro: vé los artículos 1100 y 1536» [(1852) p. 541]. En relación con el artículo 1098 CC: *vid.* BADOSA COLL, «Artículo 1098 CC» (1993) tomo II, 2.<sup>a</sup> ed. p. 30.; sobre su función: CARRASCO PERERA, *InDret* (1/2006) pp. 10-13.

<sup>142</sup> *Vid.*, sobre esto y cuestiones conexas, por ejemplo SSTS, 1<sup>a</sup>, 4 de julio de 2000 (Pte. Excmo. Sr. D. José Ramón Vázquez Sandes, FD 1<sup>o</sup> y 4<sup>o</sup>), 27 de octubre de 1992 (Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales, FD 1.<sup>o</sup>, 2.<sup>o</sup>, 3.<sup>o</sup>, 5.<sup>o</sup>, 7.<sup>o</sup> y 9.<sup>o</sup> *Vid.* PUIG BRUTAU (1957) pp. 159-161; FENOY PICÓN, *CCJC* núm. 80 (2009) [3]-[5] pp. 578-581.

plazo, los Principios UNIDROIT, los PECL, los *Principles of European Law Sales* (PEL S en lo sucesivo) y el DCFR?

[i] *Principios UNIDROIT*.—El artículo 7.2.2 (c) de los Principios UNIDROIT establece como excepción al cumplimiento, que «la parte legitimada para recibir la prestación puede razonablemente obtenerla por otra vía».

a) En el Comentario 3.c del precepto se indica que para los bienes o servicios estándar, si no se cumple, la mayoría no quiere perder tiempo y esfuerzo exigiendo el cumplimiento específico, y prefiere obtenerlos en el mercado y reclamar el oportuno resarcimiento (resolución y operación de reemplazo)<sup>143</sup>.

[ii] *PECL*.—El artículo 9:102 (2) (d) PECL dispone, como excepción al remedio del cumplimiento, que «the aggrieved party may reasonably obtain performance from another source»<sup>144</sup>.

a) En el *Comment H* del artículo se exponen dos ejemplos: primero, la compra de unas sillas de calidad ordinaria que el vendedor no entrega: si el vendedor puede probar que el comprador puede obtenerlas de un tercero, el comprador no puede exigirle el cumplimiento específico; segundo, la compra de unas sillas que son una antigüedad: en este caso, el comprador sí puede exigir el cumplimiento<sup>145</sup>.

[iii] *PEL S*.—Es conocido que los PECL son la parte general de los PEL S. Según el artículo 4:202 PEL S, en la entrega de *cosa no conforme*, el comprador puede exigir del vendedor el cumplimiento, consista en la reparación, o en la sustitución de la cosa entregada por otra conforme. Sobre que el comprador pueda obtener la subsanación del incumplimiento por otra vía, se dispone que, por ese mero hecho, el vendedor no puede oponerse a la subsanación

<sup>143</sup> Sobre el término «razonable» se indica que puede haber circunstancias en las que el perjudicado no haya de recurrir a otro proveedor. [Principios UNIDROIT (2004) p. 220].

<sup>144</sup> En el *Comment H* del artículo se destaca que la excepción no se justifica en las razones alegadas en el *Common Law*: no se introduce un test sobre la adecuación de la indemnización de daños, en el sentido de que el cumplimiento sólo puede exigirse si la indemnización es un remedio inadecuado. Más bien, lo que se pretende es que el perjudicado elija entre los remedios que pueden compensarle, aquél que de manera más fácil pueda obtener. Según la experiencia práctica, la resolución y la indemnización frecuentemente dan una satisfacción más rápida y fácil, que la ejecución forzosa del cumplimiento; [LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 398]. Sobre el *Common Law*: *supra* [12]; ZWEIGERT/KÖTZ (1998) 3rd. ed. pp. 479-483. Comparando el Derecho inglés y el alemán: MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSON (2006) 2 ed., pp. 392-398. Sobre el artículo 9:102 (2) (d) PECL, Luis Díez-PICAZO: «(...) Aun cuando es comprensible la preocupación que late en el precepto legal citado y la aproximación entre los PECL y el sistema del Derecho inglés, no especialmente favorable al reconocimiento de la pretensión de cumplimiento en las obligaciones no pecuniarias, no resulta difícil trasladar este tipo de excepción a nuestro Derecho positivo» [*Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) p. 777].

<sup>145</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 398. Se precisa, además, que el artículo 9:102 (2) (d) PECL se aplica, incluso si el negocio de reemplazo tiene mayor coste que el precio del contrato, siempre que el incumplidor pueda pagar la diferencia. Si no lo puede pagar, no se excluye el cumplimiento. (*Op. cit.* p. 398).

de la falta de conformidad. El artículo 4:202 (3) PEL S desplaza al artículo 9:102 (2) (d) PECL (antes transcrito).

El tenor del artículo 4:202 (3) PEL S es: «(3) The seller may not refuse to remedy the lack of conformity merely because the buyer could reasonably have it remedied from another source»<sup>146</sup>.

a) En el correspondiente Comentario, puede leerse que el artículo 9:102 (2) (d) PECL deja casi sin significado (sin campo operativo) al remedio del cumplimiento específico (idea con lo que estoy de acuerdo). La norma del artículo 9:102 (2) (d) PECL se califica de restricción no razonable, especialmente en las ventas de consumo<sup>147</sup>.

[iv] DCFR.—El artículo III.-3:302 (5) DCFR dispone que el acreedor puede exigir el cumplimiento forzoso y específico, pero, si tal ejercicio es irrazonable porque, por las circunstancias, aquél podría haber hecho un negocio de reemplazo sin importante esfuerzo o gasto, el incremento de la cuantía de los daños o el incremento de la cantidad a pagar por la cláusula penal, derivado del ejercicio del remedio del cumplimiento no puede exigirlo del deudor.

El tenor literal del artículo III.-3:302 DCFR es: «(5) The creditor cannot recover damages for loss or a stipulated payment for non-performance to the extent that the creditor has increased the loss or the amount of the payment by insisting unreasonably on specific performance in circumstances where the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense»<sup>148</sup>.

a) En el *Comment J* del artículo se apunta el riesgo de que el acreedor pueda inflar el daño por exigir el cumplimiento específico y no haber realizado un negocio de reemplazo. Un control de ese posible abuso es la regla general de que los remedios han de ejercitarse de buena fe. Otro control, más específico, se prevé en el artículo III.-3:302 (5) DCFR<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> Artículo 4:202 PEL S: «Remedying the lack of conformity/ (1) The buyer is entitled to have the lack of conformity remedied free of charge by repair or replacement, provided that remedying it:/ «(a) is not unlawful or impossible; or/ (b) will not cause the seller unreasonable effort or expense./ (2) Free of charge particularly means without any charge for labour, materials or any necessary transport of the goods./ (3) [reproducido en texto].

<sup>147</sup> PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales (2008) p. 270.

<sup>148</sup> Artículo III.-3:302 DCFR: «Enforcement of non-monetary obligations/ (1) The creditor is entitled to enforce specific performance of an obligation other than one to pay money./ (2) Specific performance includes the remedying free of charge of a performance which is not conformity with the terms regulating the obligation./ (3) Specific performance cannot, however, be enforced where:/ (a) performance would be unlawful or impossible./ (b) performance would be unreasonably burdensome or expensive; or/ (c) performance would be of such a personal character that it would be unreasonable to enforce it./ (4) The creditor loses the right to enforce specific performance if performance is not requested within a reasonable time after the creditor has become, or could reasonably be expected to have become, aware of the non-performance./ (5) [transcrito en texto].»

<sup>149</sup> VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 833-834. *Vid. Comment B* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) *op. cit.*, p. 829]. En los *Principles* del DCFR (núm. 26,

[42] En relación con la *Propuesta civil*, entiendo que ésta *no rompe* con el Código civil y la práctica mercantil descrita *supra* [40]: incumplida la obligación de dar o hacer fungible, el acreedor puede optar por exigir el cumplimiento forzoso y específico, o resolver la relación contractual y proceder al negocio de reemplazo.

Señalado esto, tal vez pudiera intentar construirse otra solución jurídica, acudiendo al artículo 1192.II.4.º PC que exceptúa el cumplimiento específico y forzoso si su ejercicio es contrario a la buena fe (*supra* [33] y [34]): si teniendo presente todas las circunstancias del caso, es más razonable llevar a cabo una operación de reemplazo en lugar de exigir el cumplimiento forzoso y específico (pues se evita el daño o el incremento de su cuantía), el acreedor no puede exigir del deudor que cumpla porque ello es contrario a la buena fe (art. 1192.II.4.º PC). Esta construcción supone sustraer, a la regla de que el acreedor puede exigir el cumplimiento específico y forzoso (art. 1192.II PC), un importante campo de actuación. Antes manifesté mi opinión favorable a la supresión del artículo 1192.II.4.º PC y las razones de ello (*supra* [34]). Teniendo en cuenta que tal vez pudiera intentarse encajar el supuesto expuesto, en el artículo 1192.II.4.º PC, reitero mi opinión favorable a su supresión.

La solución del supuesto expuesto puede llevarse a cabo mediante la regla de la mitigación del daño del artículo 1212 PC (su análisis *infra* [142] y ss.). El acreedor, como he indicado, puede optar entre exigir el cumplimiento, o resolver la relación contractual y proceder a una operación de reemplazo; pero, si opta por lo primero, siendo razonable, *en función de las concretas circunstancias del caso*, que el acreedor resolviese y procediese a realizar un negocio de reemplazo, el daño no evitado o el incremento de daño no evitado lo asume el acreedor (no puede repercutirlo al deudor). Vidal Olivares defiende esta construcción en relación con la CISG, cuyo artículo 77 regula la

---

p. 49) se destaca el cambio del DCFR frente a los PECL [art. 9:102 (2) (d)]. Se afirma que en el DCFR, el cumplimiento es un remedio menos «secondary», lo cual refleja el principio de que las obligaciones deben ejecutarse salvo que haya buenas razones para lo contrario. DE VRIE, quien señala que los PECL parecen a favor de la solución del *civil-law* del cumplimiento específico, indica que el DCFR se ha inclinado más aún hacia la solución del *civil-law* al suprimir, del cumplimiento específico, la excepción de la *cover transaction*. La razón de esta decisión de los redactores del DCFR es, según DE VRIES, que el DCFR, a diferencia de los PECL, cubre además los campos de aplicación de las Directivas europeas y por tanto, ha incluido al Derecho de consumo (*consumer law*). En la Directiva 1999/44/CE, se concede a los consumidores el derecho al cumplimiento específico por la entrega de cosa no conforme con el contrato (reparación, sustitución: art. 3 Directiva 1999/44/CE). Mientras los redactores de los PECL, continúa DE VRIES, podían ignorar los derechos de los consumidores y por tanto, elegir la misma excepción de la *cover transaction* del artículo 7.2.2 (c) Principios UNIDROIT, los redactores del DCFR estaban obligados a incluir en el DCFR los derechos que el Derecho de la Unión Europea concede a los consumidores. [DE VRIES (2009) pp. 595-596, 597].

mitigación del daño, siendo la presente una cuestión que se debatió en torno a dicho precepto. Señala el autor que el acreedor es libre de insistir en el cumplimiento específico o resolver la compraventa y exigir daños. Pero, de acuerdo con la función mediata de la carga de mitigar los daños (art. 77 CISG), la opción que el acreedor ejercite ha de coincidir con la de una persona razonable en su posición y circunstancias. Entiende Vidal Olivares que se espera del acreedor un uso razonable de los remedios y tal uso lo hay cuando se disminuyen las pérdidas derivadas del incumplimiento. Si el acreedor no hace ese uso razonable, no puede exigir del deudor el daño no evitado o reducido (art. 77 CISG). Dice: «[e]l supuesto típico es el del acreedor que insiste en el cumplimiento, siendo razonable la resolución y la posterior operación de reemplazo del artículo 75 CV (CISG), porque con ella el acreedor satisface igualmente su interés en el cumplimiento».<sup>150</sup>

Por su parte, Pantaleón Prieto, que sostiene la conveniencia de incorporar al Código civil el «*deber (carga) del deudor de mitigar el daño*» (cursiva del autor), rechaza la incorporación de normas similares a los artículos 7.4.5 y 7.4.6 Principios UNIDROIT y 9:506 y 9:507 PECL<sup>151</sup> que generalizan lo dispuesto en los artículos 75 y 76 CISG. Indica: «La otra regla se asienta (la del art. 76) sobre la base, en modo alguno generalizable de que, tras la resolución del contrato, el dañado tiene en todo caso la carga de cubrirse de inmediato al precio del mercado»<sup>152</sup>. Finalmente Soler Presas señala que «no parece que, con carácter general, se pueda exigir al acreedor la realización de un negocio de cobertura»<sup>153</sup>.

<sup>150</sup> Continúa el texto: «Seguidamente, el ejercicio de un remedio –entendido como medida de mitigación– será razonable cuando el acreedor agraviado igualmente, pero con menos pérdidas para el deudor, obtenga la satisfacción de su interés en el cumplimiento del contrato. Deben concurrir, copulativamente, dos requisitos: (a) que el ejercicio del remedio evite o aminore las pérdidas que se siguen del incumplimiento, y (b) que igualmente comporte la satisfacción del interés del acreedor. Prevalece la protección del interés del acreedor agraviado sobre el del deudor incumplidor, porque el primero sólo verá afectada la indemnización, si el remedio omitido le aseguraba igualmente la satisfacción de su interés en el contrato y no obstante optó por otro. O sea, que la insistencia en el cumplimiento no vulnera esta carga, salvo que disponga de otro remedio tan apto como aquél para satisfacer su interés y que evite o aminore las pérdidas. Si dispone de ese remedio y persiste en el cumplimiento, igualmente puede reclamarlo, pero su indemnización quedará sujeta a reducción (art. 77 CV)» [p. 8; VIDAL OLIVARES, *Revista de Derecho (Valdivia)* (2005) vol. 18, núm. 2, pp. 7-9, *vid.* p. 6].

<sup>151</sup> El autor cita los artículos 4:505 y 4:506 de la primera edición de los PECL que es la que maneja.

<sup>152</sup> PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1743.

<sup>153</sup> La afirmación del texto se inserta en el siguiente párrafo en el que se reflexiona sobre la cuestión planteada en el texto, teniendo presente el *Common Law* y el § 254 BGB: «Más conflictivo resulta determinar si el deber de mitigar exige, como regla general, acudir al mercado para procurarse una prestación sustituta de la debida. En el *common law*, donde el remedio de los *damages* es prioritario, sí cabe afirmar la exigibilidad de la realización de un negocio de cobertura, siempre que, lógicamente, el objeto del contrato sea accesible en el mercado. En los sistemas de derecho civil donde, por el contrario, prima la pretensión del cumplimiento, no parece que, con carácter general, se pueda exigir al acreedor la reali-

La *Propuesta civil* no ha recogido normas similares a las citadas de la CISG, de los Principios UNIDROIT y de los PECL. En cambio, sí se ha hecho en la *Propuesta mercantil* (arts. 65.3, 66.1).

[43] *Propuesta mercantil*.—El artículo 66.1 prescribe:

«1. La parte perjudicada por el incumplimiento del contrato podrá recurrir a una operación de reemplazo siempre que lo haga en forma y plazo razonables después de la resolución del contrato; en tal caso podrá exigir a la parte incumplidora la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento de cualquier otro daño adicional.»

[44] Este artículo establece un sistema de cálculo concreto y dispone que el perjudicado «podrá recurrir a la operación de reemplazo». Se contempla expresamente esta alternativa jurídica, junto con la alternativa implícita del ejercicio del cumplimiento específico y forzoso del contrato (remedio que, recuerdo, no regula la *Propuesta mercantil*).

H) *La no mención de la no exigencia del cumplimiento cuando ello va en contra de ciertos valores (imposibilidad ética)*

[45] En ocasiones, siendo posible el cumplimiento específico, exigirlo supondría ir contra ciertos valores sociales y ante ello se permite que el deudor pueda no cumplir. Así, el conocido ejemplo de la cantante que no quiere cantar la tarde en que ha de hacerlo, o los días que contrató, porque su hijo está gravemente enfermo<sup>154</sup>.

zación de un negocio de cobertura. En este sentido es tajante la doctrina alemana mayoritaria al afirmar que el deber de mitigar *ex* § 254.II.2 BGB, sólo excepcionalmente obliga a la cobertura, excepciones que, según las circunstancias especiales, se producirán cuando la sustitución pueda realizarse sin dificultad y el objeto del contrato sean bienes o servicios sumamente fungibles cuya adquisición pueda minorar de forma importante la pérdida, o bien cuando el acreedor del resarcimiento realice con frecuencia dada su profesión o ámbito de negocio contratos de este tipo. En todo caso, no será exigible la cobertura cuando subsista la pretensión de cumplimiento» [SOLER PRESAS, *ADC* (1995) pp. 965-966]. Para el artículo 77 CISG: SOLER PRESAS, «Artículo 77 CISG» (1998) pp. 623-624. *Vid.* SOLER PRESAS (1998) pp. 65-68.

<sup>154</sup> CARRASCO PERERA: «No todo suceso liberador o inculpador del deudor es referible al hecho exoneratorio del artículo 1105 CC. Además de las previsiones legales específicas que pueda existir para una clase determinada de relación contractual, hay supuestos distintos del caso fortuito. (i) (...). (iv) Cuando el deudor sea una persona física puede ocurrir que *por circunstancias sobrevenidas* no buscadas por el deudor el deber de cumplimiento devenga *inexigible*, por poner en peligro o impedir satisfacer intereses subjetivos superiores de la persona, bienes de la personalidad, derechos fundamentales de realización personal o, simplemente, sentimientos que la conciencia social no tolerarían que fueran sacrificados al cumplimiento de una obligación de contenido patrimonial. Todas estas causas, no taxativamente precisadas, pueden referirse a un concepto *civil* de *estado de necesidad*, y dependerá de las circunstancias de cada caso si la ponderación de intereses en juego debe conducir a una calificación de *inexigibilidad* de la conducta debida y si esa liberación ha de tener lugar sin pagar una prima de exoneración» [(2010) núm. 14, pp. 982-983].

La *Propuesta civil* no regula de modo expreso estos casos y sería oportuno que los contemplase.

### 2.3 La reparación, la rectificación o la sustitución como modalidades del cumplimiento: el artículo 1193 PC. La *Propuesta sobre compraventa*. La sustitución y los bienes de segunda mano

[46] En virtud del artículo 1193 PC:

*«El derecho del acreedor al cumplimiento comprende, con las mismas limitaciones establecidas en el artículo anterior, la reparación o rectificación de los defectos de la prestación ejecutada o su sustitución por otra conforme a lo pactado cuando la naturaleza de la prestación no lo impida».*

[47] Sobre este precepto:

a) Su función es explicitar, con carácter general, las posibles modalidades del remedio del cumplimiento. Tales modalidades son reparar, rectificar o sustituir la prestación ejecutada por otra conforme a lo pactado si la naturaleza de aquella no lo impide.

El Código civil no contiene una norma general similar a la del artículo 1193 PC, pero en la regulación específica de los contratos hay preceptos que disponen de alguna de las indicadas modalidades del cumplimiento (cfr. arts. 1554.2.º, 1558 CC). Esto no impide entender que el cumplimiento encierra, con carácter general, la reparación, la rectificación y la sustitución de la prestación ejecutada por otra conforme con el contrato, si bien el concreto tipo contractual determina la medida en que ello procede. Por su parte, el

---

Antes, para el incumplimiento definitivo, CARRASCO PERERA: «El deudor incumple definitivamente en las circunstancias siguientes. Primero (...). Segundo, cuando la obligación se hace sobrevenidamente imposible, antes o después del estado de mora. No importa si se trata de una imposibilidad objetiva o subjetiva, si la imposibilidad consiste en el derecho preferente e incompatible de un tercero, si se debe a dificultades financieras o si la prestación resulta *inexigible* a tenor de las circunstancias personales del deudor» (*op. cit.* p. 864); y en nota 4, p. 864: «Ejemplo de escuela: la cantante que tiene contratada una actuación el día que su hijo menor cae gravemente enfermo».

Para el Derecho alemán, EBERS: «El § 275.3 BGB (*supra* nota 65) se complementa todavía con el derecho que tiene el deudor a rechazar el cumplimiento en casos en que entra en juego una ponderación de las dificultades que éste entraña. El ejemplo típico es el de la cantante que no quiere salir a escena porque su hijo está en casa gravemente enfermo. También cae bajo la órbita del § 275.3 BGB el caso del trabajador que se niega a trabajar, porque es llamado a filas en Turquía y sabe que si no acude será sancionado con la pena de muerte. En estos supuestos de desproporción o “imposibilidad ética” el nuevo § 275.3 BGB concede al deudor un derecho a negarse a cumplir la prestación» [(2006) p. 50; *vid. ZIMMERMANN, «Los medios de tutela»* (2005, 2008 de la trad.) pp. 52-53; MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON (2006) p. 418].

Tribunal Supremo ha tenido ocasión de referirse a la reparación de la cosa<sup>155</sup>. Considero oportuno el artículo 1193 PC<sup>156</sup>.

b) El artículo 1193 PC especifica que a las modalidades del cumplimiento se les aplican las «limitaciones» del artículo 1192 PC, por lo que remite a los apartados 1.º a 4.º del artículo 1192.II PC. Es precisión lógica y adecuada y no requiere mayor comentario.

[i] Artículo 7.2.3 Principios UNIDROIT:

«(Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa)

El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa. Lo dispuesto en los artículos 7.2.1 y 7.2.2 se aplicarán según proceda».

a) En el Comentario 2 del artículo 7.2.3 se precisa que además de la reparación y de la sustitución de la prestación defectuosa, hay otras posibles formas de subsanar aquélla «como la de obtener la remoción de los derechos de un tercero que afectan a las mercaderías, o la obtención de una autorización administrativa»<sup>157</sup>.

[ii] Con base en el apartado (1) del artículo 9:102 (*supra* [12] [iii]), en el *Comment C* se indica que el cumplimiento conforme con el contrato puede obtenerse por vías distintas: mediante la reparación, la entrega de aquellas partes que falten por entregar, o la sustitución. El derecho a exigir el cumplimiento conforme con el contrato tiene las mismas limitaciones que el cumplimiento en general [art. 9:102 (2) y (3) PECL]. Cfr. artículo III.-3:302 (1) y (2) DCFR<sup>158</sup>.

[48] *Propuesta sobre compraventa.*—El artículo 1483.I PCV ordena:

«El derecho al cumplimiento permite al comprador elegir entre que el vendedor subsane la falta de conformidad de la cosa o que entregue otra conforme con el contrato.»

[49] A propósito del artículo 1483.I PCV:

a) Su terminología (subsanan, entregar otra cosa) no coincide con la del artículo 1193 PC (reparar, rectificar, sustituir). En la EM de la *Propuesta sobre compraventa* se comprueba que subsanar es reparar, y entrega de otra cosa es sustituir<sup>159</sup>. Es conveniente el empleo de las mismas palabras para referirse a lo mismo.

<sup>155</sup> Vid. BECH SERRAT, *InDret* (1/2010) pp. 31-33; CARRASCO PERERA (2010) núm. 39, pp. 1081-1082.

<sup>156</sup> Vid. BECH SERRAT, *InDret* (1/2010) nota 134 en pp. 34-35.

<sup>157</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 223.

<sup>158</sup> LANDO/BEALE (2000) (ed.) p. 395. Vid. *Comment C* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 830].

<sup>159</sup> Núm. 18 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*: «En la compraventa, en caso de falta de conformidad, la pretensión de cumplimiento puede quedar satisfecha mediante la

b) El artículo 1483.I PCV es importante novedad frente al Código civil<sup>160</sup>, en donde los problemas de utilidad de la cosa se encauzan, en la compraventa, a través del saneamiento por vicios ocultos. El saneamiento por vicios ocultos no ofrece al comprador el derecho a ejercitar el remedio del cumplimiento, sino que le ofrece las acciones edilicias (compraventa de cosa específica; arts. 1468, 1486.I CC). En cambio, en la compraventa del TRLGDCU no se aplica el saneamiento, sino el sistema de la falta de conformidad (art. 117 TRLGDCU)<sup>161</sup>, pudiendo el comprador-consumidor exigir la reparación del producto o su sustitución por otro conforme con el contrato<sup>162</sup>. Pero, el comprador-consumidor «no podrá exigir la sustitución en el caso de productos no fungibles, ni tampoco cuando se trate de productos de segunda mano» [art. 120.g) TRLGDCU]<sup>163</sup>.

La *Propuesta sobre compraventa* no dispone una norma como la del artículo 120.g) TRLGDCU y podría interpretarse que el comprador puede exigir la sustitución del bien de segunda mano no conforme, por otro que sea conforme (que se ajuste) a lo dispuesto en la regla contractual. Aunque el vendedor se haya comprometido a entregar ese bien de segunda mano, pudiendo entenderse que sólo cumple con él, hay casos en los que el bien de segunda mano es considerado contractualmente como bien fungible. En tales casos, puede admitirse que el comprador exija la sustitución del bien, si el vendedor puede llevarla a cabo de modo razonable. Lo que planteo es cuestión discutida<sup>164</sup>. El artículo 1483 PCV no exceptúa los bienes

---

reparación de la cosa o por medio de su sustitución por otra conforme. Ambas modalidades del cumplimiento son tenidas en cuenta en la nueva redacción del artículo 1483».

<sup>160</sup> Sobre la reparación y la sustitución cuando el vendedor entrega cosa no conforme con el contrato, *vid.* MORALES MORENO [«El derecho a la reparación o sustitución» (2006) pp. 189-202]. El autor redacta sus consideraciones a partir de la idea de la «correspondencia entre el deber de prestación, propio del derecho de crédito, y la pretensión de cumplimiento. La pretensión de cumplimiento correspondiente al acreedor puede ser considerada como la otra cara de la moneda» (*op. cit.* p. 191). Destaca y desvuelve cómo la falta de conformidad de la CISG y de la Directiva 1999/44 «están rompiendo, en cierta medida, la exacta correspondencia entre pretensión de cumplimiento del acreedor y deber de prestación del deudor. La reparación y sustitución traspasan los límites estrictos del deber de prestación del deudor» (*op. cit.* p. 191).

<sup>161</sup> FENOY PICÓN (2006) [5] y ss., pp. 32 y ss.; TORRELLES TORREA, «Artículo 117 TRLGDCU» (2011) pp. 1081-1082.

<sup>162</sup> En la CISG, en virtud del artículo 46 CISG: «1. (...) / 2. Si las mercancías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato (...) / 3. Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. (...)».

<sup>163</sup> Cfr. Considerando (16) de la Directiva 1999/44.

<sup>164</sup> Informa sobre esta cuestión para la regulación de los vicios materiales en la compraventa del BGB, MORALES MORENO, «El derecho a la reparación o sustitución» (2006) pp. 199-202; BECH SERRAT, *InDret* (1/2010) pp. 29-30. Para el Derecho español, FENOY PICÓN (2006) [20]-[22] pp. 56-70, en particular [22] y (2005) p. 544; plantea la necesidad de

de segunda mano de su ámbito de aplicación. Pero el artículo 1193 PC, al que no parece desplazar el artículo 1483 PC, dispone la sustitución «cuando la naturaleza de la obligación no lo impida». La naturaleza de la obligación determinará si en la concreta compraventa del bien de segunda mano procede o no que el comprador pueda exigir la sustitución del bien por otro conforme con el contrato<sup>165</sup>.

#### 2.4 El cambio de remedio, una vez ejercitado el del cumplimiento de la obligación no dineraria y no obtenido oportunamente: el artículo 1194 PC

[50] El artículo 1194 PC dispone:

*«El acreedor que hubiese pretendido el cumplimiento de una obligación no dineraria y no hubiere obtenido oportunamente la satisfacción de su derecho podrá desistir de su pretensión y ejercitar las restantes acciones que la ley le reconozca.»*

[51] Sobre el artículo 1194 PC:

- a) Se refiere de modo expreso a la obligación no dineraria<sup>166</sup>.
- b) Abarca distintos supuestos bajo el presupuesto de que el acreedor no obtenga la oportuna satisfacción de su derecho tras el ejercicio del cumplimiento. Por ejemplo, el acreedor obtuvo sentencia en la que se condenaba al deudor al cumplimiento en cierto plazo y éste no cumple; o en la sentencia no se estableció plazo determinado para el cumplimiento y el deudor no cumple en uno razonable. La norma del artículo 1194 PC puede aplicarse al ejercicio extrajudicial del cumplimiento (cumpliéndose unos parámetros razonables).

Si elegido el camino del cumplimiento y no obteniendo oportuna satisfacción, se impusiere al acreedor continuar en dicho camino, no se le permitiría solucionar de modo adecuado su problema del

---

revisar el aspecto de la sustitución en la compraventa de cosa específica o de segunda mano en el Derecho español, BECH SERRAT [(1/2010) pp. 35-36, *vid.* además la nota que sigue a ésta]; *vid.* TORRELLES TORREA, «Artículo 120 TRLGDCU» (2011) pp. 1104-1105.

<sup>165</sup> Recordando para la compraventa de consumo, los artículos 6 de la Ley 23/2003 y 120.g) TRLGDCU, a propósito de la exclusión de la sustitución en los productos no fungibles y de segunda mano, BECH SERRAT alude a la última frase del artículo 1193 PC («cuando la naturaleza de la obligación no lo impida»), expresión a la que califica de «un tanto ambiguamente» [*InDret* (1/2010) p. 36].

<sup>166</sup> CLEMENTE MEORO indica, que del artículo 1194 PC parece que no hay *ius variandi* para la obligación dineraria: elegido el cumplimiento no puede después optarse por la resolución. A su entender tal afirmación ha de matizarse. Según el artículo 1200.I PC, ante el incumplimiento del retraso, el acreedor puede fijar al deudor un plazo razonable para cumplir y si el deudor no cumple, el acreedor podrá resolver, siendo esto aplicable a la obligación dineraria. Lo que el acreedor de la obligación dineraria no puede hacer, señala este autor, «es exigir el cumplimiento sin conceder un plazo razonable y luego optar por la resolución»; los dos retrasos en el cumplimiento es lo que permite al acreedor cambiar de remedio y optar por la resolución [(2011) p. 7].

incumplimiento del deudor. En cambio, sí contará con adecuada solución, si se le permite cambiar de remedio (*ius variandi*). Así lo dispone el artículo 1194 PC. Desistiendo del cumplimiento, el acreedor evita que la solución del incumplimiento se alargue en el tiempo y posiblemente evite gastos. Por ejemplo, desiste del cumplimiento y ejercita la resolución de la relación contractual [cfr. además art. 1200.I PC; para el cumplimiento y cláusula penal: *infra* [53] d)].

[i] Artículo 7.2.5 Principios UNIDROIT:

«(Cambio de remedio)

(1) La parte perjudicada que ha reclamado el cumplimiento de una obligación no dineraria y no lo ha obtenido dentro del plazo fijado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable, podrá recurrir a cualquier otro remedio.

(2) En caso de no ser factible la ejecución de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligación no dineraria, la parte perjudicada podrá recurrir a cualquier otro remedio».

a) En el Comentario 2 del artículo se indica que el acreedor cambia quizás de parecer porque, antes de la ejecución de la sentencia, ha descubierto la incapacidad del otro para cumplir<sup>167</sup>.

c) El artículo 1194 PC ordena que el acreedor puede ejercitar «las restantes acciones [*sic*] que la ley le reconoce». Es norma de remisión al resto del ordenamiento. En relación con la *Propuesta civil*, los restantes remedios son la reducción del precio, la resolución de la relación contractual y la indemnización de daños (art. 1190 PC). También considero incluido el derecho a suspender el cumplimiento de la propia prestación mientras la otra parte no cumpla (art. 1191 PM). Pero, la expresión de las restantes acciones me plantea la siguiente cuestión.

El remedio del cumplimiento abarca la reparación, la rectificación o la sustitución de la prestación ejecutada por otra conforme a lo pactado (art. 1193 PC). La cuestión es si, ejercitada una modalidad de cumplimiento y no habiendo el acreedor obtenido oportunamente su satisfacción, puede desistir de ella y ejercitar la otra modalidad de cumplimiento, o, si el ejercicio de una determinada modalidad de cumplimiento agota, cumpliéndose los requisitos

<sup>167</sup> Principios UNIDROIT (2004) pp. 226-227. En el Comentario 2 también se destaca que el cambio de remedio se permite, si los intereses del incumplidor se encuentran protegidos (podría haber preparado el cumplimiento, haber incurrido en gastos), de ahí que tal cambio sólo pueda realizarse si el acreedor no recibe la prestación en el plazo que se le indica u en otro razonable (*op. cit.* p. 226). En relación con el apartado (2), en el Comentario 3 se señala que se refiere al supuesto en que se ha intentado ejecutar la sentencia o laudo que impone el cumplimiento: «[e]n este caso, es obvio que la parte perjudicada puede recurrir inmediatamente a otros remedios» (*op. cit.* p. 227).

del artículo 1193 PC, las otras modalidades de cumplimiento. El artículo 1194 PC emplea la expresión de las «restantes acciones» y parece que ello puede interpretarse de conformidad con la alternativa expuesta en segundo lugar. Sin embargo, creo que es solución más adecuada la primera alternativa, aunque no creo que se dé frecuentemente en la realidad<sup>168</sup>. Distinta es la cuestión de cuantas veces el acreedor puede insistir en exigir del deudor el cumplimiento de la obligación.

d) En el Código civil, el precepto más próximo al artículo 1194 PC es el artículo 1124.II, segunda regla, según el cual, el perjudicado «[t]ambién podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible». El artículo 1124.II CC dispone la posibilidad de cambiar del cumplimiento a la resolución para el único caso en que el cumplimiento sea imposible. En vez de proceder a una interpretación estricta sobre lo que es imposible en el artículo 1124 CC, puede realizarse otra más laxa, entendiendo que incluye los casos en los que habiendo el acreedor ejercitado el cumplimiento, no ha obtenido oportuna satisfacción de su interés en plazo razonable<sup>169</sup>.

En mi opinión es correcto y adecuado disponer del artículo 1194 PC<sup>170</sup>.

## 2.5 El cumplimiento de la obligación (de hacer) de emitir una declaración de voluntad: el artículo 1195 PC. Su relación con el artículo 1149.I PC

[52] Según el artículo 1195 PC:

*«Si la obligación consistiera en emitir una declaración de voluntad, podrá el acreedor exigir la realización de su derecho conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero si se hubiese pactado una pena para el caso de incumplimiento sólo podrá exigirse la efectividad de ésta, salvo pacto en contrario.»*

<sup>168</sup> En la falta de conformidad del TRLGDCU, si la modalidad de cumplimiento que el consumidor ejercitó no tuvo éxito, puede optar por ejercitar la otra modalidad de cumplimiento o la reducción del precio o la resolución [art. 120 d) y f) TRLGDCU]. Ahora bien, mientras el artículo 1194 PC requiere que el deudor no cumpla, en el TRLGDCU, el vendedor ha llevado a cabo una efectiva actividad de cumplimiento sin éxito.

<sup>169</sup> Vid. CARRASCO PERERA (2010) núm. 40, pp. 1147-1148; SAN MIGUEL PRADERA, «Artículo 1124 CC», § 4 (2010) p. 1250; DE PABLO CONTRERAS (2008) § 74 pp. 221, 224; vid. la conocida STS, 1.ª 18 de mayo de 1993 (Pte. José Almagro Nosete, FD 5.º; El Derecho EDJ 1993/4675).

<sup>170</sup> SAN MIGUEL PRADERA considera: «Sólo cabe hacer una objeción a la Propuesta y tiene que ver con la ubicación del *ius variandi*. El artículo 1194 PMDOC está colocado entre los preceptos que se ocupan de la regulación del remedio del cumplimiento. Quizá hubiera sido más oportuno ubicarlo en el apartado de disposiciones generales puesto que afecta a todos los remedios al permitir al acreedor optar por cualquiera de los inicialmente previstos» [(2011) apartado II, 2.2].

[53] Sobre el artículo 1195 PC, novedad normativa frente al Código civil:

a) Se aplica a la obligación de hacer consistente en emitir una declaración de voluntad, distinguiéndose dos supuestos en función de si se pactó, o no, una «pena» para el caso de su incumplimiento.

b) Si no se pactó «pena», el artículo 1195 primera proposición PC se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. art. 708 LEC<sup>171</sup>). Se atrae a la *Propuesta civil* la normativa procesal.

c) Si se pactó una «pena» para el caso de incumplimiento de la obligación de emitir una declaración de voluntad (art. 1195 segunda proposición PC), el acreedor sólo puede exigir aquella y no el cumplimiento forzoso de la obligación. La norma es dispositiva («salvo pacto en contrario»).

d) Desglosado el artículo 1195 PC, voy a analizarlo en el contexto de la *Propuesta civil*. Por ello voy a referirme al artículo 1147.I PC, ubicado en la regulación «De la cláusula penal» (arts. 1146 a 1152 PC).

d.1) El artículo 1149.I PC dispone:

*«El ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica impide al acreedor reclamar la indemnización convenida de los daños y la pena convencional, salvo que éstas hubiesen sido estipuladas para el caso de retraso o que el cumplimiento en forma específica resulte imposible.»*

d.2) El artículo 1149.I PC se aplica a la «indemnización convenida» y a la «pena convencional»<sup>172</sup>, terminología diferente de la

<sup>171</sup> Sobre el artículo 708 LEC, señala GARCÍA RUBIO: «Creo preferible considerar que el artículo 708.1 de la LECiv contempla en general el incumplimiento del precontrato, tanto bilateral o sinalagmático, como unilateral, así como todas aquellas situaciones de incumplimiento de negocios autónomos realizados en una determinada fase del *iter* negocial y que tienen como objeto principal la celebración de un segundo negocio» [(2003) p. 1887; *vid.* p. 1882]. Considera que en los supuestos de los artículos 708.1 y 708.2.I LEC la actividad del tribunal no es de ejecución, sino de sustitución: «En los dos supuestos [art. 708, 1 y 2, LEC] estimo que la ejecución forzosa de la obligación no consiste en que la resolución judicial produzca la emisión de una declaración de voluntad, sino el tener por emitida ésta. Por lo tanto, genuinamente la actividad del tribunal no constituye una actividad de ejecución, sino de sustitución de la voluntad renuente del precontratante incumplidor. La resolución a la que se hace alusión en estos dos primeros números del artículo 708 de la LECiv es pues constitutiva, no de condena, y ello a pesar de la remisión que el propio precepto hace al artículo 548 y, por lo tanto, a la “resolución de condena”. Pero es que, en realidad, la decisión judicial no se limita a suplir la declaración de voluntad del cumplidor, sino genuinamente sustituye al propio contrato principal que no llegó a celebrarse o al menos no lo hizo entre las partes que lo proyectaron en el contrato promesa anterior. (...)/ Desde esta perspectiva y en atención a la mentada naturaleza constitutiva del acto judicial, la ubicación sistemática de ambos párrafos del artículo 708 de la LECiv sería incorrecta» (*op. cit.* pp. 1887-1889). *Vid.* MORALES MORENO, «Pretensión de cumplimiento» (2006) p. 84; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (2001) pp. 430-433.

<sup>172</sup> En su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual, PANTALEÓN PRIETO: «[r]especto de los *pactos de agravación de la responsabilidad*, el problema más interesante

que se emplea en el Código civil (arts. 1152 a 1155<sup>173</sup>). Marín García critica el empleo de esas dos expresiones, pues lo considera «extraña en nuestro Derecho (...), sin ningún motivo aparente, puesto que el término jurídico al uso en Derecho español es “cláusula penal”, con independencia de que no haya agravación de la responsabilidad por incumplimiento del deudor»<sup>174</sup>. Por su parte, Arana de la Fuente ha precisado que la *Propuesta civil* no «crea en rigor nuevos tipos de cláusula penal»<sup>175</sup>; mantiene la categoría genérica de «cláusula penal», estableciendo la denominación «legal» de dos tipos de cláusulas<sup>176</sup>. «La Propuesta denomina “indemnización convenida” a la pena sustitutoria o liquidatoria; y “pena convenida”, a la cumulativa o pena *stricto sensu*»<sup>177</sup>. Uno y

es si convendría distinguir y regular separadamente en el Código Civil las «cláusulas de liquidación del daño» y las «cláusulas penales en sentido estricto» [ADC (1993) pp. 1743-1744].

<sup>173</sup> LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA: «Las modalidades de cláusula pueden ser infinitas: se puede pactar que se pagará mucho, o poco; que se abonará una cantidad en lugar de los perjuicios causados por el incumplimiento, o además de tales perjuicios, incluyendo o no el valor de la prestación convenida que no se efectuó...Cualesquiera modalidad son, en principio, lícitas, y pueden pactarse con eficacia al amparo del principio de libertad contractual, mientras el pacto no vulnere los amplios límites puestos a ella por el Cc» [LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA, *Elementos II-1.º*, 2.ª ed. (1985) p. 368; *vid. además* RODRÍGUEZ TAPIA, ADC (1993) pp. 537-542.]. MANRESA y NAVARRO (en 1901): «Teniendo ésta [la pena] siempre un mismo fundamento para poder ser exigida, el incumplimiento de la obligación principal, puede tener dos aspectos y fines distintos: ya limitada su condición estricta de pena que castiga la infracción cometida, ya como medio de reparar los perjuicios que ésta supone. En el primer caso, la pena no resuelve el problema de la indemnización, que deja intacto; en el segundo, *por regla general*, lo soluciona, significando entonces un cálculo aventurado, pero legítimo, dada la libertad que la ley concede a los contratantes, de los perjuicios que el incumplimiento de la obligación supondrá, y un medio de evitar las dificultades de prueba y aun de éxito, que según se expuso en su lugar, supone para toda demanda de daños y perjuicios la actitud de los tribunales. Por esto es indudable que para la procedencia del pago de la pena basta el incumplimiento de la obligación principal, y esto no sólo cuando conserva aquélla su carácter estricto de sanción (que entonces es evidente), sino también cuanto tiene el de medio reparatorio de daños y perjuicios, cuya cuantía no será necesario pruebe el actor, porque de antemano está fijada, y cuya existencia tampoco tiene que probar, porque tales discusiones y dificultades son las que precisamente se han tratado de evitar estipulando la pena. Entendidos sus efectos con este criterio (que es el expresamente declarado en el art. 656 del código argentino), resulta que la cláusula penal viene a constituir en la práctica una excepción a las reglas generales de indemnización de daños y perjuicios» [«Artículos 1152 y 1153 CC» (1901) tomo VIII p. 224]. ESPÍN ALBA destaca que se trata de una figura unitaria que puede cumplir distintas finalidades (liquidatoria/compulsoria), afirmando: «Desde nuestro punto de vista, lo más correcto sería una reformulación del texto legal [CC], que partiendo de la problemática jurisprudencial diera cobijo a las dos figuras, cláusula penal en sentido estricto y cláusula de indemnización sin más. Sin embargo, conocemos las dificultades técnicas y de política legislativa para llevar a cabo una reforma de estas características. (...). Tal vez fuese conveniente empezar a reformular la tesis unitaria respecto de la naturaleza de la cláusula penal» [(1997) pp. 57-58, *vid. desde* la p. 55].

<sup>174</sup> MARÍN GARCÍA, *InDret* (2/2009) p. 9; *vid. también* pp. 12, 13.

<sup>175</sup> ARANA DE LA FUENTE, *InDret* (4/2010) p. 5.

<sup>176</sup> ARANA DE LA FUENTE, *InDret* (4/2010) p. 6.

<sup>177</sup> ARANA DE LA FUENTE, *InDret* (4/2010) p. 6. La autora indica que tales denominaciones coinciden con el artículo 1 de la Resolución (78) 3, de 20 de enero de 1978, relativa a las cláusulas penales en Derecho civil, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

otro tipo de cláusula penal cuentan con algún efecto diferente (cfr. por ejemplo arts. 1148, 1149.II PC<sup>178</sup>).

d.3) El artículo 1149.I PC dispone una regla y sus excepciones. Es regla, que si el acreedor opta por ejercitar el cumplimiento en forma específica, no puede exigir la indemnización convenida o la pena convencional. Esta expresa regla supone otra regla implícita: que el acreedor puede elegir entre exigir el cumplimiento forzoso, o la indemnización convenida o la pena convencional (carácter alternativo)<sup>179</sup>. Es excepción a la regla, que la indemnización convenida o la pena convencional se hayan pactado para el incumplimiento del retraso: en tal caso, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación, más la indemnización convenida o la pena convencional. Otra excepción es que el cumplimiento sea imposible: el acreedor podrá exigir la indemnización convenida o la pena convencional. Este artículo 1149.I PC ha sido objeto de valoración por los antes citados autores, Marín García y Arana de la Fuente.

Según Marín García, la compatibilidad entre pena moratoria y cumplimiento en forma específica es «[a]claración poco acertada, porque permite conjeturar que la mencionada acción [la de cumplimiento en forma específica] no es compatible con la reclamación de penas que cubran partidas indemnizatorias dis-

---

<sup>178</sup> a) Artículo 1148 PC: «El acreedor sólo podrá exigir la indemnización previamente convenida cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso o retardado sea imputable al deudor./ La aplicación de las penas convencionales requerirá la culpa del deudor» [vid. MARÍN GARCÍA, *InDret* (2/2009) pp. 6-7; ARANA DE LA FUENTE, *InDret* (4/2010) pp. 6-7]; b) Artículo 1149.II PC: «Si el acreedor obtiene la resolución por incumplimiento, tendrá derecho a las indemnizaciones para el supuesto de aquella pactadas y a las penas convencionales pactadas para el cumplimiento retrasado»; ARANA DE LA FUENTE: «En caso de incumplimiento del deudor, si el acreedor optare por la resolución del contrato, el art. 1149-2.º de la Propuesta prevé un distinto régimen para cada tipo de cláusula penal: la «indemnización convencional» (pena sustitutiva) es compatible con la resolución del contrato, sin restricciones; la «pena convencional» (pena acumulativa) no es compatible con la resolución, salvo que se trate de una pena moratoria» [*InDret* (4/2010) p. 7, vid. hasta p. 8].

<sup>179</sup> Para la normativa del Código civil, señalan la posibilidad de optar, por ejemplo: LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA, *Elementos II-1.º*, 2.ª ed. (1985) pp. 379-380; CABANILLAS SÁNCHEZ, «Artículo 1153 CC» (1993) 2.ª ed., tomo II, pp. 159-160; MANRESA y NAVARRO, «Artículos 1152 y 1153 CC» (1901) tomo VIII p. 226; SCÆVOLA «Artículos 1153, 1154 y 1155 CC» (1902) tomo XIX pp. 836-837. A excepción de Scævola, dichos autores se refieren a los aspectos en que, ejercitada la opción, no cabe la retractación; a la posibilidad de cambiar en el supuesto de que el cumplimiento resulte imposible; y a la posibilidad de reclamar cumplimiento y pena moratoria. Vid. artículos 1153 segunda regla CC, 56 CCO.

El artículo 1081 PCC 1851 disponía: «El acreedor puede reclamar á su eleccion el cumplimiento de la obligación ó el de la pena estipulada contra el deudor moroso. Unicamente podrá reclamar las dos cosas si asi se hubiere pactado; en cuyo caso podrán los tribunales moderar la pena si fuere excesiva./ La cláusula penal es la compensacion de los daños é intereses causados por la falta de cumplimiento de la obligación; pero en las obligaciones de cantidad determinada queda sujeta á la limitacion del artículo 1650». Vid. P. 5.11.34.

tintas a la mora y que serían igualmente exigibles a causa del incumplimiento». «Asimismo, el 1149.I de la Propuesta establece que la pretensión del acreedor dirigida a la pena se pierde ante el solo hecho de exigir la prestación principal. Regla opuesta a la que había sostenido la doctrina frente al silencio del CC: tras el incumplimiento, el acreedor podía optar por la pena hasta la realización de la prestación principal (...). Así, de conformidad con el 1149.I, el acreedor que reclama la prestación principal sólo podrá exigir la pena ante la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, situación altamente improbable si dicha imposibilidad se debe a razones objetivas (imposibilidad sobrevenida no imputable)»<sup>180</sup>.

Arana de la Fuente, quien destaca que el artículo 1149.I PC no diferencia entre «indemnización» convenida y «pena» convenida<sup>181</sup>, entiende que el precepto impide acumular cumplimiento específico y cláusula penal (perspectiva de Derecho sustantivo), modificando el artículo 1153 CC «que permite el pacto en tal sentido como modalidad de pena cumulativa»<sup>182</sup>. «Parece perfectamente justificado que la Propuesta prohíba acumular cumplimiento específico y cláusula penal, pues ambos remedios no son acumulables. En efecto, la pena sólo opera cuando se produzca el incumplimiento previsto por las partes que, por definición, no será total y definitivo cuando el acreedor pueda pedir conjuntamente el cumplimiento específico de la prestación principal y el pago de la pena. Por tanto, la facultad de acumular cumplimiento específico y pena debe entenderse referida a supuestos de penas previstas para el cumplimiento defectuoso o retrasado, respecto del cual la doble exigencia de cumplimiento exacto y pena convencional no plantea problemas. En este sentido, conviene hacer una precisión: la redacción del artículo 1149-1º de la Propuesta, al compatibilizar de manera expresa el ejercicio de la acción de cumplimiento con la pena moratoria, pero no con penas pactadas para otro tipo de cumplimiento defectuoso, es poco acertada, pues la mencionada acción es también compatible con las penas que cubran partidas indemnizatorias distintas de la mora»<sup>183</sup>.

<sup>180</sup> MARÍN GARCÍA, *InDret* (2/2009) p. 8.

<sup>181</sup> ARANA DE LA FUENTE, *InDret* (4/2010) p. 8.

<sup>182</sup> ARANA DE LA FUENTE, *InDret* (4/2010) p. 8.

<sup>183</sup> ARANA DE LA FUENTE, *InDret* (4/2010) pp. 8-9. La autora plantea la cuestión de si el artículo 1149.I PC impide al acreedor, que ha ejercitado de modo principal el cumplimiento específico, ejercitar subsidiariamente la cláusula penal para el supuesto en que el cumplimiento resulte imposible, o en que el deudor no cumpla en tiempo y forma razonable: «Creo que no lo impediría, porque el hecho de que cumplimiento y pena no sean remedios compatibles, no priva al acreedor del derecho a reclamar la efectividad de la cláusula penal si la solicitud de cumplimiento no es atendida debidamente. De este modo,

d.5) Expuesto el artículo 1149.I PC, cotejándolo con el artículo 1195 segunda proposición PC, se constata que el segundo es regla especial frente al primero. El artículo 1195 segunda proposición PC prescribe para la obligación de emitir una declaración de voluntad que, pactada una «pena» para la hipótesis de su incumplimiento, el acreedor *sólo* puede exigir la «pena» y no el cumplimiento forzoso, salvo pacto en contrario. El acreedor no puede optar por exigir el cumplimiento forzoso o la pena (regla general implícita en el art. 1149.I PC) salvo, como he indicado, pacto en contrario<sup>184</sup>.

## 2.6 El *commodum repraesentationis* cuando la obligación de dar cosa determinada es de imposible cumplimiento: el artículo 1196 PC

[54] En virtud del artículo 1196 PC:

*«Si resultare imposible la obligación de dar cosa determinada, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de esta. Si las ejercitare, de la indemnización de daños y perjuicios que le pueda corresponder se deducirá el valor de lo percibido.»*

[55] Sobre el artículo 1196 PC:

a) Ha de relacionársele con el artículo 1186 CC<sup>185</sup>, si bien entre ambos artículos media la importante y siguiente diferencia. El artículo 1186 CC requiere una pérdida de la cosa no imputable

---

además, la regla del art. 1149.1º resulta compatible con lo dispuesto en los arts. 1190, 1194 y 1205 de la Propuesta» (*op. cit.* p. 9).

<sup>184</sup> En relación con el Derecho positivo, GARCÍA RUBIO: «(...) la voluntad de las partes excluyendo *a priori* la ejecución específica del precontrato puede manifestarse tanto de forma expresa, como tácita. Cuando dicha voluntad es expresa la licitud o ilicitud de las cláusulas del precontrato que pretenden excluir la acción de ejecución específica habrá de medirse según los criterios generales en materia de límites a la autonomía de la voluntad, (...). Pero, sin duda, algunos de los problemas más interesantes y conflictivos del contenido del contrato preliminar pueden suscitarse precisamente a la hora de deducir de determinadas cláusulas del mismo la existencia de una voluntad tácita de excluir su ejecución específica. Lo que es lo mismo, que las partes –en caso de incumplimiento de la promesa– no desean la sustitución de la voluntad indócil por la decisión de la autoridad judicial. Cabe plantear aquí, por ejemplo, si una inclusión de arras penitenciales (art. 1454 del CC) o penas convencionales (art. 1152 del CC) sustitutivas de la indemnización por incumplimiento de una promesa de venta implican o no la eliminación de la ejecución específica prevista en la LECiv al modo que se presume, por ejemplo, en el Derecho portugués. Personalmente creo que en general la respuesta ha de ser afirmativa, tanto en el caso de que el precontrato se acompañe de arras penitenciales, como si se le inserta una cláusula penal del tipo descrito» [(2003) pp. 1890-1891].

<sup>185</sup> No contienen precepto semejante al artículo 1196 PC: la CISG, los Principios UNIDROIT y los PECL; cfr. § 285 BGB; *vid.* SALVADOR CODERCH, «Artículo 79 CISG» (1998) p. 653.

al deudor (cfr. arts. 1182, 1105 CC) y dispone que el acreedor puede obtener el *commodum ex re*. El fundamento del artículo 1186 CC es evitar un enriquecimiento sin causa del deudor frente al acreedor<sup>186</sup>. Para aplicar el artículo 1196 PC basta con que el cumplimiento de la obligación de dar cosa determinada sea imposible (jurídica o físicamente: art. 1192.II.1.º PC). En consecuencia, el artículo 1196 PC se aplica:

a.1) Al supuesto de la imposibilidad de cumplir la obligación de dar cosa determinada que sea incumplimiento excusable a efectos del remedio indemnizatorio (cfr. art. 1209.I PC). En este caso, al acreedor le corresponde el subrogado de la cosa (art. 1196 primera regla PC) y no puede exigir del deudor la indemnización de los daños.

a.2) Al supuesto de la imposibilidad de cumplir la obligación de dar cosa determinada que constituye incumplimiento inexcusable a efectos del remedio indemnizatorio (art. 1209.I PC). Por ejemplo, el vendedor no entrega la cosa al comprador porque la vendió a un tercero, cuya adquisición protege el Derecho. En este otro caso, si el acreedor exige del deudor que le indemnice los daños por incumplimiento, de la indemnización ha de deducirse el valor de lo que el acreedor hubiere percibido por las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de la imposibilidad (art. 1196 segunda regla PC). Se evita así que el acreedor pueda obtener por vía indemnizatoria, lo que obtiene con base en el artículo 1196 primera regla PC.

El artículo 1196 segunda regla PC permite al acreedor obtener el *commodum ex negotiatione*. Conviene recordar que Pantaleón ha defendido la aplicación del artículo 1186 CC al *commodum ex negotiane*<sup>187</sup>: «[I]o que significa, en esencia, que si el deudor enaje-

<sup>186</sup> Que tendría lugar si el deudor ve extinguida su obligación por ley y retiene el valor que resulte de las acciones por razón de la cosa. Destacan la inaplicación del artículo 1186 CC por el Tribunal Supremo: SAN MIGUEL PRADERA (2004) nota 252 en pp. 151-152, con apoyo en Castilla Barea; Máximo Juan PÉREZ GARCÍA (2005) nota 137, p. 98. Información sobre el fundamento del artículo 1186 CC: SAN MIGUEL PRADERA (2004) nota 259 en p. 154; Máximo Juan PÉREZ GARCÍA (2005) pp. 100-101 y notas 141 a 143 y pp. 105-106. PANTALEÓN PRIETO relaciona el artículo 1186 CC con el artículo 1095 CC [ADC (1993) pp. 1736-1737].

<sup>187</sup> PANTALEÓN PRIETO: «Y no me cabe duda de que también en caso de que la imposibilidad sobrevinida de la prestación de entregar cosa determinada sea imputable al deudor, podrá el acreedor que no haya optado por la resolución del contrato exigir al amparo del artículo 1186 CC, en vez de la indemnización del daño en la medida de su íntegro interés en el cumplimiento, el (en ocasiones, más valioso) *commodum representationis* (y si menos valioso, la cantidad, además, que falte para alcanzar aquella indemnización)» [ADC (1991) pp. 1021-1022, p. 1050; y «artículo 74 CISG» (1998) p. 580]. En su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual, señala lo deseable de otra redacción del artículo 1186 CC en la que se deje claro, entre otras cosas, que se incluye el *comodum ex re* (cfr. art. 1777 CC) y el *commodum ex negotiatione* (cfr. art. 1778 CC) [PANTALEÓN PRIETO, ADC (1993) p. 1737]. De distinta opinión es Luis Díez-PICAZO [ADC (2007)]:

na a un tercero la cosa debida, el acreedor podrá optar por exigir de aquél, de acuerdo con el mencionado precepto [1186 CC], la cesión de la pretensión a la contraprestación debida por el tercero, o la entrega de lo ya satisfecho por éste»<sup>188</sup>. Afirma que las palabras «por razón de ésta [de la cosa]» del artículo 1186 CC «no parecen argumento bastante para limitar el ámbito de aplicación del precepto al *commodum ex re*»<sup>189</sup>. La dicción del artículo 1196 PC no presenta los obstáculos que el artículo 1186 CC presenta para admitir su aplicación al *commodum ex negotiatinis*<sup>190</sup>.

b) A nivel doctrinal, se discute el significado del «corresponderán» del artículo 1186 CC (si implica una transmisión automática de las acciones, o una cesión obligatoria, o una legitimación *ex lege* y especial)<sup>191</sup>. El artículo 1196 primera regla PC reproduce el verbo y tiempo del artículo 1186 CC, por lo que parece que no se ha querido terciar en la discusión sobre el alcance del «corresponderán» del artículo 1186 CC. Tal disparidad de opiniones es trasladable, por ahora, a la interpretación del artículo 1196 PC.

c) El acreedor puede optar por ejercitar las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de la cosa («[s]i las ejercitare»: art. 1196 segunda regla PC), o ejercitar otro remedio derivado del incumplimiento del cual disponga. Por ejemplo, puede optar

---

«(...) es sumamente difícil extraer de la idea de la pertenencia del llamado *commodum* al acreedor cuando la obligación de dar cosa cierta y determinada se ha frustrado por la pérdida de la cosa debida o por la imposibilidad sobrevenida, la regla de que un criterio similar debe seguirse cuando el acreedor ha enajenado la cosa a un tercero y ha obtenido con ello un precio. Quizás habría que decir, abruptamente, que en el estado actual de nuestra legislación ello es imposible» (p. 1607; *vid.* hasta p. 1609; para el planteamiento del problema y tesis defendidas: pp. 1601-1603). *Vid.* SAN MIGUEL PRADERA (2004) [174] pp. 152-153 y nota 255; de interés las consideraciones de BARROS BOURIE (2009) núms. 8-16, pp. 32-59, y respuesta de GARCÍA RUBIO (2009) pp. 100-117.

<sup>188</sup> PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) p. 1022.

<sup>189</sup> PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) p. 1023.

<sup>190</sup> *Vid.* PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1737.

<sup>191</sup> Información: SAN MIGUEL PRADERA (2004) [178] pp. 157-160. El artículo 1163 PCC 1851 disponía: «El deudor de una cosa perdida sin culpa del mismo *está obligado á ceder* al acreedor cuantos derechos y acciones le asistieren para reclamar su indemnización». El artículo 1186 CC ha suscitado otras cuestiones interpretativas como: la de su aplicación más allá de la obligación de dar cosa determinada [SAN MIGUEL PRADERA (2004) nota 253 p. 152; Máximo Juan PÉREZ GARCÍA (2005) pp. 103-104]; su aplicación más allá de la obligación traslativa del dominio o de otros derechos reales [SAN MIGUEL PRADERA (2004) nota 254 en pp. 152-153]; cuál es el alcance de esas acciones por razón de la cosa [SAN MIGUEL PRADERA (2004) nota 260 pp. 154-155; PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) nota 8 en p. 1022]; si incluye el *commodum ex negotiatione* bajo el presupuesto de la aplicación extensiva del artículo 1186 CC [problema del que ya he dado cuenta; SAN MIGUEL PRADERA (2004) nota 260 pp. 155-156]; y si se aplica a las obligaciones sinalagmáticas [SAN MIGUEL PRADERA (2004) [175] p. 155 y nota 261 en p. 156]. *Vid.* la nota que sigue a esta.

Pensando en la reforma del artículo 1186 CC, PANTALEÓN PRIETO no es partidario de extender su aplicación a las obligaciones de hacer o no hacer (admitiendo que otra cosa es lo que pueda resultar de la interpretación integradora del contrato) [*ADC* (1993) p. 1737].

por resolver la relación contractual, en lugar de ejercitar el derecho que le confiere el artículo 1196 PC<sup>192</sup>.

#### IV. EL DERECHO DEL DEUDOR DE SUBSANAR SU INCUMPLIMIENTO

[56] Es obvio que no constituye un remedio del acreedor, por el incumplimiento del deudor. Mediante el ejercicio y ejecución del derecho del deudor a cumplir (a subsanar su incumplimiento) se logra satisfacer el interés del acreedor en obtener la prestación contratada (cumplimiento *in natura*). Esto justifica que lo analice tras el estudio del remedio del cumplimiento del acreedor (arts. 1192 a 1196 PC). El derecho de subsanar el incumplimiento permite la conservación del contrato.

La *Propuesta civil* no regula este derecho del deudor<sup>193</sup>. Las *Propuestas sobre compraventa* (art. 1492) y *mercantil* (art. 63.1 y 63.3) sí lo contemplan. Comienzo la exposición con la *Propuesta mercantil*.

[57] *Propuesta mercantil*.—El artículo 63 PM dispone:

«1. En los contratos mercantiles la parte que no haya cumplido su prestación en el plazo establecido, o lo haya hecho defectuosamente, siempre que ello no implique un incumplimiento esencial del contrato, podrá subsanar a su costa el incumplimiento si lo hace en plazo razonable.

2. (...).

3. En los dos supuestos anteriores la parte perjudicada por el incumplimiento podrá suspender el cumplimiento de su prestación mientras que la subsanación no se haga efectiva, y conservará el derecho a la indemnización de daños y perjuicios que la subsanación no pueda evitar.»

[58] Sobre el artículo 63, 1 y 3, PM:

a) Con la expresión «contratos mercantiles»<sup>194</sup> se delimita el ámbito de aplicación del artículo y se marca la diferencia con el

<sup>192</sup> PANTALEÓN PRIETO ADC (1993) p. 1737. SAN MIGUEL PRADERA defiende la aplicación del artículo 1186 CC a las obligaciones sinalagmáticas: «Ahora bien, a pesar de que nuestro ordenamiento no lo prevé expresamente, lo razonable es entender que queda abierta la posibilidad de una *reducción proporcional* de la contraprestación del acreedor según el valor del *commodum* (arg. ex arts. 1460.II, 1469, 1486.I, 1499 CC)» [(2004) [175] p. 156; también [176] p. 156]; *vid.* Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6.<sup>a</sup> ed. (2008) pp. 796-797.

<sup>193</sup> Tampoco lo hace el Código civil con carácter general. Puede reconocerse en el artículo 1504 CC: mientras el acreedor no resuelva la compraventa, el deudor puede subsanar su incumplimiento. *Vid.* CARRASCO PERERA (1989) núm. 12 en p. 739.

<sup>194</sup> Artículo 50 PM: «1. Son contratos mercantiles los celebrados por empresarios en el ejercicio de su actividad profesional, incluidos los realizados con los consumidores».

contrato civil. Sin embargo, tal indicación no es necesaria y sería conveniente su supresión, pues el artículo 63 PM se ubica en la Sección «Del incumplimiento de los contratos mercantiles»<sup>195</sup>.

b) El supuesto de hecho normativo se configura por distintos elementos. Ha de tratarse de una obligación vencida, exigible e incumplida; el incumplimiento puede consistir en que el deudor no realizó la prestación (por ejemplo, no entregó la cosa, no prestó el servicio) o realizó un cumplimiento defectuoso (por ejemplo, entrega de mercancía defectuosa, falta de conformidad); por último, el incumplimiento no ha de constituir un incumplimiento esencial (cfr. art. 64.1 PM *infra* [80] y [81]).

La exigencia de que el incumplimiento no sea esencial encierra cierta dificultad práctica y jurídica, pues un incumplimiento esencial en el que el deudor no dispone del derecho de subsanación (por ejemplo, la máquina no funciona en modo alguno) puede dejar de serlo si el deudor ejercita su derecho de subsanar el incumplimiento –por ejemplo, ofrece al acreedor su reparación y el tiempo que la misma requiere no incide en el interés contractual del acreedor de disponer de la máquina en funcionamiento–.

c) No se indica si el deudor ha de ejercitar su derecho de subsanar antes de que el acreedor ejercite su facultad de resolver la relación contractual, o si puede ejercitarlo incluso cuando el acreedor le notifica la resolución de la relación contractual (paralizándola). La no regulación de la relación entre este derecho y la resolución puede deberse a que aquél se aplica al incumplimiento no esencial, el cual no permite la resolución del vínculo contractual (cfr. art. 64.1 PM). Pero, como he indicado, un incumplimiento esencial puede dejar de serlo si el deudor ejercita su derecho a subsanar su incumplimiento.

d) La subsanación, que el deudor debe llevar a cabo en plazo razonable, implica la asunción de su coste. Son dos reglas razonables: la primera porque al acreedor se le impone un cumplimiento retrasado; la segunda, porque la causa de la subsanación es el incumplimiento del deudor.

e) Al acreedor, la subsanación ejercitada por el deudor, le permite suspender el cumplimiento de su propia prestación mientras la subsanación no se haga efectiva (*vid. infra* [74]). Además, conserva su derecho a ser indemnizado de los daños que la subsanación no haya logrado evitar (como mínimo el daño por el retraso en el cumplimiento).

---

<sup>195</sup> Sección 8.ª, título IV «Disposiciones generales sobre los contratos mercantiles», del Libro I del Código de comercio.

## [i] Artículo 7.1.4 Principios UNIDROIT:

## «(Subsanación del incumplimiento)

(1) La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando:

- (a) notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación;
- (b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias;
- (c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y
- (d) dicha subsanación se lleve a cabo sin demora.

(2) La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento.

(3) Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar.

(4) La parte perjudicada puede suspender su propia prestación mientras se encuentre pendiente de subsanación.

(5) A pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación».

*a)* En el Comentario 1 del artículo se señala que el precepto favorece la conservación del contrato, que refleja el principio de política jurídica de minimizar los daños (mitigar los daños) y el principio básico de buena fe y lealtad. Se le relaciona con los artículos 38 y 48 CISG<sup>196</sup>.

Sobre el requisito (b) del apartado (1) (Comentario 2) se precisa que «la subsanación no se ve impedida sólo porque el incumplimiento sea considerado esencial. Los factores a ser tenidos en cuenta para determinar lo apropiado de la subsanación incluye la determinación de si ésta puede resolver el problema y si la demora necesaria o probable que conlleve dicha subsanación no constituye en sí misma un incumplimiento esencial»<sup>197</sup>.

<sup>196</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 204.

<sup>197</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 205. El acreedor puede oponerse al derecho de subsanación del deudor si tiene un interés legítimo [cfr. art. 7.1.4 (c)]. El ejemplo de los Principios UNIDROIT es: «“A” conviene construir un camino en la propiedad de “B”. Cuando el trabajo ha sido terminado, “B” descubre que la superficie del camino tiene una inclinación mayor que la permitida en el contrato. “B” también descubre que durante la construcción, los camiones de “A” han dañado sus árboles. “A” notifica a “B” su intención de subsanar, nivelando el camino como lo exige el contrato. Aun siendo apropiada la subsanación en esas circunstancias, “B” podría encontrarse legitimado a rechazarla a fin de evitar que los árboles continúen siendo dañados» [Comentario 4 del art. 7.1.4, Principios UNIDROIT (2004) p. 208]. En dicho Comentario 4 se precisa que «si se cursa una notificación de subsanación apropiada a las circunstancias, se presume que la parte incumplidora tiene derecho a subsanar su incumplimiento» (p. 205). Sobre la letra (d) del artículo 7.1.4 (1) se comenta: «La subsanación debe efectuarse inmediatamente después de la notificación de la subsanación. El momento para el ejercicio del derecho a subsanar es esencial. La parte incumplidora no puede encerrar a la parte perjudicada en un prolongado

En el Comentario 8, para el apartado (2) del artículo 7.1.4 Principios UNIDROIT, se indica que si el perjudicado resolvió correctamente (el incumplimiento era esencial y notificó la resolución), sus efectos (así el efecto liberatorio) quedan «suspendidos por una notificación efectiva de subsanación. Si se subsana la falta de cumplimiento la notificación de subsanación (*sic*, de resolución) carecerá de efectos. Por otra parte, los efectos de la resolución se despliegan si ha expirado el plazo de la resolución (*sic*, de subsanación) y no se ha subsanado algún incumplimiento esencial»<sup>198</sup>.

[ii] Artículo 8:104 PECL:

«Cure by Non-Performing Party

A party whose tender of performance is not accepted by the other party because it does not conform to the contract may make a new and conforming tender where the time for performance has not yet arrive or the delay would not be such as to constitute a fundamental non-performance». Cfr. artículos III.-3:201 a III.-3:205 DCFR<sup>199</sup>.

[59] *Propuesta sobre compraventa.*—Para los vicios jurídicos, el artículo 1492 PCV ordena que, tras el ejercicio por el comprador de la resolución de la relación de compraventa o de la reducción del precio, el vendedor pueda oponerse a ellos ejercitando el derecho de subsanar su incumplimiento. Este derecho ha de ejercitarlo sin demora y sin costes e inconvenientes significativos para el comprador y tiene el límite del incumplimiento esencial para el remedio de la resolución de la relación contractual (no podrá ser paralizada).

[i] Artículo 1492 PCV:

«El vendedor puede oponerse a la resolución del contrato o a la reducción del precio si, tras la notificación del comprador, sin dilación y sin costes ni inconvenientes significativos para éste subsana el defecto en el cumplimiento; pero no podrá impedir la resolución si el incumplimiento hubiese sido esencial»<sup>200</sup>.

[ii] Artículo 48 CISG:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49, el vendedor podrá, incluso después de la fecha de entrega, subsanar a su propia costa, todo incumplimiento de sus obligaciones, si puede hacerlo sin una demora excesiva y sin causar al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre en cuanto al reembolso por el vendedor de los gastos anticipados por el comprador. No obstante,

---

período de espera. La falta de perjuicio a la parte perjudicada no justifica la demora de la parte incumplidora en la subsanación» (p. 206).

<sup>198</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 207.

<sup>199</sup> Vid. además *Comment C* del artículo III.-3:502 DCFR (p. 856), *Introduction* (núm. 44 p. 17) [las citas de VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I].

<sup>200</sup> Vid. primer núm. 25 (*sic*) de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*.

el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

2. Si el vendedor le pide al comprador que le haga saber si acepta el cumplimiento y el comprador no atiende la petición en un plazo razonable, el vendedor podrá cumplir sus obligaciones en el plazo indicado en su petición. El comprador no podrá, antes del vencimiento de ese plazo, ejercitar ningún derecho o acción incompatible con el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.

3. Cuando el vendedor comunique que cumplirá sus obligaciones en un plazo determinado, se presumirá que pide al comprador que le haga saber su decisión conforme al párrafo precedente<sup>201</sup>.

a) Pese a la amplia redacción del artículo 48.1 («todo incumplimiento de sus obligaciones») Honnold considera que se aplica a la entrega de mercaderías defectuosas (consistiendo la subsanación en la sustitución, en la reparación)<sup>202</sup>. Recuerda que en la tramitación del artículo 48 CISG había acuerdo general acerca de que la determinación de si el incumplimiento es o no esencial (cfr. art. 25 CISG) debe decidirse teniendo presente la oferta del vendedor de subsanar: el derecho del comprador de resolver la relación contractual (que requiere del incumplimiento esencial) no puede anular el derecho del vendedor de subsanar el incumplimiento. De ahí que se adoptase la expresión «[s]in perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49», precepto que regula el derecho del comprador a declarar resuelto el contrato, y expresión con la que se inicia el tenor del artículo 48.1 CISG<sup>203</sup>.

[60] *Propuesta civil*.—Tras la antecedente exposición, entiendo que la *Propuesta civil* debería regular, con carácter general, el derecho del deudor de subsanar su incumplimiento. ¿Dónde ubicarlo? Posiblemente no sea inadecuado situarlo en las «Disposiciones Generales» del incumplimiento (arts. 1188 a 1191 PC). Así lo hacen los Principios UNIDROIT (capítulo 7, sección 1) y los PECL (capítulo 8)<sup>204</sup>. Por otro lado, esos textos, junto con la CISG, ofrecen unos modelos de las cuestiones que plantea el derecho del deudor de subsanar su incumplimiento y sus posibles soluciones, a tener en cuenta.

<sup>201</sup> Continúa el artículo 48 CISG: «4. La petición o comunicación hecha por el vendedor conforme al párrafo 2 o al párrafo 3 de este artículo no surtirá efecto a menos que sea recibida por el comprador». Cfr. artículo 38 CISG.

<sup>202</sup> HONNOLD (1987 de la trad.) núm. 295 pp. 339-340.

<sup>203</sup> HONNOLD (1987 de la trad.) núm. 296 pp. 340-342; también, núm. 184 pp. 238-239. Vid. LÓPEZ LÓPEZ «Artículo 48 CISG» (1998) pp. 428-429, 431-432 (con crítica de restringir el precepto a la entrega de mercaderías defectuosas).

<sup>204</sup> Otra opinión PANTALEÓN PRIETO: «e) El cumplimiento ha de seguir siendo en principio, frente a los remedios alternativos del acreedor, *también un derecho del deudor*, incluso del que incumple por causa a él imputable. Ello ha de quedar patente en la disciplina de la resolución y la reducción del precio» [ADC (1993) p. 1731; cursiva del autor].

## V. LA REDUCCIÓN DEL PRECIO

[61] Inicio el análisis de los remedios sinalagmáticos (reducción del precio, suspensión del cumplimiento de la propia prestación y resolución de la relación contractual).

La *Propuesta mercantil* no regula la reducción del precio; sí lo hacen las *Propuestas civil* (arts. 1197, 1198 PC) y *sobre compraventa* (arts. 1482.I, 1487, 1493 PCV).

### 5.1 LA REDUCCIÓN DEL PRECIO: NATURALEZA, CARACTERÍSTICAS, SUPUESTO DE HECHO Y EFECTOS

[62] *Propuesta civil*.—El artículo 1197 PC dispone:

*«La parte que hubiere recibido una prestación no conforme con el contrato, podrá aceptarla y reducir el precio en proporción a la diferencia entre el valor que la prestación tenía en el momento en que se realizó y el que habría tenido en ese mismo momento si hubiera sido conforme con el contrato.*

*La parte que tenga derecho a reducir el precio y que haya pagado una suma mayor, tendrá derecho a reclamar el reembolso del exceso.*

(...)» (párrafo III: *infra* [67]).

[63] Sobre la reducción del precio y el artículo 1197 PC:

a) La *Propuesta civil* dispone la reducción del precio como remedio general del incumplimiento (arts. 1190, 1197, 1198 PC), lo que no hace el Código civil que la recoge en los contratos en particular (compraventa, arrendamiento de cosas) y sobre cuya naturaleza jurídica se ha discutido<sup>205</sup>. Pese al importante cambio que la *Propuesta civil* implica frente al Código civil, es probable que no haya planteado gran discusión el disponer una regulación general de la reducción del precio, con la naturaleza, insisto, de remedio por incumplimiento<sup>206</sup>.

<sup>205</sup> Sobre la naturaleza jurídica de las acciones edilicias: FENOY PICÓN (1996) [77] ss. pp. 115 ss.

<sup>206</sup> Tras transcribir el artículo 9:401 PECL (Right to Reduce Price) y citar a A.M. MORALES, Luis Díez-PICAZO señala: «En nuestro Derecho positivo donde las normas de los PECL no existen, nosotros no vemos especial inconveniente para que una jurisprudencia constructiva pudiera alcanzar la misma solución mediante una interpretación extensiva y analógica de los preceptos de la compraventa relativos al saneamiento o garantía de vicios o defectos ocultos» [*Fundamentos-II*, 6.<sup>a</sup> (2008) p. 799]. *Vid.* PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1724 y *ADC* (1991) p. 1051; MORALES MORENO, *ADC* (2003) p. 1642. Para DURÁN RIVACOBIA: «Igualmente, resulta loable la previsión específica de la reducción del precio (cfr. arts. 1197 y 1198 P.) como recurso efectivo contra incumplimientos leves (cfr. art. 1199, *a contrario*, P.)» [el art. 1999.I se refiere al incumplimiento esencial, incumplimiento que permite resolver el vínculo contractual: *infra* [82] y [83]; (2010) p. 253].

[i] En la STS, 1.<sup>a</sup>, 3 de septiembre de 2010 (Pte. Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías) se menciona el artículo 1197 PC:

«En realidad Límite incumplió el contrato de compraventa, puesto que vendió una sociedad con un elevado nivel de pérdidas y otras problemáticas que se consideran probadas en la sentencia recurrida. Por ello, Preventiva ante este incumplimiento, optó por ofrecer 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 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. 1197 de la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos, 2009)» (FD 3.º; El Derecho, EDJ 2010/190365).

b) Sobre la función práctica de la reducción, con ella se logra el equilibrio querido en el contrato, una vez constatado lo erróneo del precio pactado por conocerse la anomalía cualitativa de la prestación ejecutada por el deudor, y que el acreedor desconocía en el momento de la perfección del contrato.

c) La reducción del precio requiere la ejecución de una prestación no conforme con el contrato<sup>207</sup>. Cuando el acreedor descubre ese incumplimiento –al ofrecérsele el cumplimiento (carácter aparente) o después (carácter oculto)– puede decidir aceptar la prestación del deudor y reducir el precio.

d) La reducción del precio se aplica al incumplimiento excusable y al inexcusable, a efectos del remedio indemnizatorio (art. 1209 *in fine* PC)<sup>208</sup>. En la falta de conformidad inexcusable, junto con la reducción del precio, el acreedor podrá exigir la indemnización de los otros daños (de lo que se ocupa el art. 1198 PC: su análisis *infra* [65] ss.).

---

He indicado que no habrá resultado muy problemática la generalización de la reducción del precio –añado ahora– en un ordenamiento que conoce la *quanti minoris* (art. 1486.I CC). Para la CISG, es conocido que se plantearon discrepancias sobre si se adoptaba o no la reducción del precio como remedio, acogiéndose finalmente en el artículo 50 CISG. La causa del debate también es conocida: para los países de *Civil Law*, la reducción del precio es un remedio familiar; no lo es para los de *Common Law*, que encauzan el problema del menor valor de la cosa a través de la indemnización (si no hay excusabilidad) o a través de la restitución por el enriquecimiento (si hay excusabilidad). HONNOLD, por ejemplo, llega a decir: «El retraso de algunos (*incluyendo al autor*) en captar el especial sentido de la doctrina del Derecho Civil de “reducción del precio” contribuyó a hacer difícil la preparación de la LUCI y los trabajos de UNCITRAL. (...)» [núm. 313, nota 5 en p. 358 (1987 de la trad.); LÓPEZ LÓPEZ, «Artículo 50 CISG» (1998) p. 445; *vid.* notas 4 y 9 a 14 de Derecho comparado del artículo III.-3:601 DCFR: VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 912 y 914].

<sup>207</sup> Para un análisis del concepto de falta de conformidad en la compraventa, en el arrendamiento, en el contrato de prestación de servicio y en la donación, teniendo en cuenta el Derecho español, la *Propuesta sobre compraventa* y el DCFR: *vid.* VAQUER ALOY, *ADC* (2011) pp. 11-38.

<sup>208</sup> PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) pp. 1724 y 1736.

e) A partir de la dicción de los párrafos I («podrá aceptarla y reducir») y III («facultades») del artículo 1197 PC, puede apuntarse que la reducción del precio es una facultad de configuración jurídica que puede ejercitarse extrajudicialmente.

f) Los efectos de la reducción del precio son distintos según que el acreedor haya o no pagado el precio de la prestación recibida. Si no pagó, se limitará a pagar la cantidad resultante tras la reducción<sup>209</sup>. Si pagó todo el precio (o más de lo debido), la reducción, además de liberarle de pagar la cantidad no debida, conlleva la oportuna restitución de lo pagado en exceso (art. 1197. II PC)<sup>210</sup>.

g) Sobre el método de cálculo de la reducción<sup>211</sup>, se calcula una proporción a partir de la diferencia entre el valor de la prestación en el momento en que se ejecutó, y el valor que dicha prestación hubiera tenido, en tal momento, si hubiera sido conforme con el contrato. La proporción obtenida se aplica al precio pactado, obteniéndose la cuantía a reducir. Es el método de cálculo de los artículos 50 CISG<sup>212</sup> y 122 TRLGDCU.

[i] Artículo 50 CISG:

«Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase o no pagado el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato. Sin embargo, el comprador no podrá rebajar el precio si el vendedor subsana cualquier incumplimiento de sus obligaciones conforme al artículo 37 o al artículo 48 o si el comprador se niega a aceptar el cumplimiento por el vendedor conforme a esos artículos.»

a) Para Honnold, la función principal del artículo 50 CISG es concretar qué debe el comprador «al vendedor por mercaderías no conformes cuando las circunstancias especiales *exoneren* al vendedor de responsabilidad por daños» (cfr. art. 79 CISG)<sup>213</sup>.

<sup>209</sup> Y si pagó parte del precio, pero, no todo, pagará lo que proceda

<sup>210</sup> En el *Comment C*, para el apartado (2) del artículo 9:401 PECL, se indica que la parte perjudicada puede obtener la reducción del precio, suspendiendo el pago si no hubiera pagado, o recuperando aquella cantidad del precio correspondiente a la reducción si el precio hubiera sido pagado [LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 431]. En la misma línea, *Comment C* del artículo III.-3:601 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 911]. En relación con la CISG: VIDAL OLIVARES (2005) pp. 89-91.

<sup>211</sup> Expone algunos LÓPEZ Y LÓPEZ «Artículo 50 CISG» (1998) pp. 448-450.

<sup>212</sup> Vid. VIDAL OLIVARES (2005) pp. 86-89.

<sup>213</sup> HONNOLD, núm. 309 p. 353 [(1987) de la trad.]. También: «Estos ejemplos [50A y 50B] ilustran el reducido alcance del artículo 50. La fórmula de reducción del precio se aplica sólo cuando el comprador acepta y retiene mercaderías no conformes y juega un importante papel sólo cuando el vendedor no es responsable de la falta de conformidad. Esta combinación de circunstancias es rara. Un impedimento sobrevenido (*«forcé majeure»*)

[ii] Los Principios UNIDROIT no regulan la reducción del precio.

[iii] Artículo 9:401 PECL:

«(Right to Reduce Price)

(1) A party which accepts a tender of performance not conforming to the contract may reduce the price. This reduction shall be proportionate to the decrease in the value of the performance at the time this was tendered compared to the value which a conforming tender would have had at the time.

(2) A party which is entitled to reduce the price under the preceding paragraph and which has already paid a sum exceeding the reduced price may recover the excess from the other party (3) (...). Cfr. artículo III.-3:601 (1) y (2) DCFR.

a) En el *Comment A* del artículo 9:401 PECL se destaca la generalización de la *actio quanti minoris*. Se indica que hay derecho a reducir el precio, si el incumplimiento es incompleto, o no conforme con el contrato, sea en la cantidad, en la calidad, en el tiempo de entrega o de otra manera. El artículo 9:401 PECL sólo se aplica si la parte perjudicada acepta la oferta no conforme<sup>214</sup>. En el *Comment B* se destaca que puede reducirse el precio incluso si el incumplimiento es excusable [arts. 8:108 y 8:101 (2) PECL]<sup>215</sup>.

[64] *Propuesta sobre compraventa*.—Para el incumplimiento de la falta de conformidad, el artículo 1482.I PCV establece el ejercicio extrajudicial de la reducción del precio: esta tiene lugar mediante declaración dirigida a la otra parte (lo mismo para los vicios jurídicos: art. 1490 PCV. La reducción del precio es una facultad de configuración jurídica del comprador<sup>216</sup>.

Los artículos 1487 y 1493 PCV disponen el método de cálculo de la reducción del precio, que coincide con el que establece el artículo 1197.I PC. Sería oportuna la supresión de aquellos preceptos. Por otro lado, conviene recordar que el artículo 1486.I *in fine* CC se refiere a «rebajar una cantidad proporcional del precio, a

---

*re*) normalmente impide la producción o la entrega de las mercaderías; y en el raro caso de que el “impedimento” cause una grave falta de conformidad de las mercaderías que llegan a su destino, el comprador, generalmente, no acepta las mercaderías defectuosas. (No fue fácil encontrar un ejemplo convincente para ilustrar el alcance de este artículo)» (núm. 312 p. 355). «En los tres casos estamos asumiendo que, según el artículo 79, (...) el impedimento que obstaculiza la entrega de queso de calidad número 1 exoneró al vendedor de la responsabilidad por daños por incumplimiento del contrato. Por razones que explicaremos más detalladamente, (...) “la reducción del precio” según el artículo 50 tiene su principal significado cuando el comprador acepta mercaderías defectuosas en circunstancias en las que (como los ejemplos 50 A-50 C) el vendedor no es responsable por daños» (*op. cit.*, núm. 312 p. 356).

<sup>214</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 430. *Vid. Comment A* del artículo III.-3:601 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 910-911].

<sup>215</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 431. *Vid. Comment B* del artículo III.-3:601 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 911].

<sup>216</sup> *Vid.* núm. 17 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*.

juicio de peritos». En el Código civil, al igual que la *Propuesta civil*, se alude a una proporción, pero, a diferencia de la *Propuesta*, en el Código se indica que es a juicio de peritos, siendo el momento relevante el de la perfección del contrato<sup>217</sup>. Son claras las diferencias existentes entre la *Propuesta civil* y el Código civil.

[i] Artículo 1487 PCV:

*«La reducción del precio será proporcional a la diferencia entre el valor que la cosa entregada tenía en el momento de la entrega y el que habría tenido en ese momento si hubiera sido conforme con el contrato.»*

[ii] Artículo 1493 PCV:

*«Cuando el comprador ejercite el derecho a reducir el precio, la reducción se practicará conforme a lo dispuesto en el artículo 1487.»*

## 5.2 LA REDUCCIÓN DEL PRECIO Y LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS (ART. 1198 PC)

[65] En virtud del artículo 1198 PC:

*«La parte que ejercite el derecho a la reducción del precio, no puede demandar daños y perjuicios por disminución del valor de la prestación, pero conserva su derecho a ser indemnizado de cualquier otro perjuicio que haya podido sufrir.»*

[66] El artículo 1198 PC requiere la ejecución de una prestación no conforme con el contrato imputable al deudor a efectos del remedio indemnizatorio (art. 1209.I PC; incumplimiento inexcusable). Presupuesto esto:

a) Sobre el menor valor de la prestación no conforme, de la *Propuesta civil* se desprende que el acreedor puede (a su elección) ejercitar la reducción del precio (art. 1197 PC) o exigir ese menor valor de la prestación como partida indemnizatoria (arts. 1205 ss. PC; dualidad de vías jurídicas)<sup>218</sup>. La elección conlleva conse-

<sup>217</sup> FENOY PICÓN, «Artículo 1486» (2010) §1 pp. 1620-1621; *vid.* LÓPEZ LÓPEZ «Artículo 50 CISG» (1998) p. 454; VIDAL OLIVARES (2005) p. 89.

<sup>218</sup> Para la CISG, presuponiendo que el vendedor incumplidor no se exonera de indemnizar el daño (art. 79 CISG), se admite que los compradores «que acepten las mercaderías defectuosas pueden optar entre dos medidas: reducción del precio, según el artículo 50, y una reclamación por daños, según el artículo 74» [HONNOLD (1987 de la trad.) núm. 312 p. 356; además, LÓPEZ LÓPEZ «Artículo 50 CISG» (1998) pp. 445-446; VIDAL OLIVARES (2005) p. 84]. Para los PECL, también se indica el carácter alternativo entre la reducción del precio y la reparación de daños [LANDO/BEALE (ed.) (2000) *Comment A* (p. 430), *Illustration 2* (p. 431), *Comment D* (p. 431) del artículo 9:401 PECL. Además,

cuencias: por ejemplo, las cuantías resultantes de aplicar uno u otro remedio pueden no coincidir; los plazos de ejercicio son distintos [seis meses para la reducción de precio (art. 1197.III PC: *infra* [67]); quince años para la indemnización, aplicando el Código civil: art. 1964 CC].

Para el Código civil, he de recordar que la dualidad de vías jurídicas se ha apuntado en relación con la *quantum minoris* del artículo 1486.I CC y la indemnización de daños de los artículos 1101 y ss. CC<sup>219</sup>. En mi opinión, el Código civil puede interpretarse, como acabo de indicar.

b) El artículo 1198 PC requiere que el acreedor ejercite la reducción del precio y, si además exige la indemnización de daños, no podrá obtener a través del remedio indemnizatorio el menor valor de la prestación recibida. Si se admitiere lo contrario, el acreedor obtendría dos partidas superpuestas (habría un enriquecimiento sin causa). Sin embargo, si el acreedor sufre daños distintos del menor valor de la prestación recibida, es correcto que se le reparen esos otros años, lo cual prescribe de modo expreso el artículo 1198 *in fine* PC<sup>220</sup>.

c) El artículo 1198 PC es importante novedad, comparado con el Código civil. En el Código civil se liga la indemnización de daños a la redhibitoria y nada se indica sobre la estimatoria (art. 1486.II CC). Este no pronunciamiento, junto con el otro del posible ejercicio acumulado de la redhibitoria e indemnización, ha permitido considerar que no cabe el ejercicio acumulado de la estimatoria con la indemnización de daños (la reducción del precio es un tope, elegido además por el comprador)<sup>221</sup>. Por mi parte, creo que si hay

*Comment A* y *Comment D* del artículo III.-3:601 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 910-911, p. 911].

<sup>219</sup> Lo apunta MORALES MORENO, «Artículo 1486 CC» (1993) 2.ª ed., tomo II, p. 961. CARRASCO PERERA generaliza la *quantum minoris* como una partida dentro de los daños (daño emergente): «Creo que constituye una razonable medida de liquidación del daño la generalización de la acción *quantum minoris*, para todo caso en que la prestación debida no reúna las condiciones de calidad o cualidades pactadas, y aunque el acreedor no esté en condiciones de probar que el defecto de calidad repercute negativamente en sus intereses. (...) / (...) / La generalización de la *quantum minoris* constituiría en estos casos el daño mínimo del acreedor. Más allá del mismo, el actor siempre estaría en condiciones de solicitar una indemnización más amplia, como, por ejemplo, lo que menos vale ahora la cosa como consecuencia del defecto, o los daños ulteriores que el propio acreedor sufre de resultados de este defecto» [«Artículo 1106» (1989) núm. 19 en pp. 682-683]. De interés, CARRASCO PERERA (2010) núms. 26-29, pp. 1185-1190.

<sup>220</sup> En relación con la CISG: VIDAL OLIVARES (2005) pp. 84-85.

<sup>221</sup> *Vid.* MANRESA Y NAVARRO «Artículos 1484, 1485 y 1486 CC» (1905) tomo X, p. 217; SCÆVOLA «Artículo 1486 CC» (1906) tomo XXIII, pp. 625-626; CASTÁN TOBEÑAS (1931) p. 413; GARCÍA CANTERO, «Artículos 1484 a 1490 CC» tomo XIX (1991) pp. 378, 380-381; ALBALADEJO (2004) p. 511.

Aunque *obiter dicta*, la STS, 1.ª, 21 de junio de 2007 (Pte. Excmo Sr. Ruiz de la Cuesta Cascajares; El Derecho, EDJ 2007/80183) afirma que no cabe acumular la *quantum minoris* con la indemnización de daños, por impedirlo el artículo 1486.II CC: «(...) ya

otros daños distintos del menor valor de la cosa, es razonable interpretar que el comprador, que ejercita la estimatoria, tenga además el derecho a la reparación de los otros daños. No soy partidaria de una estricta interpretación literal del artículo 1486.II CC, precepto que se refiere a un vendedor conocedor de los vicios y que no informó al comprador. Por ello, considero adecuado disponer de un precepto como el artículo 1198 PC, que en la *Propuesta civil* es, además, norma de carácter general<sup>222</sup>.

[i] Según el artículo 9:401 PECL (Right to Reduce Price):

«(3) A party which reduces the price cannot also recover damages for reduction in the value of the performance but remains entitled to damages for any further loss it has suffered so far as these are recoverable under Section 5 of this Chapter».

que tal conducta, aunque pudiera integrar un cumplimiento defectuoso, no se combatió con el ejercicio de una acción resolutoria o redhibitoria, única acción compatible con una indemnización, sino que se pretendió compensar con la obtención de una rebaja del precio, al amparo del artículo 1486 del Código civil, acción ésta que estaba caducada al amparo del artículo 1490, y que no permitía una indemnización adicional, pues, según se ha dicho reiteradamente, la *quantum minoris* no tiene una finalidad indemnizatoria, sino de restablecimiento de la equidad contractual (STS 23 de septiembre de 2003), siendo por ello incompatible con una indemnización complementaria “si se ejercita la acción *quantum minoris*, no se puede obtener más que una reducción o rebaja del precio, no una indemnización de daños y perjuicios complementaria; esta acción indemnizatoria la reserva única y exclusivamente el art. 1486 CC para cuando se ejercite la acción redhibitoria”, STS 14 de junio de 1996. Además, debe añadirse que soslaya el recurrente que los daños y perjuicios por los que reclama carece de acreditación en autos (...)» [FD 2.º, último párrafo; las mismas ideas en el FD 3.º, letra c)]. Se había celebrado un contrato de suministro de hormigón. El suministrador exigió el pago del precio y el demandado reconvino ejercitando la *quantum minoris* y la indemnización de daños (acumulación). Se desestimó la *quantum minoris* porque había caducado (art. 1490 CC); en relación con la solicitud de daños, estos se desestiman porque, como he dicho, el artículo 1486.II CC no admite la acumulación y, además, porque no se probó que el demandado-reconveniente hubiere sufrido daños. En la citada STS, 1.ª, 14 de junio de 1996 (Pte. Excmo. Sr. González Poveda, FD 8.º; El Derecho, EDJ 1996/3153), la afirmación también es *obiter dicta* (en FD 8.º).

<sup>222</sup> PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1736 y nota 14 en p. 1724. La STS, 1.ª, 25 de septiembre de 2003 (Pte. Excmo. Sr. Sierra Gil de la Cuesta; El Derecho, EDJ 2003/110406) induce a la reflexión. Se había comprado una embarcación que resultó adolecer de vicios. De la lectura de la sentencia parece (no puedo afirmarlo con rotundidad) que los vendedores habían reparado la embarcación. El comprador demanda a los vendedores y pide, entre otras cosas, la reducción del precio por el menor valor e indemnización de daños (acción compatible con el saneamiento por vicios ocultos). La Audiencia Provincial declaró el derecho a la reducción del precio y condenó a la indemnización de daños. Los vendedores interponen recurso de casación, alegando infracción del artículo 1486 CC. El Tribunal Supremo casa en parte. La idea del Alto Tribunal es que al haberse reparado y reducido el precio por el importe de la reparación «se ha dado efectivo cumplimiento al objeto de la acción *quantum minoris* (FD 1.º); señala que no puede imponerse la rebaja del precio por el importe de la reparación y, además, el pago de la reparación. El Tribunal Supremo asume la instancia y determina «que los vendedores deberán *indemnizar* al comprador por dos conceptos: / a) Rebajando el precio del barco en un parámetro fijado por el importe de las reparaciones de la avería cuya cuantía se fijará en ejecución de sentencia./ b) Por los perjuicios de la inmovilización, servicio de varadero, limpieza y pulido por un importe de 6.177,72 euros».

### 5.3 EL PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA REDUCCIÓN DEL PRECIO, EL INICIO DE SU CÓMPUTO Y SU NATURALEZA JURÍDICA

[67] *Propuesta civil*.—Según el artículo 1197.III PC:

«El ejercicio de las facultades previstas en este artículo caducará a los seis meses a partir del momento en que hubiera recibido la prestación.»

[68] A partir del artículo 1197.III PC, puede señalarse:

a) Es claro que la *Propuesta civil* se ha inspirado en el Código civil: ha generalizado el plazo de seis meses de las acciones edilicias (art. 1490 CC).

b) El cómputo del plazo se inicia desde que se «hubiera recibido la prestación» (criterio objetivo). No se ha optado, para la prestación no conforme oculta, por fijar como momento de cómputo el del descubrimiento de la no conformidad por parte del acreedor. Al acreedor, tampoco se le ha impuesto una obligación (carga) de previa denuncia, al deudor, de la falta de conformidad, a fin de poder reducir el precio (cfr. arts. 342 CCO, 123 TRLGDCU).

c) Se codifica la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo, que califica el plazo del artículo 1490 CC de caducidad<sup>223</sup>.

[69] Si hubiera una revisión de la *Propuesta civil*, considero que el artículo 1197.III PC habría de suprimirse. En mi opinión, no es adecuado que en la regulación general del remedio de la reducción del precio se disponga de su plazo de ejercicio, del inicio de su cómputo y de su naturaleza jurídica, salvo que consideremos que son reglas especiales, frente a las generales sobre los plazos de ejercicio de los derechos en sede de prescripción extintiva. Pero, incluso así, tampoco veo razones suficientes que justifiquen la generalización del plazo de seis meses del artículo 1490 CC (aparte del respeto al Código civil)<sup>224</sup>. El artículo 1197.III PC llama más

<sup>223</sup> Inicialmente se consideró de prescripción; sobre la década de los sesenta, se inició la calificación de caducidad: MORALES MORENO, «Artículo 1490 CC» (1993) tomo II, 2.<sup>a</sup> ed. pp. 968-969.

<sup>224</sup> En su día sí tuvo justificación. Históricamente, la redhibitoria tuvo un plazo de seis meses y la estimatoria de un año. En el Proyecto de Código civil de 1851 se unifican los dos plazos a seis meses (art. 1412 PCC 1851: «Las acciones que emanan de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes, se extinguen á los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida»). GARCÍA GOYENA: «(...) La Ley 65, título 5, partida 5, señala siempre seis meses para la *redhibitoria*, y un año para la *quanti minoris*: aquella, como que resuelve ó deshace el contrato, debe durar menos que esta./ (...) / Nuestro artículo señala seis meses desde la *entrega* de la cosa: porque desde entonces solo puede el comprador conocer sus vicios ó defectos; y una vez conocidos estos no se descubre razón para la diversidad de tiempo ó términos en que el comprador haya de manifestar su voluntad y usar de su derecho». La Ley 35 FN: «h) *Saneamiento*/ Las acciones de saneamiento pres-

aún la atención, si se tiene presente la muy diferente regulación que la *Propuesta sobre compraventa* lleva a cabo de los plazos, de su inicio y de la naturaleza jurídica de los remedios del comprador por la entrega de una cosa no conforme o con vicios jurídicos, de los que en breve doy cuenta. Además, la modernización de los plazos de ejercicio de los derechos, y de su régimen jurídico, está yendo por derroteros distintos a los de ese plazo de seis meses<sup>225</sup>. Más adelante (*infra* [100] ss.), reflexiono de nuevo sobre los plazos de ejercicio de los remedios por incumplimiento y su inicio.

[70] *Propuesta sobre compraventa*.—Los artículos 1488 y 1495 PCV regulan los plazos de ejercicio de los remedios del comprador, del cumplimiento, de la resolución de la relación contractual y de la reducción del precio. En este momento, mis consideraciones versan sobre la reducción del precio. En síntesis:

a) Aquellos artículos 1488 y 1495 PCV prescriben unos plazos mucho más amplios, que los seis meses del artículo 1197.III PC. Disponen cinco y dos años para la falta de conformidad, salvo que una ley especial disponga otra cosa. Conviene recordar, que la Directiva 1999/44 impone que el plazo de ejercicio de los remedios por la entrega de una cosa no conforme con el contrato no puede ser menor de dos años (art. 5)<sup>226</sup>. Y tres y diez años, para los vicios jurídicos. Estos otros plazos se coordinan con los plazos de la usucapación ordinaria del Código civil<sup>227</sup>.

b) Se diferencian dos momentos de inicio del cómputo del plazo en función de si el vendedor conocía la falta de conformidad o el vicio jurídico (desde el día en que el comprador descubrió o no podía ignorar la anomalía; criterio subjetivo) o no lo conocía (desde el día en que el comprador tuvo la cosa en su poder o se le entregó; criterio objetivo).

c) Los plazos son de prescripción.

[i] Artículo 1488 PCV:

*«Los derechos y acciones que corresponden al comprador por falta de conformidad prescriben:*

*1.º A los cinco años, si la cosa vendida es un inmueble construido o edificado.*

*2.º A los dos años, en los demás casos.*

---

criben: la redhibitoria, a los seis meses y la *quanti minoris*, al año». Vid. Ley 567 FN; también, artículos 1499 y 1496.I CC para la venta de animales o ganados.

<sup>225</sup> ZIMMERMANN, «El nuevo Derecho alemán sobre prescripción» (2005, 2008 de la trad.) pp. 147-148.

<sup>226</sup> Vid. núm. 22 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*.

<sup>227</sup> Vid. núm. 26 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*.

*El plazo se computará desde el día en que el comprador tuvo la cosa en su poder; pero si el vendedor ha ocultado la falta de conformidad, el plazo se computará a partir del día en que el comprador la haya descubierto o no haya podido ignorarla.*

*Los plazos de este artículo no se aplicarán en los casos en que una ley especial prevea otros diferentes»<sup>228</sup>.*

Artículo 1495 PCV:

*«Los derechos y acciones que corresponden al comprador por virtud del artículo 1490 [vicios jurídicos] prescriben:*

*1.º A los diez años, si la cosa vendida es un inmueble y el derecho que el tercero pueda hacer valer sobre ella faculta para privar de la posesión al comprador.*

*2.º A los tres años, en los demás casos.*

*Los plazos se computarán a partir del día de la entrega de la cosa; pero si el vendedor hubiera ocultado al comprador, al celebrar el contrato, el derecho que el tercero pueda ejercitar, o hubiera intervenido posteriormente en su creación, se computarán a partir del día en que el comprador descubra su existencia o no pueda ignorarlo»<sup>229</sup>.*

## VI. LA SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA PROPIA PRESTACIÓN

[71] Se regula con carácter general en la *Propuesta civil* (art. 1191). La *Propuesta mercantil* la contempla en ciertos supuestos (art. 63.3).

[72] *Propuesta civil*.—El artículo 1191 PC preceptúa:

*«En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento.»*

[73] Sobre el artículo 1191 PC:

a) Su ámbito de aplicación son las relaciones obligatorias sinalagmáticas.

b) Incluye dos supuestos. Uno, aquel en que prestación y contraprestación han de ejecutarse «al mismo tiempo» (simultánea-

<sup>228</sup> Vid. núm. 22 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*.

<sup>229</sup> Vid. núm. 26 de la EM de la *Propuesta sobre compraventa*.

mente; cfr. art. 58 CISG). El otro, aquel en que la obligación de quien puede suspender el cumplimiento de su propia prestación es exigible después de la otra obligación (contraprestación). En cambio, el artículo 1191 PC no contempla el supuesto en que la obligación de quien suspende su obligación ha de ejecutarse antes que la contraprestación [cfr. art. 9:201 (2) PECL].

c) Dependiendo de si el incumplimiento es total o parcial, el alcance de la suspensión del cumplimiento de la propia prestación puede ser total o parcial. Hay una graduación en los efectos del remedio de la suspensión, que responde a la proporcionalidad que ha de mediar entre el alcance de la suspensión de la propia prestación y la gravedad del incumplimiento del otro contratante. Esto opera hasta el punto de que no puede suspenderse el cumplimiento de la propia prestación, si la suspensión es «contraria a la buena fe atendiendo el alcance del incumplimiento»<sup>230</sup>.

Además, la suspensión es un remedio de carácter transitorio: encuentra su límite temporal en el momento en que la otra parte cumple o se allana a cumplir.

d) Considero adecuado, el que se haya regulado de modo expreso y con carácter general el derecho del acreedor a suspender el cumplimiento de la propia prestación<sup>231</sup>. El Código civil no dispone de norma similar, si bien la *exceptio non adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus* se fundan, por ejemplo, en las normas generales de los artículos 1124, 1100 *in fine* CC. En la compraventa, los artículos 1466 y 1502 CC regulan ciertos supuestos en los que se puede suspender el cumplimiento de la propia prestación. Y la jurisprudencia aplica tales excepciones.

Sin embargo, la ubicación sistemática –Sección 1.ª «Disposiciones generales» del capítulo VII «Del incumplimiento» (arts. 1188 a 1191 PC); del mismo modo se procede en los Principios UNIDROIT (capítulo 7, sección 1)– posiblemente no sea del todo adecuada. En mi opinión, considero más correcto disponer una sección específica para el derecho a suspender el cumplimen-

<sup>230</sup> Vid. Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) pp. 805-806; DE PABLO CONTRERAS (2008) 2.ª ed. § 73 pp. 218-219; CARRASCO PERERA (2010) núm. 13 pp. 1056-1057, núm. 22 pp. 1066-1067.

<sup>231</sup> Para el Derecho positivo, CARRASCO PERERA: «Excepción material [esto, en el original, en negra]. No regulada expresamente en el CC, aunque reconocida singularmente en los arts. 1466, 1467, 1500 y 1502 CC, y presupuesta en el art. 1100 *in fine* CC, la excepción de incumplimiento contractual es una defensa de Derecho material que permite al deudor de una obligación sinalagmática negarse al cumplimiento en tanto en cuanto la otra parte tampoco haya cumplido –u ofrecido el cumplimiento de– su propia prestación (*exceptio inadimpleti contractus* en sentido estricto) o si dicha prestación ha sido defectuosamente ejecutada (*exceptio non rite adimpleti contractus*). Es una defensa material, en el sentido de que el deudor no se encuentra en mora en tanto la contraparte no cumpla, y ello dentro y fuera del proceso» [(2010) núm. 10 p. 1054].

to de la propia prestación como se hace en los PECL (Capítulo 9, Sección 2; cfr. art. III.-3:401 DCFR); o bien que el derecho a suspender el cumplimiento de la propia prestación se incluya en la sección dedicada a la resolución de la relación contractual (Sección 4.<sup>a</sup>, Capítulo VII PC).

[i] Artículo 7.1.3 Principios UNIDROIT:

«(Suspensión del cumplimiento)

(1) Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra parte ofrezca su prestación.

(2) Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido»<sup>232</sup>.

a) En el Comentario del artículo se destaca que la norma se corresponde funcionalmente con el concepto de *exceptio non adimpleti contractus* (tradición jurídica romanista). Se añade que no se contempla expresamente el supuesto del cumplimiento parcial (en el que cabe la suspensión si ello es conforme con la buena fe y lealtad negocial: art. 1.7 Principios UNIDROIT)<sup>233</sup>.

[ii] Artículo 9:201 PECL:

«Right to Withhold Performance

(1) A party which is to perform simultaneously with<sup>234</sup> or after the other party may withhold performance until the other has tendered performance or has performed. The first party may withhold the whole of its performance or a part of it as may be reasonable in the circumstances.

(2) A party may similarly withhold performance for as long as it is clear that there will be a non-performance by the other party when the other party's performance becomes due». Cfr. artículo III.-3:401 DCFR.

a) En el *Comment A* se indica que el artículo 9:201 PECL es expresión de la conocida *exceptio non adimpleti contractus*<sup>235</sup>. Desde el análisis del Derecho comparado, se indica (*Comment B*) que en los países de *Common Law* el derecho de suspender el cumplimiento se restringe a casos en los que expresa o implícitamente las obligaciones

<sup>232</sup> Artículo 6.1.4 Principios UNIDROIT: «(Secuencia en el cumplimiento)/ (1) En la medida en que las prestaciones de las partes puedan ser efectuadas de manera simultánea, las partes deben realizarlas simultáneamente, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa./ (2) En la medida en que la prestación de sólo una de las partes exija un período de tiempo, esta parte debe efectuar primero su prestación, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa».

<sup>233</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 203.

<sup>234</sup> Artículo 7:104 PECL: «Order of Performance/ To the extent that the performances of the parties can be rendered simultaneously, the parties are bound to render them simultaneously unless the circumstances indicate otherwise».

<sup>235</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 404. Vid. *Comment A* del artículo III.-3:401 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 843].

se condicionan la una a la otra y en los que el incumplimiento es esencial; en los otros casos, el perjudicado por el incumplimiento ha de cumplir totalmente su obligación (si el incumplimiento es un «breach» puede reclamar daños). Otros sistemas son más flexibles: permiten suspender el cumplimiento de la propia prestación como medida de coerción al cumplimiento del incumplidor, incluso si se trata de un incumplimiento menor, siempre que la parte cuyo cumplimiento se suspenda no sea desproporcionado y quien lo haga actúe de buena fe. Esto lo hace el artículo 9:201 PECL, que ha de leerse junto con el artículo 1:201 PECL (*Good Faith and Fair Dealing*)<sup>236</sup>.

Según el *Comment C*, si bien se concibe la suspensión como algo excepcional, se señala que es aconsejable que una parte, cuya obligación vence primero, tenga derecho a suspender el cumplimiento de su propia prestación, si es claro que cuando haya de vencer la obligación de la otra parte (después), esta incumplirá de modo esencial [art. 9:201 (2) PECL]. El primero tiene derecho a resolver la relación contractual (hay un incumplimiento anticipado: art. 9:304 PECL) pero puede preferir mantener el contrato abierto al cumplimiento (y suspender el cumplimiento de la propia prestación)<sup>237</sup>.

[74] *Propuesta mercantil*.—El artículo 63.3 PM (transcrito *supra* [57]) ordena que el acreedor puede suspender el cumplimiento de la propia prestación mientras el deudor no subsane su incumplimiento. Como señalé, el artículo 63.3 PM no regula con carácter general el derecho a suspender el cumplimiento de la propia prestación al modo que lo hace la *Propuesta civil*, sino que lo refiere a ciertos supuestos: en concreto, en relación con el derecho del deudor de subsanar su incumplimiento (art. 63.1; su análisis *supra* [58]), y en la obligación del deudor de subsanar su incumplimiento cuando el acreedor le fijó plazo para ello (art. 63.2 PM; su análisis *infra* [86] y [87])<sup>238</sup>.

Aunque la *Propuesta mercantil* no disponga de una regulación general del remedio de la suspensión del cumplimiento de la propia

<sup>236</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 405. *Vid. Comment C* del artículo III.-3:401 DCFR (p. 844) y las Notas de Derecho comparado de los núms. 7 a 9 (pp. 847-848) [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I].

<sup>237</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 406. Si no es claro que el otro contratante incumplirá, pero hay razonable fundamento para creer que ello será así, quien ha de cumplir primero puede exigir garantía del cumplimiento futuro (art. 8:105 PECL; *op. cit.* p. 406). Artículo III.-3:401 DCFR: «Right to withhold performance of reciprocal obligation/ (...) / (2) A creditor who is to perform a reciprocal obligation before the debtor performs and who reasonably believes that there will be non-performance by the debtor when the debtor's performance becomes due may withhold performance of the reciprocal obligation for as long as the reasonable belief continues. However, the right to withhold performance is lost if the debtor gives an adequate assurance of due performance. / (3) A creditor who withholds performance in the situation mentioned in paragraph (2) has a duty to give notice of that fact to the debtor as soon as is reasonably practicable and is liable for any loss caused to the debtor by a breach of that duty. / (4) (...)» (*vid. Comment E* del art. III.-3:401, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 845).

<sup>238</sup> Cfr. artículos 7.1.4, en especial su apartado (4), 7.1.5, en especial su apartado (2) Principios UNIDROIT; artículo 8:106 PECL, en especial su apartado (2).

prestación, puede entenderse que el artículo 63.3 PM encierra la idea de que el acreedor puede proceder a ello mientras el deudor no cumpla correctamente. Es cierto que este razonamiento no es preciso, dada la función supletoria del Código civil [arts. 50.2.I PM (*supra* nota 45), 1191 PC].

## VII. LA RESOLUCIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL

[75] Las *Propuestas civil* (arts. 1199 a 1204 PC) y *mercantil* (arts. 62.3, 63.2, y 64 PM) la regulan en detalle<sup>239</sup>. La *Propuesta sobre compraventa* contiene algunas normas (arts. 1482, 1485.3.º, 1486).

[76] Antes de iniciar el análisis de cada una de las *Propuestas* conviene dejar asentadas algunas ideas generales:

a) A diferencia del Código civil, la *Propuesta civil* no regula la resolución en las obligaciones condicionales (cfr. arts. 1110 a 1116 PC). La resolución no se funda en una condición resolutoria implícita por el incumplimiento (art. 1124.I CC), sino en el mero hecho del incumplimiento de la obligación contractual (remedio del acreedor)<sup>240</sup>. La resolución permite «al contratante insatisfecho recuperar los recursos utilizados en el contrato incumplido, para darles otro destino» (función económica)<sup>241</sup>.

La *Propuesta mercantil* también concibe la resolución como un remedio del acreedor por el incumplimiento del deudor de la obligación contractual. Lo mismo sucede en la *Propuesta sobre compraventa*.

<sup>239</sup> En otras secciones, la *Propuesta civil* incluye específicas normas sobre la legitimación activa para la resolución: cfr. artículos 1124.III (obligaciones mancomunadas divisibles), 1126 (solidaridad de deudores), 1141 (solidaridad activa) PC.

<sup>240</sup> MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación» (2006) pp. 42-43. Sobre el proceso de superación de la construcción de la condición resolutoria implícita (tácita): SAN MIGUEL PRADERA (2004) [044]-[067] pp. 59-76, en particular a partir de [060] p. 70; sobre la distinción entre condición resolutoria expresa y condición resolutoria tácita del artículo 1124 CC en autores del XIX y primer tercio del XX: FENOY PICÓN, *CCJC*, núm. 68 (2005) [4]-[6] pp. 516-520. *Vid.* PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1727. CLEMENTE MEORO señala que la *Propuesta civil* «opta por una solución técnicamente más correcta y ubica la resolución por incumplimiento entre los remedios frente al incumplimiento», pero se «hace en sede de obligaciones, no de contratos, pese a que resulte dudosa la posibilidad de resolver por incumplimiento obligaciones recíprocas no contractuales»; el autor señala que la *Propuesta civil* parece consciente de ello, refiriéndose al contrato en los artículos 1199, 1200.2, 1201, 1202, 1203 y 1204 [(2011) p. 3]. De «norma extravagante» califica ROCA TRÍAS al artículo 1124 CC [(2011), p. 5], «la errática posición del art. 1124 CC es evidente» (p. 15).

<sup>241</sup> MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación» (2006) p. 43. Continúa el texto: «Al margen de la localización sistemática del art. 1124, resolución e incumplimiento están expresamente conectados en el Código civil: la resolución procede cuando un contratante “no cumpliera lo que le incumbe”» (*op. cit.* p. 43).

b) Clemente Meoro ha llamado la atención acerca de que en la regulación de la resolución, la *Propuesta civil* no se mencione el carácter recíproco o sinalagmático de las obligaciones, lo cual puede interpretarse, bien en el sentido de que la resolución también es posible en los contratos unilaterales onerosos, en los bilaterales imperfectos y en los aleatorios, bien que la exigencia de la reciprocidad de las obligaciones se presume en la expresión «cualquiera de las partes del contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento» (art. 1199.I PC; si es cualquiera, es que ambas son recíprocamente acreedores y deudores)<sup>242</sup>.

c) La resolución de la *Propuesta civil* procede en el incumplimiento inexcusable y en el excusable a efectos del remedio de la indemnización de daños (art. 1209 *in fine* PC).

## 7.1 EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL Y EL «PROCEDIMIENTO DE NOTIFICACIÓN-RESOLUCIÓN»

### A) *Consideraciones generales*

[77] *El incumplimiento esencial.*—¿Cualquier incumplimiento permite resolver la relación contractual, o ha de tener cierta gravedad? ¿Qué es el incumplimiento esencial, y el incumplimiento «menor» o de escasa importancia? ¿Conviene facilitar o restringir el ejercicio de la resolución? Son estas algunas de las cuestiones a las que ha de darse respuesta, cuando se procede al diseño legal del remedio de la resolución.

En el Código civil, el artículo 1124.I no exige que el incumplimiento sea grave (esencial), pero la jurisprudencia lo requiere, lo que puede justificarse, entre otras razones, en el *favor debitoris* (presente en el plazo de gracia del art. 1124.III CC<sup>243</sup>); en la persecución de la conservación del contrato; en evitar que el acreedor pueda especular con la resolución ante la variación de los precios de mercado. El incumplimiento resolutorio del artículo 1124 CC requiere, pues, de un incumplimiento grave o esencial.

[i] Artículo 49 CISG:

«1. El comprador podrá declarar resuelto el contrato:

a) Si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente

<sup>242</sup> CLEMENTE MEORO (2011) p. 3. Apunta: «Acaso convenga dejar suficientemente clara esta cuestión en el futuro».

<sup>243</sup> Las *Propuestas mercantil y civil* suprimen el plazo de gracia; también la CISG: artículos 45.3, 61.3). *Vid.* Luis Díez-PICAZO «Artículo 61 CISG» (1998) p. 496. *Cfr.* artículo 61 CCO.

Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; of (...)» (cfr. art. 64.1 CISG, para el vendedor).

Artículo 25 CISG:

«El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación»<sup>244</sup>.

[ii] Artículo 7.3.1 Principios UNIDROIT:

«(Derecho a resolver el contrato)

(1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.

(2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:

(a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;

(b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;

(c) el incumplimiento fue intencional o temerario;

(d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra parte cumplirá en el futuro;

(e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

(3) (...)».

[iii] Artículo 9:301 PECL:

«Right to Terminate the Contract

(1) A party may terminate the contract if the other party's non-performance is fundamental./ (...)»

Artículo 8:103 PECL:

«Fundamental Non-Performance

A non-performance of an obligation is fundamental to the contract if:

(a) strict compliance with the obligation is of the essence of the contract; or

<sup>244</sup> Sobre el incumplimiento esencial en la CISG: VIDAL OLIVARES (2005) pp. 98-102, 105-107; sobre la noción de persona razonable en la CISG: VIDAL OLIVARES (2003) tomo III pp. 3288-3305.

(b) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result; or

(c) the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance». Cfr. artículo III.-3:502 DCFR 2009<sup>245</sup>.

[78] *El «procedimiento de notificación-resolución»*.—Se inspira en la figura alemana de la *Nachfrist* (§ 326 BGB antes de la reforma de 2002; vigente § 323 BGB). En esencia, el acreedor concede (fija) al deudor incumplidor un plazo adicional y razonable para cumplir, y si éste no cumple en él, el acreedor podrá resolver. Es un sistema que ofrece seguridad al acreedor, en cuanto le proporciona elevada certeza de que la resolución de la relación contractual la realiza correctamente (cumpliendo todos sus requisitos). No recogen este «procedimiento de notificación-resolución» los Códigos de tradición latina (el nuestro<sup>246</sup>, el francés, el italiano de 1865)<sup>247</sup>.

No suele ser común el apuntar problemas para aplicar el «procedimiento de notificación-resolución» al *retraso no esencial en el cumplimiento*. Con la fijación de un plazo adicional, el acreedor da al deudor incumplidor una nueva (segunda) oportunidad para cumplir, y si el deudor reitera su incumplimiento, el acreedor podrá resolver. No se plantea problema con la entidad del incumplimiento pues, aparte de que hay un «segundo incumplimiento», no se ha ejecutado, en principio, nada de la prestación.

<sup>245</sup> Expuse en detalle el artículo 8:103 PECL de acuerdo con el Comentario oficial: FENOY PICÓN, *ADC* (2009) [33]-[36] pp. 196-201. *Vid. Comments A y D* del artículo 3:502 DCFR (pp. 852-853, 856) y *Principles* núm. 27 p. 49 [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I].

<sup>246</sup> Intentando buscar la equivalencia, LÓPEZ y LÓPEZ: «No hay en la tradición jurídica de cuño romano francés una figura asimilable al *Nachfrist*. En esta línea la disposición que más se puede aproximar a ella, dentro del Derecho interno español, es la que refleja el párrafo tercero del artículo 1124 del Código civil, en materia de resolución del contrato: (...). Puesto que es condición indispensable, aunque no sea la única, para que el Tribunal fije plazo de gracia, que aún se conserve el interés del acreedor por la prestación, evitando así la resolución, el párrafo tercero del artículo 1124 de nuestro Código civil parecería evocar un *Nachfrist* impuesto en vía judicial, pero es evidente que entre él y la figura del plazo de gracia corren demasiadas diferencias para poder asimilarlos. (...)./ Todo ello conduce a afirmar que, hoy por hoy, los esquemas del Derecho privado interno de nuestro país están alejados de soluciones como la que formula el artículo 47» [«Artículo 47 CISG» (1998) p. 426]. Podría encontrarse la equivalencia en el artículo 1504 CC, a condición de considerar que recoge un requerimiento de cumplimiento, pero, la mayoría de los autores y la jurisprudencia interpreta que se trata de un requerimiento resolutorio (realmente una mera notificación de la resolución) [*vid.* SAN MIGUEL PRADERA (2004) [556]-[560] pp. 443-446; *vid.* también [561]-[566] pp. 447-453 para el pacto de cláusula resolutoria con concesión previa al deudor de plazo para cumplir y su admisión por la jurisprudencia y por los autores]. *Vid.* Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6ª ed. (2008) pp. 841 y 867-871.

<sup>247</sup> Una exposición de Derecho comparado de sistemas jurídicos (alemán antes y después de la reforma de 2002, suizo, italiano, PECL, Principios UNIDROIT, CISG) que recogen este supuesto de resolución: SAN MIGUEL PRADERA (2004) [568]-[603] pp. 453-476.

Distintas a las anteriores reflexiones son las que siguen para el *cumplimiento defectuoso (o falta de conformidad)*. En el cumplimiento defectuoso (falta de conformidad) se manifiesta el problema de la entidad del incumplimiento. La cuestión es, si, fijado al deudor plazo para el cumplimiento y reiterando éste el incumplimiento, el acreedor puede sin más resolver, o, si se requiere, además, que el incumplimiento tenga cierta entidad (sea la del incumplimiento esencial o la del incumplimiento de escasa importancia<sup>248</sup>). En la primera opción (no requerir cierta entidad al incumplimiento) el acreedor podría aprovechar el incumplimiento para desvincularse de la relación contractual, desvinculación que puede estar justificada en que los precios de mercado han variado en su beneficio. Con matices, similar idea puede aplicarse, si para poder resolver basta haber superado el umbral del incumplimiento de escasa importancia.

[i] Artículo 49 CISG:

«1. El comprador podrá declarar resuelto el contrato:

(...)

*b)* En caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1 del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado./ (...).

*a)* Honnold señala que el procedimiento de los artículos 47 y 49.1.b) CISG se aplica sólo a la no entrega de la mercadería<sup>249</sup>. Informa de que durante los trabajos en UNCITRAL y en la Conferencia diplomática se propuso extenderlo a la entrega de mercancías no conformes; ello se rechazó pues podría dar lugar a abuso: que un incumplimiento «trivial» permitiese resolver la relación contractual. Así, un comprador, que quiere desvincularse de la relación tras un colapso en los precios, fija al vendedor un plazo para corregir unos defectos mínimos en las mercaderías, pero, la distancia entre ambos hace imposible al vendedor cumplir. Honnold señala que en la Conferencia diplomática se confirmó la decisión adoptada en UNCITRAL y se rechazaron las propuestas de ampliar este procedimiento a la falta de conformidad. Para evitar posibles problemas de malos entendidos se añadió al inicio del artículo 49.1.b) CISG «[e]n caso de falta de entrega»<sup>250</sup>.

<sup>248</sup> Cfr. artículo 44 ULIS; *vid.* LÓPEZ Y LÓPEZ «Artículo 49 CISG» (1998) pp. 436-437; el BGB ha ampliado su campo de actuación (cfr. § 326 antes de la reforma y § 323 tras la reforma).

<sup>249</sup> Sobre la finalidad del artículo 47 CISG, destacando que su ámbito de aplicación se refiere al retraso en la entrega, LÓPEZ Y LÓPEZ, «Artículo 47 CISG» (1998) pp. 423-425, «Artículo 49 CISG» pp. 437-438.

<sup>250</sup> HONNOLD, núm. 288 p. 334 (1987 de la trad.). De todas formas en el ejemplo de HONNOLD hay otro problema, aparte del incumplimiento trivial. Sobre el ejemplo podría señalarse que el comprador no fijó al vendedor un plazo razonable para que pudiera cumplir

Similares reglas a la de los artículos 47 y 49.1.b) CISG, se contienen en los artículos 63 y 64.1.b) CISG en relación con las obligaciones del comprador (art. 53)<sup>251</sup>.

[ii] Artículo 7.3.1 Principios UNIDROIT:

«(Derecho a resolver el contrato)

(...)

(3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del plazo suplementario concedido a ella según el artículo 7.1.5».

Artículo 7.1.5 Principios UNIDROIT:

«(Periodo suplementario para el cumplimiento)

(...)

(3) En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha notificado a la otra el otorgamiento de un período suplementario de duración razonable, puede resolver el contrato al final de dicho período. El período suplementario que no sea de una duración razonable puede extenderse en consonancia con dicha duración. La parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple.

(4) El párrafo (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora».

a) El Comentario del artículo 7.1.5 se inicia señalando que el artículo «trata del supuesto en que una de las partes incurre en mora» y «se inspira en el concepto alemán de la *Nachfrist*»<sup>252</sup>. Se aplica a los incumplimientos relacionados con el factor tiempo (cumplimiento tardío, demora en el cumplimiento).

El apartado (3) del artículo 7.1.5 no se aplica al cumplimiento parcial o defectuoso. Según el Comentario 1, se «reconoce que el cumplimiento tardío es sustancialmente diferente del cumplimiento parcial o defectuoso. El cumplimiento tardío no puede ser subsanado, porque una vez que la fecha de cumplimiento haya transcurrido,

---

(se dice que la distancia hace al vendedor imposible el cumplir). Cuando el plazo dado no es razonable para que el deudor cumpla, no se ha ejercitado correctamente este «procedimiento de notificación-resolución». *Vid.* SAN MIGUEL PRADERA (2004) [581] pp. 462-463.

<sup>251</sup> Sobre el artículo 64.1.b) CISG, Luis Díez-PICAZO: «La resolución por el transcurso del plazo suplementario no requiere que el incumplimiento tenga carácter fundamental o esencial. El vendedor puede resolver, aunque el incumplimiento no posee aquél carácter. El artículo 64, sin embargo, limita este tipo de facultad resolutoria al incumplimiento de dos obligaciones muy concretas sin extenderla a todas, como en el caso anterior [art. 64.1.a) CISG: incumplimiento esencial]. Sólo justifican la resolución por el transcurso del plazo suplementario, el incumplimiento del comprador referido: 1.º la obligación de pago del precio; 2.º la obligación de recibir las mercaderías» [«Artículo 64 CISG» (1998) p. 505].

<sup>252</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 209.

no lo hará nuevamente». Además, «no es fácil anticipar, al momento en que una parte incurre en mora, cuán prolongado ha de ser el retraso en el cumplimiento. El interés comercial del acreedor permite presumir que un retraso razonable puede ser aceptable, pero no así un incumplimiento que se demore demasiado. El procedimiento establecido en este artículo autoriza al acreedor a otorgar una segunda oportunidad al deudor, sin perjuicio de los demás remedios que le puedan corresponder»<sup>253</sup>.

Por último, la norma del apartado (4) del artículo 7.1.5 es difícil de concretar y fácil de intuir. El deudor puede haber ejecutado la prestación en el plazo suplementario fijado por el acreedor, pero la prestación ejecutada no se ajusta totalmente a la contratada, si bien ese no ajuste es mínimo. Los Principios UNIDROIT disponen, para este caso, que el perjudicado no podrá resolver. Es norma razonable.

[iii] Artículo 9:301 PECL:

«Right to Terminate the Contract

(...)

(2) In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract under Article 8:106 (3)». Cfr. artículos III.-3:103, III.-3:503 DCFR.

Artículo 8:106 PECL:

«Notice Fixing Additional Period for Performance

(...)

(3) If in a case of delay in performance which is not fundamental the aggrieved party has given a notice fixing an additional period of time of reasonable length, it may terminate the contract at the end of the period of notice. The aggrieved party may in its notice provide that if the other party does not perform within the period fixed by the notice the contract shall terminate automatically. If the period stated is too short, the aggrieved party may terminate, or, as the case may be, the contract shall terminate automatically, only after a reasonable period from the time of the notice.»

a) En el *Comment B* del artículo 8:106 PECL se destaca que no todo retraso en el cumplimiento es un incumplimiento esencial del artículo 8:103 PECL. El perjudicado no tiene derecho a resol-

<sup>253</sup> Comentario 1 del artículo 7.1.5 Principios UNIDROIT, Principios UNIDROIT (2004) p. 209. Además: «La situación al final del período concedido dependerá de si el retardo en el cumplimiento ya era esencial al momento de otorgarse el período suplementario. En este caso, si el contrato no se cumple durante la prórroga, el derecho a resolver el contrato por incumplimiento esencial simplemente renace al vencimiento del período otorgado. Por otra parte, si el retardo en el cumplimiento no era esencial, la resolución sólo será posible al final del período de gracia, siempre que este hubiera sido razonablemente amplio» [Comentario 2 del art. 7.1.5, Principios UNIDROIT (2004) pp. 209-210].

ver, simplemente porque haya vencido la fecha de cumplimiento. No obstante, para *el retraso en el cumplimiento no esencial*, el artículo 8:106 (3) PECL permite que el perjudicado fije al deudor un plazo adicional de duración razonable para cumplir<sup>254</sup>. Si éste no cumple en él, el perjudicado puede resolver. El artículo 8:106 PECL se inspiró en la *Nachfrist* alemana<sup>255</sup>.

En el *Comment C* se indica que el procedimiento del artículo 8:106 PECL puede también emplearse para el *cumplimiento puntual, que es un cumplimiento defectuoso no esencial*. Pero, en este otro caso, el perjudicado no tiene derecho a resolver por haber concedido al incumplidor un plazo adicional para cumplir. Pues, *el artículo 8:106 (3) PECL sólo se aplica al cumplimiento retrasado y no al cumplimiento defectuoso*<sup>256</sup>.

<sup>254</sup> El perjudicado ha de fijar un plazo para el cumplimiento. Si la comunicación no fija un período de tiempo, puede dar la impresión al incumplidor de que tiene libertad para posponer indefinidamente el cumplimiento. No es suficiente requerir el cumplimiento «tan pronto como sea posible». Debe requerirse el cumplimiento «dentro de una semana» o «no más tarde de julio». El requerimiento no debe ser hecho en términos ambiguos. No es suficiente si se indica «esperamos que el cumplimiento pueda hacerse en julio» [todo lo anterior en el *Comment D* del art. 8:106 PECL, LANDO/BEALE (2000) (ed.) p. 375]. Sobre que el plazo concedido sea razonable se indica (*Comment D*) que si el perjudicado se sirve de una comunicación en la que se señala un plazo menor del razonable, no es preciso realizar una segunda comunicación; se puede resolver después de que haya transcurrido un razonable término desde la fecha de la comunicación [LANDO/BEALE (2000) (ed.) p. 375]. La determinación de cuál es plazo razonable debe dejarse al tribunal. Es aconsejable tener en cuenta diversos factores, tales como el plazo original para el cumplimiento, si fue un plazo corto, la necesidad de la parte perjudicada de un cumplimiento rápido siendo evidente para el incumplidor, la naturaleza de los bienes, servicios y derechos que hayan de cumplirse, el evento que haya causado el retraso [*Comment E*, LANDO/BEALE (2000) (ed.) pp. 375-376]. Vid. *Comments C y D* del artículo III.-3:503 DCFR [VON BAR/CLIVE (2009) I pp. 863-864].

<sup>255</sup> a) En la Nota 2 de Derecho comparado del artículo 8:106 PECL (Derecho alemán anterior a la reforma del BGB de 2002: § 326 BGB) se indica, entre otras cosas, que la *Nachfrist* se aplica a *todo retraso* en el cumplimiento excepto a la imposibilidad, al *Fixgeschäft* o a los casos en los que la parte incumplidora ha repudiado; no se aplica a la *positive Vertragsverletzung* [LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 377]. b) En la Nota 2 de Derecho comparado del artículo III.-3:503 DCFR, se indica que el precepto se ha inspirado en la *Nachfrist* del § 323 (1) BGB (tras la reforma de 2002). El § 323 BGB se aplica a *todo tipo de incumplimiento*, pero la *Nachfrist* no es necesaria en los casos de imposibilidad, *Fixgeschäft*, repudiación u otros casos de incumplimiento esencial. Como en el artículo III.-3:503 DCFR, la regla del Derecho alemán se aplica al retraso en el cumplimiento de una obligación principal. Si el deudor no cumple una obligación «menor», el acreedor sólo puede usar el procedimiento de la *Nachfrist* si el incumplimiento de esa obligación pone en peligro la completa transacción [§ 323 (5) primera frase BGB]. Si se trata de un defecto, el acreedor no puede utilizar el procedimiento de *Nachfrist* si aquél es «trifling» [§ 323 (5) segunda frase BGB]. VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 864-865.

<sup>256</sup> En la *Illustration 4* se indica este ejemplo. La compañía A alquila a B una máquina fotocopidora, garantizando que realiza 100 copias por minuto. El test de B comprueba que hace 98 copias por minuto. Si este defecto no es fundamental de conformidad con el artículo 8:103 PECL, B no puede emplear el procedimiento de notificación-resolución para resolver el contrato. En el *Comment C* se señala que utilizar la notificación puede todavía tener una función útil, la de informar al deudor que la parte perjudicada quiere todavía el cumplimiento y que le da la última oportunidad para el cumplimiento específico. Desde esta perspectiva, la notificación cumple la misma función que la *mise en demeure* del Derecho francés o la *Mahnung* del Derecho alemán; pero los PECL no exigen al perjudicado que emplee una notificación antes de ejercitar un remedio por incumplimiento, salvo en el caso de la resolución por un retraso no fun-

[79] *La relación entre la resolución por incumplimiento esencial, y mediante el «procedimiento de notificación-resolución».* Son modelos legales que no se excluyen el uno al otro: el legislador puede adoptar uno, otro, o los dos. Ambos modelos los acogen la CISG (arts. 49 y 64), los Principios UNIDROIT (art. 7.3.1) y los PECL (art. 9:301)<sup>257</sup>. Del mismo modo se procede en las *Propuestas civil y mercantil*, de las que paso a dar cuenta<sup>258</sup>.

B) *El incumplimiento esencial en las Propuestas civil y mercantil*

[80] *Propuesta mercantil.*—Por contener una regulación más detallada comienza con el análisis del artículo 64.1 PM:

*«El contrato podrá resolverse si el incumplimiento es esencial. (...).*

*Se considera esencial el incumplimiento si a la obligación incumplida se le ha otorgado una importancia decisiva por las partes, o si priva a la parte perjudicada de aquello a lo que tenía derecho de acuerdo con la función propia del contrato, a menos que la parte que incumple no haya podido prever razonablemente dicho resultado; o cuando determine una justificada pérdida de confianza sobre el cumplimiento por el deudor de las obligaciones futuras derivadas del mismo contrato».*

[81] *La Propuesta mercantil* permite la resolución si el incumplimiento es esencial. Además, explicita tres supuestos en los que el incumplimiento se considera esencial (constituyendo una guía para el aplicador del Derecho). Es clara la influencia de los artículos 8:103 PECL (*Fundamental Non-Performance*) y 7.3.1 Principios UNIDROIT (Derecho a resolver el contrato) (el art. 64.1 es

damental. [LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 374-375; *vid. Comment A* del art. 8:106 PECL; *vid. Comentario del artículo III.-3:103 DCFR* [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 780-781].

<sup>257</sup> En el *Comment D* del artículo III.-3:501 DCFR se indica: «The grounds for termination under this Section are essentially of two types. First there is fundamental non-performance by the debtor, regulated by III-3:502 (Termination for fundamental non-performance). And secondly there are what might be called equivalents to non-performance, regulated by the succeeding three Articles [y se citan los arts. III.-3:503 (Termination after notice fixing additional time for performance), III.-3:504 (Termination for anticipated non-performance) y III.-3:505 (Termination for inadequate assurance of performance)] [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 851].

<sup>258</sup> En su análisis de la resolución del artículo 1124 CC y tras aludir a los artículos 7.3.1, 7.1.5 Principios UNIDROIT y 8:103, 8:106 PECL, Luis Díez PICAZO procede a estas consideraciones: «Aunque el concepto de incumplimiento esencial no resulta todo lo claro que sería de desear, el esquema general coloca a los intérpretes y a los aplicadores del derecho ante una posición bastante lógica: si el incumplimiento es esencial se resuelve sin más; si no lo es se formula un requerimiento con plazo adicional. Esta sencillez del esquema contrasta con las líneas jurisprudenciales de desarrollo del art. 1124 CC» [*Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) p. 865].

una combinación, no total, entre ambos). Los Comentarios oficiales de esos preceptos pueden ayudar en la concreción del alcance del artículo 64.1 PM, en esta inicial fase de análisis.

[82] *Propuesta civil*.—Según el artículo 1199.I PC:

«Cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial.»

[83] La *Propuesta civil* requiere el incumplimiento esencial para la resolución y no explicita unos supuestos en los que el incumplimiento se considera legalmente como tal. Tan solo indica que puede resolverse si, atendida la finalidad del incumplimiento, el mismo puede considerarse esencial<sup>259</sup>. Considerado así, el artículo 1199.I PC es norma indeterminada<sup>260</sup> y sería oportuno disponer de un precepto similar al artículo 64.1.II PM<sup>261</sup>. Tal necesidad destaca, además, si se tiene en cuenta que la resolución es un remedio que se

---

<sup>259</sup> PANTALEÓN PRIETO: «El presupuesto de la resolución es un incumplimiento de entidad y circunstancias tales que razonablemente, a tenor de la específica valoración contractual del concreto deber infringido y de las exigencias de la buena fe, ya no pueda seguirse exigiendo a la parte cumplidora o dispuesta a cumplir que continúe vinculada por el contrato» [ADC (1993) p. 1733; con anterioridad, ADC (1991) pp. 1047-1048].

<sup>260</sup> DURÁN RIVACOBIA califica el tenor del artículo 1199.I PC de evanescente: «Igualmente, la evanescencia de algunas de sus fórmulas hacen insegura la disciplina [de la resolución]; de suerte que la *Propuesta* permite que (...) [el autor transcribe el art. 1199.I PC]. En primer término, la propia finalidad aludida no queda en absoluto clara, pues puede comprender tanto la intención de quien incumple, como el grado del incumplimiento que hace inviable la continuación del vínculo; aunque, para la hipótesis más lógica, la finalidad se predica del contrato» [(2010) p. 235].

<sup>261</sup> En opinión de PALAZÓN GARRIDO, la *Propuesta civil* presenta «el inconveniente de no definir qué es el incumplimiento esencial, dejando de nuevo en manos de los Tribunales el establecimiento de los criterios. A nuestro juicio, la ausencia de tales criterios positivos para la determinación de la gravedad del incumplimiento resolutorio, introduce inseguridad jurídica, por lo que es preferible la opción de la Convención de Viena, los Principios UNIDROIT, los Principios del Derecho contractual europeo y el proyecto de Marco Común de Referencia. Sólo el artículo 1200.3 PMCC contiene un supuesto de incumplimiento esencial: declaración por parte del deudor de que no cumplirá sus obligaciones (§ 323.2 BGB)» [(2011) p. 436]. SAN MIGUEL PRADERA: «(...) lo primero que sorprende de la *Propuesta* es la ausencia de una definición del incumplimiento esencial; es evidente, pues, que los redactores de la *Propuesta* no han querido seguir en este punto a los textos que les han servido de modelo. Quizá han considerado que no era necesario. Sin embargo, me parece poco afortunada esta solución: dada la discusión que siempre se ha suscitado en nuestro país en torno a los requisitos que debe reunir el incumplimiento resolutorio, sería muy oportuno establecer unos criterios para determinar la existencia de incumplimiento esencial. En este sentido, a mi juicio, tanto el texto de los PECL como el del DCFR son buenos modelos a tener en cuenta porque simplifican en tres y dos respectivamente, los criterios a tener en cuenta y suprimen, con acierto, el quinto de los criterios previstos en el artículo 7.3.1 (2) Principios UNIDROIT, que, más que un criterio para delimitar un supuesto de incumplimiento esencial, se trata de un criterio que establece un límite al ejercicio del remedio resolutorio./ Además, en el caso de que se procediera a definir el incumplimiento esencial, creo que el precepto en cuestión no debería ubicarse en las reglas relativas a la resolución, sino en las disposiciones generales del incumplimiento (como hacen la CISG y los PECL). Esta segunda ubicación es preferible, puesto que la noción de incumplimiento esencial no sólo afecta al remedio resolutorio, sino que también puede resultar relevante de cara a otros

ejercita mediante declaración de voluntad del acreedor notificada al incumplidor (art. 1199.II PC). Un funcionamiento correcto de este modelo de resolución se obtiene si el acreedor, tomada la decisión de resolver la relación contractual, puede razonablemente confiar en que actúa de modo correcto, pues, si no es así, el ejercicio de la resolución se vuelve en su contra (se estaría negando a cumplir e incumpliría, supuesto de incumplimiento esencial). La dicción del artículo 1199.I PC no le ofrece gran seguridad ante el posible y posterior control de los tribunales (a quienes les compete la valoración del incumplimiento esencial), si el deudor discute esa condición: el tribunal puede estimar que la razón es del deudor.

Sin embargo, el artículo 1199.I PC puede ser valorado desde otra perspectiva. Antes indiqué que el artículo 1124.I CC no exige que el incumplimiento resolutorio sea grave o esencial, pero, reiterada jurisprudencia lo afirma. El artículo 1199.I PC codifica tal requisito, y las asentadas líneas jurisprudenciales existentes sobre qué es incumplimiento grave o esencial dotan de contenido a aquél<sup>262</sup>. Considerándolo así, no sería precisa una norma como la del artículo 64.1.II PM. Además, la dicción del artículo 1199.I PC permite que pueda haber lugar a la posible evolución interpretativa de la norma. El artículo 1199.I PC sería, desde esta perspectiva, una norma razonable.

Lo cierto es, que la oportunidad de que en la *Propuesta civil* haya un precepto como el artículo 64.1.II PM depende, en gran medida, de la opinión que uno tenga sobre lo que un Código ha o no de contener (reglas básicas o más detalladas de carácter explicativo).

C) *El «procedimiento de notificación-resolución» en las Propuestas civil y mercantil. El incumplimiento de escasa importancia de la Propuesta sobre compraventa*

[84] *Propuesta civil*.—El artículo 1200 PC preceptúa:

*«En caso de retraso o de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquél le hubiera fijado para ello, no cumpliera o subsanare la falta de conformidad.  
(...).*

remedios frente al incumplimiento (por ejemplo, para poder optar por la sustitución del bien en caso de cumplimiento defectuoso)» [(2011) apartado III, 2, 2.2].

<sup>262</sup> Luis Díez-PICAZO: «El art. 1199 de la Propuesta de Modernización, (...), no define qué incumplimiento se considera como esencial, pero puede integrarse el precepto con las afirmaciones jurisprudenciales e incluso con la doctrina emanada del Convenio de Viena y de los PECL, de donde la norma procede. El incumplimiento es esencial cuando priva al contratante que sufre tal incumplimiento de aquello que hubiera podido haber obtenido de acuerdo con el contrato» [(2011) pp. 7-8]; *vid.* además CLEMENTE MEORO (2011) p. 5. Para el Derecho vigente: CARRASCO PERERA (2010) núms. 19 y 20, pp. 1121-1123; núms. 21-31 ss, pp. 1124-1138.

*La fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones»<sup>263</sup>.*

[85] Sobre el artículo 1200. I y III PC:

a) En las anteriores consideraciones generales sobre el «procedimiento de notificación-resolución», asocié éste al incumplimiento del retraso no esencial. Pero el acreedor también puede servirse de este procedimiento en el incumplimiento del deudor inicialmente esencial. En el incumplimiento esencial, si bien el acreedor puede inmediatamente resolver la relación contractual (art. 1199.I PC), puede suceder que haya algún caso en que el acreedor prefiera exigir el cumplimiento al deudor, fijándole un plazo adicional para llevarlo a cabo. Si el deudor cumple, se satisface el interés del acreedor en el cumplimiento *in natura*. En caso contrario, el acreedor dispone de nuevo de la posibilidad de resolver la relación contractual. El artículo 1200.I PC no especifica si el incumplimiento ha de ser inicialmente no esencial o esencial (si bien la interpretación sistemática conduce al incumplimiento no esencial; «también»). Puede interpretarse que incluye a ambos.<sup>264</sup>

[i] Artículo 7.1.5 Principios UNIDROIT:

«(Período suplementario para el cumplimiento)

(1) En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder, mediante notificación a la otra parte, un periodo suplementario para que cumpla.

<sup>263</sup> PANTALEÓN PRIETO entendía adecuado que nuestro Derecho acogiera este otro sistema de resolución [ADC (1993) p. 1733]. También SAN MIGUEL PRADERA (2004) [605]-[607] pp. 477-480 y [008] p. 33; más allá, en su construcción de la resolución extrajudicial (actual jurisprudencia del Tribunal Supremo) de interés [540]-[650] pp. 434-514.

<sup>264</sup> Señala Luis Díez-PICAZO: «La segunda de las posibilidades de resolución que aparecen en el art. 1200 de la Propuesta se refiere a aquellos incumplimientos que, lógicamente, no fueron esenciales»; menciona la *Nachfrist* del Derecho alemán [(2011) p. 8]. CLEMENTE MEORO señala que la *Propuesta civil* diferencia entre incumplimiento esencial que faculta para la resolución en todo caso (arts. 1199.I PC, 1492 PCV) e incumplimiento no esencial que requiere que el acreedor fije al deudor un plazo razonable para cumplir, pudiendo aquél sólo resolver si el deudor no cumple [(2011) p. 5]. ROCA TRÍAS indica: «(...), debo poner de relieve que la resolución del contrato sólo será posible cuando el incumplimiento pueda calificarse de esencial de acuerdo con el art. 1200, (...), lo que demuestra que tanto en la Propuesta de reforma del Código civil, (...), está presente el principio de conservación del contrato» (p. 16). Según ROCA TRÍAS, cabe la resolución si el incumplimiento es esencial, «lo que se completa en el art. 1200 de la Propuesta que contiene una lista de conductas que pueden producir el incumplimiento esencial. Son: i) el retraso; ii) la falta de conformidad en el cumplimiento; iii) el mismo supuesto cuando el acreedor haya aceptado un plazo razonable y el deudor no lo cumpliera o subsanare la falta de conformidad, y iv) el riesgo patente de incumplimiento esencial cuando no haya una garantía adecuada de cumplimiento en un plazo razonable./ Es decir que en la Propuesta hay, por una parte, un incumplimiento esencial, expresión abierta que deberá integrarse con el art. 1188 y además, con el examen del caso concreto. Por otra parte, hay una serie de conductas que se asimilan al incumplimiento esencial y que son las recogidas en el art. 1200. Todo ello conforma el cuadro de las causas del incumplimiento» [(2011) pp. 16-17; *vid.* además «Retraso en el cumplimiento» en pp. 17-18].

(2) Durante el período suplementario, la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ningún otro remedio. La parte perjudicada puede ejercitar cualquiera de los remedios previstos en este capítulo si la otra parte le notifica que no cumplirá dentro del periodo suplementario o si este finaliza sin que la prestación debida haya sido realizada.  
(...)

[ii] Artículo 8:106 PECL:

«Notice Fixing Additional Period for Performance

(1) In any case of non-performance the aggrieved party may by notice to the other party allow an additional period of time for performance.

(2) During the additional period the aggrieved party may withhold performance of its own reciprocal obligations and may claim damages, but it may not resort to any other remedy. If it receives notice from the other party that the latter will not perform within that period, or if upon expiry of that period due performance has not been made, the aggrieved party may resort to any of the remedies that may be available under chapter 9.  
(...)

b) También en las anteriores consideraciones generales sobre el «procedimiento de notificación-resolución» señalé que la CISG, los Principios UNIDROIT y los PECL aplican ese procedimiento al retraso no esencial en el cumplimiento, y no lo aplican al cumplimiento defectuoso (falta de conformidad), lo cual se justifica en evitar que un incumplimiento «menor» permita al acreedor resolver la relación contractual<sup>265</sup>.

En la *Propuesta civil*, en cambio, se ha optado por aplicar el «procedimiento de notificación-resolución» al retraso en el cumplimiento, y además, a la falta de conformidad (art. 1200.I PC). La aplicación mecánica y sin fisuras del artículo 1200.I PC permite al acreedor resolver la relación contractual incluso por un incumplimiento de escasa importancia, lo que, entiendo, ha de evitarse. Para lograrlo, la *Propuesta sobre compraventa* puede ayudar.

<sup>265</sup> Para el Derecho vigente, CARRASCO PERERA: «Nuestro Derecho legislado y judicial no ha erigido como requisito para que el incumplimiento del deudor se considere esencial que el acreedor haya dado al deudor un plazo suplementario para cumplir con la advertencia de que pasado este nuevo plazo la obligación se entenderá resuelta por un incumplimiento sustancial, cuando hubiera vencido el plazo originario sin atenderse la deuda» [(2010) núm. 28 pp. 1133-1134]; «(...)». En cambio, si se trata de un incumplimiento de una obligación accesoria no esencial, no puede convertirse en esencial por el sólo hecho de que el acreedor conceda un plazo suplementario. Y no puede tampoco convertirse en esencial la falta de conformidad que no lo es, aunque el acreedor haya concedido al acreedor un tiempo suplementario para remediar el defecto» [(2010) núm. 28, p. 1136].

Según el artículo 1486 PCV: «[e]l comprador no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad fuere de escasa importancia» (cfr. art. 121 TRLGDCU<sup>266</sup>). La norma del artículo 1486 PCV se inserta en un sistema jerarquizado de remedios por la entrega de una cosa no conforme con el contrato (arts. 1485 y 1483 PCV). Es cierto que el sistema jerarquizado de remedios de la *Propuesta sobre compraventa* y el «procedimiento de notificación-resolución» son diferentes en cuanto que en éste, el acreedor ha de fijar un plazo para cumplir, lo que no es preciso en la *Propuesta sobre compraventa*. Pero hay una clara proximidad funcional entre ambos: primero se ha de exigir el cumplimiento, y si este no tiene éxito, puede resolverse la relación contractual<sup>267</sup>. Si esto es así, creo que en lugar de considerar el artículo 1486 PCV regla especial aplicable tan sólo a la compraventa, puede considerarse que aquél recoge un principio general aplicable a la resolución del artículo 1200.I PC. Si no se comparte este argumento, la no posible resolución de la relación contractual para los incumplimientos de escasa importancia puede justificarse en el artículo 7 CC. En mi opinión, sería adecuado que el artículo 1200.I PC estableciera de modo expreso el límite de la escasa importancia del incumplimiento para el remedio de la resolución<sup>268</sup>.

<sup>266</sup> FENOY PICON, *ADC* (2009) [1] ss. pp. 159 ss.

<sup>267</sup> En relación con el Derecho alemán informa ZIMMERMANN: «(...) el nuevo BGB (...) ahora introduce un sistema gradual de remedios, lo que significa que la opción del adquirente queda, en primer lugar, limitada a su derecho al cumplimiento corregido. Ésa es su pretensión principal. No se dice así claramente en los §§ 437 ss. BGB, pero se deduce del hecho de que el resto de opciones (resolución del contrato, reducción del precio, indemnización) generalmente requieren que el adquirente haya fijado previamente –y sin éxito– un plazo adicional para que el vendedor pueda cumplir o a lo largo del cual éste pueda corregir el cumplimiento» [«La evolución» (2005, 2008 de la trad.) p. 117, *vid.* también pp. 119-120]. Indica además: «Mucho más problemática es otra discrepancia entre la Directiva [1999/44] y la nueva regulación del Derecho alemán. Según el § 323.I, el adquirente puede resolver el contrato, «si ha establecido, sin éxito, un plazo adicional de cumplimiento». Por otro lado, el art. 3 (5) de la Directiva establece que el consumidor puede resolver el contrato «si el vendedor no hubiera llevado a cabo el cumplimiento en un plazo razonable». El Derecho alemán exige del adquirente mucho más que la Directiva, puesto que no es posible que éste pueda resolver el contrato tras el trascurso de un tiempo razonable, si previamente no ha fijado plazo. Es dudoso que el § 323.I BGB pueda ser interpretado de conformidad con la Directiva. Además, esta última, en la expresión transcrita parece legitimar la resolución, incluso en supuestos en que el bien vendido haya sido reparado satisfactoriamente, o sustituido por otro libre de vicios, siempre que todo ello no haya sido llevado a cabo en plazo razonable [“(...) no hubiera llevado a cabo (...)”]. De nuevo, plantea dudas la conformidad del Derecho alemán con la Directiva, puesto que el primero no autoriza la resolución en esos casos. Es cierto que, con todo, se ha sugerido una interpretación restrictiva de la Directiva, pues no parece muy razonable permitir al adquirente la resolución cuando ya se ha puesto a su disposición un bien en perfectas condiciones» (*op. cit.* pp. 121-122, *vid.* también p. 128).

*Vid.* PISULINSKI/ZOLL/SZPUNAR, «Article 8:301 ACQP» (2009) núm. 24 pp. 417-418.

<sup>268</sup> En opinión de SAN MIGUEL PRADERA: «Me parece apropiado que la Propuesta [art. 1200.I] amplíe la resolución a los casos de falta de conformidad, pero creo que sería muy conveniente establecer expresamente como hacen los Principios UNIDROIT, que la resolución no resulta procedente en los casos en los que el incumplimiento es poco rele-

[i] Tiene interés que me refiera al artículo 8:301 de los *Principles of the Existing EC Contract Law* (ACQP en lo sucesivo):

«Grounds for termination and reduction

(1) The creditor may reduce its own performance appropriately, or terminate the contract:

(a) if the creditor has no right to performance or cure under Section 2 above or

(b) if the debtor has not provided the remedy under Section 2 above within a reasonable time<sup>269</sup>.

The creditor is not entitled to terminate the contract if the debtor's failure to perform amounts to a minor non-performance.

(2) Regardless of paragraph (1), the creditor is entitled to terminate the contract for non-performance if the creditor cannot be reasonably expected to be bound by the contract, in particular because of the kind of non-performance or because of the nature of the obligation.

(3) The creditor can terminate the contract under paragraph (1) only with respect to the part which is affected by non-performance, unless partial performance is of not utility to the creditor. Paragraph (2) applies correspondingly./ (...)»<sup>270</sup>.

a) Según el apartado (1) del artículo 8:301 ACQP, el acreedor puede resolver el contrato si no tiene derecho al cumplimiento

---

vante, porque, aunque es cierto que la resolución no es un remedio excepcional que exige un incumplimiento esencial, es necesario que tampoco se considere procedente ante cualquier incumplimiento, sino que se exija que el mismo revista cierta entidad (*vid.* art. 1486 PMDOC para el contrato de compraventa)» [(2011) apartado III, 2, 2.3]. Con apoyo en SAN MIGUEL PRADERA, también PALAZÓN GARRIDO (2011) pp. 436 y 447.

<sup>269</sup> Artículo 8:201 ACQP (grey rule from art. III.-3:301 DCFR): «Monetary obligations/ (1) The creditor is entitled to recover money payment of which is due./ (2) Where the creditor has not yet performed the reciprocal obligation for which payment will be due and it is clear that the debtor in the monetary obligation will be unwilling to receive performance, the creditor may nonetheless proceed with performance and may recover payment unless:/ (a) the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense; or/ (b) performance would be unreasonable in the circumstances»; artículo 8:202 ACQP (grey rule from art. III.-3:302 DCFR): «Non-monetary obligations/ (1) The creditor is entitled to enforce specific performance of an obligation other than one to pay money./ (2) Specific performance includes the remedying free of charge of a performance which is not in conformity with the terms regulating the obligation./ (3) Specific performance cannot, however, be enforced where:/ (a) performance would be unlawful or impossible;/ (b) performance would be unreasonably burdensome or expensive; or/ (c) performance would be of such a personal character that it would be unreasonably to enforce it./ (4) The creditor cannot recover damages for loss or a stipulated payment for non-performance to the extent that the creditor has increased the loss or the amount of the payment by insisting unreasonably on specific performance in circumstances where the creditor could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense».

<sup>270</sup> PISULINSKI/ZOLL/SZPUNAR (2009) «Article 8:301» núm 9 p. 413, núm. 10 pp. 413-414, núm. 13 p. 414, núm. 17 p. 415. Analicé el artículo 8:301 ACQP, publicado *Contract I* y cuando aún no se había publicado *Contract II*: FENOY PICÓN (2009) [49]-[52] pp. 214-218.

to o a la subsanación del incumplimiento en virtud de lo dispuesto en la antecedente Sección 2, o si el deudor no ha remediado el incumplimiento en virtud de la anterior Sección 2. El acreedor no tiene derecho a resolver, si el incumplimiento es de escasa importancia<sup>271</sup>.

En cambio, en el apartado (2) del artículo 8:301 ACQP, el acreedor puede directamente resolver la relación contractual: son casos en los que la gravedad del incumplimiento es mayor, que la presu- puesta en el apartado (1). En virtud del apartado (2), el acreedor tiene derecho a resolver el contrato si no puede esperarse razonable- mente, que siga contractualmente vinculado, en particular, dado el tipo de incumplimiento o la naturaleza de la obligación<sup>272, 273</sup>.

---

<sup>271</sup> PISULINSKI/ZOLL/SZPUNAR (2009) «Article 8:301» núm. 15 p. 415, núm. 21 p. 417; «Non-performance qualifies as minor if the non-performance does not endanger the purpose of the obligation and still allows for the creditor's interest to be satisfied» (núm. 22 p. 417; el núm 22 se dedica al remedio de la reducción del precio, el cual opera incluso para el incumplimiento «menor»); núm. 23 p. 417.

<sup>272</sup> PISULINSKI/ZOLL/SZPUNAR (2009) «Article 8:301» núm. 14 pp. 414-415, núm. 15 p. 415; «This provision [art. 8:301 (2)] applies if cure is possible, but where the non-performance has been particularly grave, as in cases of serious breaches of a duty to loyalty, or where any trust between parties has been destroyed. In these situations, there is no interest of the legal order to force the creditor into maintaining such a contractual relationship. This provision expresses an idea which is similar to the concept of fundamental breach of contract, even though immediate termination under paragraph (2) requires a graver violation of the obligation, which must be committed in such a way that the creditor has no reason to expect that the cure will really bring the performance into conformity with the contract. It does not matter in this context whether the effects of non-perfor- mance for the creditor were predictable for the debtor» [núm. 25 p. 418]; núm. 31 p. 420.

<sup>273</sup> SCHULZE, miembro del *Acquis Group*, opina: «La infracción de la obligación contractual es otro de los temas típicos en los que es posible coherente las reglas que proporcionan los PECL, la Convención de Viena y el Derecho comunitario europeo. Con todo existen discrepancias en algunos puntos importantes. Atendiendo a los remedios de que dispone el acreedor que quiere resolver el contrato (...) cuando existe falta de conformidad de la prestación, el art. 49.1 a del Convenio de Viena y, de acuerdo con el mismo, los arts. 9:301, 8:103 PECL, exigen que tal falta de conformidad sea “esencial”. Por el contrario, en el Derecho comunitario, los arts. 3.2 y 3.5 y 3.6 de la Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo establecen otra solución: basta cualquier infracción o incumplimiento que no sea de escasa importancia; es decir, no se requiere que sea “esencial”. En contrapartida, generalmente se establece un plazo al deudor para que pueda corregir el cumplimiento, esto es, para proceder a la reparación o sustitución de la cosa (...). Es necesario preguntarse si estas últimas disposiciones no están mejor adaptadas a los tiempos actuales de lo que puedan estarlo las reglas del Convenio de Viena y los PECL antes citados; y, sobre todo, si no se adaptan mejor a las condiciones que hoy exige la unificación del mercado interior. Efectivamente, el Convenio de Viena se hace eco de las dificultades que en el momento de su promulgación podrían existir para introducir las antes referidas garantías del cumplimiento (“Nacherfüllung”), debido a los costes elevados de transporte a los diferentes lugares en los que se desarrollaban las relaciones jurídicas, aranceles y otros gastos inherentes a las relaciones transfronterizas, y también a las muy diferentes posibilidades que se ofrecían en la ejecución de los contratos en el comercio internacional. Pero desde que se promulgó la Convención de Viena hasta la actualidad, los costes del transporte internacional de mercancías han disminuido, de manera que ahora es más factible introducir las referidas garantías legales (“Nacherfüllung”) y, con ello, la realización de la prestación programada. Los otros obstáculos apenas afectan al comercio en la Unión europea, regido por los principios de la unidad del mercado interior y el sistema de cooperación judicial, por lo que no son determinantes para el desarrollo del Derecho comunitario europeo, incluido el Derecho de contratos» [(2009) pp. 56-57; *vid.* también pp. 60-61].

c) Es requisito de la resolución del artículo 1200.I PC que el plazo que el acreedor fije al deudor para el cumplimiento sea razonable, lo cual dependerá de las circunstancias del concreto caso<sup>274</sup>.

d) El artículo 1200.III PC dispone que el acreedor no precisa fijar al deudor plazo para cumplir, si éste ha declarado que no cumplirá<sup>275</sup>, lo cual implica que el acreedor puede, de inmediato, resolver la relación contractual. La negativa voluntaria del deudor de cumplir constituye un incumplimiento resolutorio, pudiendo el acreedor resolver directamente la relación contractual. A tal incumplimiento puede calificársele de esencial, si bien en el ejercicio de la resolución el acreedor tendrá que respetar el límite genérico del artículo 7 CC (además, art. 1258 CC, art. 1243 PC).

e) Sobre el artículo 1200.I PC, San Miguel Pradera indica que constituye «una importante novedad en el Derecho español y, por tanto, es preciso que el legislador sea especialmente cuidadoso con ella»<sup>276</sup>. Propone una serie de cambios que mejorarían la *Propuesta civil*. En concreto:

«Empezando por la ubicación de la normativa, a mi juicio, las reglas sobre concesión de un plazo adicional al deudor no deberían estar en las normas sobre la resolución por incumplimiento, sino en las disposiciones generales del incumplimiento, puesto que se trata de una figura que afecta a todos los remedios frente al incumplimiento. En este sentido, sería muy conveniente que la reglamentación de esta figura especificara cuáles son las consecuencias que tiene la fijación de dicho plazo adicional respecto a los remedios de los que dispone el acreedor en caso de incumplimiento. Mi propuesta a este respecto sería que se estableciera expresamente que, durante la vigencia del plazo, el acreedor mantiene la posibilidad de suspender el cumplimiento de su propia obligación y exigir una indemnización de daños, pero que no dispone del resto de remedios. Igualmente sería importante que se precisara que, transcurrido el plazo sin que el deudor cumpla, el acreedor dispone de todos los remedios frente al incumplimiento, puesto que, con esta concesión de un plazo adicional, no se está optando propiamente por uno de ellos. Además, habría que aclarar que no es necesario transcurrir el plazo si el deudor anuncia que no cumplirá. Respecto a la duración del plazo adicional, creo

<sup>274</sup> SAN MIGUEL PRADERA señala: «Ya en la regulación del remedio resolutorio, (...). Además sería conveniente que se aclarara qué sucede si la duración del plazo fijado por el acreedor no es razonable. Las soluciones posibles son dos: que la fijación del plazo sea ineficaz para declarar la resolución, o bien que el acreedor disponga del remedio resolutorio cuando transcurra un plazo razonable desde que notificó la concesión de un plazo adicional de cumplimiento. Me inclino por la segunda de las soluciones, puesto que se respeta la voluntad del acreedor otorgando plazo, y, simplemente, éste se prolonga hasta una duración razonable, de tal forma que los intereses de ambas partes quedan suficientemente protegidos» [(2011) apartado III, 2, 2.3].

<sup>275</sup> DURÁN RIVACOBIA considera: «(...) y se sustituye la fórmula jurisprudencial de “la voluntad manifiestamente rebelde al cumplimiento” por la más escasa de “de haber declarado que no cumplirá sus obligaciones” (art. 1200, pfo. 3, P)» [(2011) p. 235].

<sup>276</sup> SAN MIGUEL PRADERA (2011) apartado III, 2, 2.3.

que la solución de no establecer un plazo concreto, sino de exigir un plazo de duración razonable, es la mejor solución, pues permite atender a las circunstancias concretas del caso»<sup>277</sup>.

[86] *Propuesta mercantil*.—Los artículos 63.2, 63.3 (transcrito *supra* [57]) y 64.1 PM se ocupan del «procedimiento de notificación-resolución». Según el artículo 64.1 PM:

«(...). En caso de retraso no esencial podrá resolverse también en los términos previstos en el apartado 2 del artículo anterior./ (...)»

En virtud del artículo 63.2 PM:

«En cualquier supuesto de incumplimiento, la parte perjudicada puede conceder a la otra parte un plazo adicional razonable para que efectúe su cumplimiento. Si transcurrido el plazo adicional el deudor no cumple, aunque su incumplimiento no sea esencial, podrá la parte perjudicada dar por terminado el contrato.»

[87] Sobre esta regulación de la *Propuesta mercantil*:

a) El «procedimiento de notificación-resolución» se aplica al incumplimiento del retraso (art. 64.1 PM) y a «cualquier supuesto de incumplimiento» (art. 63.2 PM), expresión esta que permite incluir el cumplimiento defectuoso o la falta de conformidad. Dicha expresión también permite considerar incluido al incumplimiento no esencial y al esencial. No se excluye, de modo expreso, la posibilidad de resolver la relación contractual en los incumplimientos de escasa importancia. Su exclusión puede justificarse en el artículo 7 CC.

b) El plazo adicional para cumplir, que el acreedor concede al deudor, ha de ser razonable: lo es aquel en que sea factible que el deudor pueda cumplir, teniendo en cuenta las concretas circunstancias del caso.

c) En virtud del artículo 63.3 PM, mientras transcurra el plazo fijado para cumplir, el acreedor puede suspender el cumplimiento de su propia prestación, y conserva su derecho a ser indemnizado de los daños que la subsanación del incumplimiento, por el deudor, no haya evitado.

#### D) *La resolución anticipada*

[88] Se regula en las *Propuestas civil* (art. 1200.II y III) y *mercantil* (art. 62.3). La contempla la *Propuesta sobre compraventa* (art. 1485.3.º).

<sup>277</sup> SAN MIGUEL PRADERA (2011) apartado III, 2, 2.3.

[89] *Propuesta civil.*—El artículo 1200, II y III, PC dispone:

*«También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto.*

*La fijación de plazo no será necesaria en ninguno de los casos a que se refieren los párrafos anteriores si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones.»*

[90] Sobre el artículo 1200, II y III, PC:

a) El elemento que individualiza a la resolución anticipada es, que el acreedor puede resolver la relación contractual antes de que la obligación venza según el contrato.

b) Presupuesto de la resolución anticipada del artículo 1200.II PC es el «riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor». Debe haber un riesgo de futuro incumplimiento, riesgo que ha de ser claro. Además, el previsible incumplimiento ha de ser un incumplimiento esencial. Por ejemplo, el deudor es incapaz de ejecutar todos los contratos que ha celebrado, incluido aquel que le interesa al acreedor, o el deudor adolece de una insuficiencia patrimonial con muy alta probabilidad de no poder remontarla para la fecha de cumplimiento del contrato, o es definitivamente insolvente.

c) Ante ese «riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor», el acreedor puede adoptar alguna de las siguientes decisiones (art. 1200.II PC).

Una, fijar al deudor un plazo para cumplir. Si el deudor no cumple en él, el acreedor podrá resolver. Esto recuerda al procedimiento de notificación-resolución del artículo 1200.I PC.

La otra decisión consiste en fijar al deudor un plazo para que preste garantía adecuada de cumplimiento. Si el deudor no se la presta, el acreedor podrá resolver. La «garantía adecuada» supone una garantía segura y suficiente del cumplimiento de la obligación.

La resolución anticipada de la relación contractual presupone el vencimiento anticipado de la obligación del deudor (cfr. art. 1120 PC)<sup>278</sup>.

d) Frente al supuesto de la resolución anticipada del artículo 1200.II PC, el artículo 1200.III PC permite al acreedor, si quiere, resolver de inmediato la relación contractual. No se le exige que fije un plazo previo al deudor para poder resolver. La razón es que el otorgamiento del plazo es innecesario pues la situación del futu-

<sup>278</sup> Artículo 1120 PC: «Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo:/ 1. Cuando, después de contraída la obligación resulte insolvente, salvo que se garantice la deuda./ 2. (...)»; cfr. art. 1129 CC.

ro incumplimiento del deudor es cierta y dar un plazo al deudor alargaría (seguramente de modo innecesario) la decisión del acreedor de desvincularse del contrato acudiendo al recurso de la resolución.

e) La clave de diferenciación de los párrafos II y III del artículo 1200 PC reside en que, el párrafo II se refiere al probable futuro incumplimiento esencial del deudor (añado, con probabilidad relevante). En el párrafo II no hay plena certeza del futuro incumplimiento esencial. En cambio, en el párrafo III se presupone cierto el futuro incumplimiento del deudor. Lo dicho justifica que en el supuesto del párrafo II, el acreedor, dependiendo de cómo actúe el deudor, pueda finalmente disponer del remedio de la resolución, y que en el supuesto del párrafo III, el acreedor pueda de inmediato resolver la relación contractual.

f) Comparado con el Código civil, el artículo 1200.II PC es novedad por ser norma de carácter general y señalar un procedimiento que, según cómo finalice, permitirá o no al acreedor disponer de la resolución. El equivalente al artículo 1200.II PC sería el artículo 1503.I CC, si bien el último se refiere a la venta de un inmueble y faculta al vendedor para la inmediata resolución cuando éste tiene «fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio». El artículo 1503.I CC es norma especial frente al artículo 1124 CC y plantea la cuestión de su posible generalización<sup>279</sup>. Teniendo presente esto y porque además considero que en sí misma es norma razonable para el Derecho de contratos, entiendo que es correcto disponer del artículo 1200.II PC<sup>280</sup>. Incidentalmente he de señalar, que en la *Propuesta civil* se modifica el párrafo II del artículo 1503 CC, modificación que se limita a sustituir la remisión al artículo 1124 CC, a la de los artículos 1999 y ss. PC<sup>281</sup>.

g) El artículo 1200.III PC también es novedad, comparado con el Código civil, en el que no hay norma que disponga algo similar para el contrato en general. La expresión jurisprudencial de la voluntad deliberadamente rebelde del deudor al cumplimiento

<sup>279</sup> SAN MIGUEL PRADERA: «(...) mientras la resolución del art. 1124 sólo puede tener lugar cuando el incumplimiento ya se ha producido, en el ámbito del art. 1503, la resolución opera en un momento anterior, y precisamente por el temor a que se produzca dicho incumplimiento. ¿Puede generalizarse la resolución anticipada que prevé el art. 1503? La doctrina señala que este precepto tiene carácter excepcional, pues sólo se prevé para compraventas de bienes inmuebles, exclusivamente a favor del vendedor (...) y para el supuesto de peligro de pérdida de la contraprestación y del objeto entregado» [«Artículo 1503 CC» (2010) p. 1639].

<sup>280</sup> En su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual, PANTALEÓN PRIETO considera que el acreedor ha de disponer de la resolución anticipada [ADC (1993) p. 1727].

<sup>281</sup> Artículo 1503.II CC: «Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1124». Artículo 1503.II de la *Propuesta de Modernización*: «Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en los artículos 1199 y siguientes».

sería su equivalente, en cuanto incluye el supuesto en que el deudor declara que no cumplirá, pero ha de tenerse en cuenta que se la está aplicando cuando aún no ha vencido la obligación del deudor (no obstante, ha de haber un vencimiento anticipado). Aunque el Código civil no contenga norma similar a la del artículo 1200.III PC, es claro que puede construirse con los instrumentos generales del derecho de contratos. No obstante, es mejor disponer de un artículo que lo indique de modo expreso.

[i] a) Artículo 7.3.3 Principios UNIDROIT:

«(Incumplimiento anticipado)

Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver.»

a.1) En el Comentario único del artículo se indica que el incumplimiento esperado se equipara al que se produce cuando se debe la prestación. El incumplimiento habrá de existir, pues no basta la sospecha de incumplimiento, incluso si es fundada; además, debe ser un incumplimiento esencial. Un ejemplo de incumplimiento anticipado es «cuando una parte declara que no cumplirá el contrato»<sup>282</sup>.

b) Artículo 7.3.4 Principios UNIDROIT:

«(Garantía adecuada de cumplimiento)

Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte puede reclamar una garantía adecuada del cumplimiento y, mientras tanto, puede suspender su propia prestación. Si esta garantía no es otorgada en un plazo razonable, la parte que la reclama puede resolver el contrato.»

b.1) En el artículo 7.3.3 Principios UNIDROIT es claro el incumplimiento futuro. En el artículo 7.3.4 Principios UNIDROIT, es razonable creer que tendrá lugar el incumplimiento, pero es posible que pueda tener lugar el cumplimiento<sup>283</sup>. Para evitar incertidumbres, el artículo 7.3.4 Principios UNIDROIT permite que el acreedor pueda exigir del deudor una garantía. Si éste la da, no es posible resolver la relación contractual; en otro caso, podrá resolver. Sobre la «garantía adecuada», en el Comentario 2 del artículo se indica que ello depende de las circunstancias, pudiendo ser suficiente la declaración de la otra parte de que cumplirá; otras veces puede consistir en una fianza o garantía de tercero<sup>284</sup>.

<sup>282</sup> Principios UNIDROIT (2004) pp. 233-234.

<sup>283</sup> Comentario 1 del artículo 7.3.4 Principios UNIDROIT (2004) p. 234.

<sup>284</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 235. Para la justificación de la norma, *vid.* Comentario 1 del artículo 7.3.4, *op. cit.* p. 234.

[ii] a) Artículo 9:304 PECL:

«Anticipatory Non-Performance

Where prior to the time for performance by a party it is clear that there will be a fundamental non-performance by it, the other party may terminate the contract». Cfr. artículo III.-3:504 DCFR.

a.1) En el *Comment A* del artículo se señala que la posibilidad de poder resolver la relación contractual se basa en que no puede razonablemente esperarse que una parte siga vinculada, cuando es claro que la otra no puede o no quiere cumplir en la fecha debida. La resolución por incumplimiento esencial anticipado se equipara al incumplimiento esencial una vez que es debido el cumplimiento<sup>285</sup>.

b) Artículo 8:105 PECL:

«Assurance of Performance

(1) A party which reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party may demand adequate assurance of due performance and meanwhile may withhold performance of its own obligations so long as such reasonable belief continues.

(2) Where this assurance is not provided within a reasonable time, the party demanding it may terminate the contract if it still reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party and gives notices of termination without delay». Cfr. artículo III.-3:505 DCFR.

b.1) El artículo 8:105 PECL se aplica cuando hay una razonable creencia de que el deudor incumplirá, pero es también posible que el deudor pueda finalmente cumplir. Aquí reside la diferencia con el artículo 9:304 PECL.<sup>286</sup> Sobre la garantía adecuada, en el *Comment D* del artículo 8:105 PECL se señala que ello depende de las circunstancias, lo cual incluye la integridad del deudor, su previa conducta en relación con el contrato y la naturaleza del evento que crea incertidumbre sobre su capacidad y voluntad de cumplir. En ocasiones, basta la declaración del deudor de que tiene intención de cumplir; otras veces puede ser razonable exigir prueba de la capacidad del deudor para cumplir<sup>287</sup>.

[91] *Propuesta sobre compraventa.*—En virtud del artículo 1485.3.º PCV, el comprador puede resolver la relación contractual «[s]i el vendedor hubiese rehusado ejecutar la modalidad de cumplimiento procedente en dichas condiciones o se previere fundadamente que no la

<sup>285</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 417. *Vid. Comment B y Comment D* del artículo III.-3:504 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 867 y 868].

<sup>286</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) *Comment A*, p. 370.

<sup>287</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 371; *vid. Comment D* del artículo III.-3:505 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 872]; sobre la razón del artículo 8:105 PECL, *Comment A*, LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 370; *vid. Comment A* del artículo III.-3:505 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 871].

*ejecutará así». Según la EM de la Propuesta sobre compraventa: «[s]e acoge aquí la doctrina del incumplimiento previsible» (núm. 20).*

[i] Artículo 72 CISG:

«1. Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.

2. Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

3. Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones»<sup>288</sup>.

[92] *Propuesta mercantil*.—El artículo 62.3 PM ordena:

*«Cuando una de las partes contratantes tenga razones fundadas para creer que se va a producir un incumplimiento esencial del contrato, podrá exigir garantía adecuada de su cumplimiento, sus-*

<sup>288</sup> Cfr. artículo 71 CISG: «1. Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de: a) Un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o b) Su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato./ 2. El vendedor, si ya hubiere expedido las mercaderías antes de que resulten evidentes los motivos a que se refiere el párrafo precedente, podrá oponerse a que las mercaderías se pongan en poder del comprador, aun cuando éste sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas. Este párrafo concierne sólo a los derechos respectivos del comprador y del vendedor sobre las mercaderías./ 3. La parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe, antes o después de la expedición de las mercaderías, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y deberá proceder al cumplimiento si esa otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones». Sobre el artículo 71 CISG, HONNOLD indica: «En suma, conforme al artículo 71.1, el temor subjetivo de una de las partes no justificará la suspensión; deben darse motivos objetivos que demuestren un alto grado de probabilidad de incumplimiento» [(1987 de la trad.) núm. 388, p. 432; CALVO CARAVACA «Artículo 71 CISG» (1998) p. 565]; «Meras palabras tranquilizadoras no pueden constituir “seguridades suficientes” de cumplimiento: según el párrafo 3, una parte notificada de suspensión debe evidenciar concretos hechos o acciones que acaben con la amenaza de que “no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones” (art. 71.1)» [(1987 de la trad.) núm. 392 p. 435; CALVO CARAVACA, *op. cit.* p. 568]; «Supongamos que una parte está afectada por la amenaza de incumplimiento por la otra, y que difiere justificadamente su cumplimiento; la otra parte recibe notificación de esta suspensión, pero no da una “seguridad suficiente” a la parte afectada. Desde luego, la parte afectada puede continuar suspendiendo su propio cumplimiento, pero ¿cómo se resolverán finalmente las relaciones contractuales? Si pasa el tiempo de cumplimiento de la parte notificada y ésta incumple, en la mayoría de los casos la parte afectada podrá resolver el contrato y pedir indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento (arts. 25, 49, 64 y 81). La parte afectada, de todas formas, no necesita esperar el tiempo fijado para el cumplimiento por la parte que ha sido notificada. El hecho de que la parte notificada no responda otorgando “seguridades suficientes” puede dejar claro que va a cometer un incumplimiento del contrato, una causa de resolución del contrato según el artículo 72 (...)» [(1987 de la trad.) núm. 394, p. 437]. En cambio, CALVO CARAVACA: «Frente a esta opinión [la de Honnold, por ejemplo], se sitúan con razón quienes entienden que se trata tan sólo de un síntoma, que invita a la cautela y que necesitaría ser corroborado y completado por otros elementos para que pudiera proclamarse la resolución de la relación contractual que une a ambas partes» [*op. cit.* p. 568].

*pendiendo mientras tanto su propia prestación. Si la garantía no se otorga, podrá resolver el contrato».*

[93] El artículo 62.3 PM recoge una de las alternativas que el artículo 1200.II PC prevé: la de exigir al deudor garantía adecuada de cumplimiento (ha de entenderse que en plazo razonable). Para ello se requiere que haya razones fundadas de que se va a producir el futuro incumplimiento, el cual ha de ser esencial. A diferencia de la *Propuesta civil*, en la *Propuesta mercantil* se especifica que, durante el plazo fijado para que el deudor preste garantía, el acreedor puede suspender el cumplimiento de su propia prestación. Regla esta que, a mi juicio, hubiera sido adecuado especificar en la *Propuesta civil*.

## 7.2 EL EJERCICIO DE LA RESOLUCIÓN: LA NOTIFICACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD DE RESOLVER LA RELACIÓN CONTRACTUAL

[94] Las *Propuestas civil* (art. 1199.II), *sobre compraventa* (art. 1482.I PC) y *mercantil* (art. 64.2 primera regla) acogen el modelo del ejercicio extrajudicial de la resolución.

[95] *Propuesta civil*.—El artículo 1199.II PC dispone:

*«La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte»*<sup>289</sup>.

[96] Sobre el artículo 1199.II PC:

a) Del artículo 1199.II PC se extrae la regla de que la resolución se ejercita mediante declaración de voluntad unilateral del acreedor, notificada a la otra parte<sup>290</sup>. Es una facultad de configuración jurídica del acreedor [igual, en el remedio de la reducción del precio, *supra* [63] e)]. La adopción de este modelo por parte de la

<sup>289</sup> Cfr. artículo 1305.I PC: «La facultad de anulación podrá ejercitarse extrajudicialmente, dentro del plazo de caducidad, mediante comunicación dirigida a la otra parte con expresión de las razones en que se funde». En opinión de DURÁN RIVACOPA: «(...), transita dicho panorama de inseguridades, aunque a la vez ofrezca positivos aspectos y horizontes al integrarse dentro de un esquema mucho más práctico y operativo, el novedoso cauce de hacer efectiva la ineficacia con arreglo al primer párrafo del artículo 1305 de la *Propuesta*: (...) [transcribe el art. 1305 PC]. Tal mecanismo resulta del todo insólito en el Derecho español y se aproxima enormemente con el resolutorio, que responde a otros principios y motivaciones. Pese a todo ello, no excluyo la utilidad en el caso de que medie aceptación por la contraparte por su evidencia y, desde luego, produce una deseable inversión de la carga procesal en beneficio de la víctima. En el fondo, constituye una forma de sentirse desvinculado de obligaciones notoriamente viciadas» [(2010) p. 250]. *Vid. infra* nota 292 c).

<sup>290</sup> Sobre el concepto de declaración negocial: DE CASTRO y BRAVO (1971) § 84 pp. 65-66.

*Propuesta civil* constituye un importante cambio normativo, pues la resolución del artículo 1124.III CC es de ejercicio judicial (según interpretación literal)<sup>291</sup>. El artículo 1199.II PC viene a codificar la asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo que admite el ejercicio extrajudicial de la resolución por parte del acreedor y bajo el control de los Tribunales si el deudor la discute<sup>292</sup>.

Señalado cómo creo que puede interpretarse la *Propuesta civil*, a continuación expongo algunas de las consideraciones doctrinales ya realizadas para la *Propuesta civil*. Tras ello, reproduzco los artículos 7.3.2 Principios UNIDROIT y 9:303 PECL que recogen el modelo extrajudicial de la resolución.

[i] a) Clemente Meoro asocia el ejercicio de la resolución, mediante notificación a la otra parte (art. 1199.II PC), al supuesto del incumplimiento esencial (art. 1199.I PC) e indica:

«(...), no se establece en el art. 1200 PMDOC [PC] (resolución mediante el procedimiento de notificación-resolución) si el acreedor, ante la falta de cumplimiento o subsanación en el plazo razonable concedido al deudor ha de notificar que resuelve el contrato,

<sup>291</sup> Artículo 1124.III CC: «[e]l Tribunal decretará la resolución»; art. 1184 CC francés: «La résolution doit être demandée en justice, (...)» Una visión global y sintética de Derecho comparado de los modelos de ejercicio de la resolución: SAN MIGUEL PRADERA (2004) [015]-[039] pp. 36-54. Partidario de la supresión del artículo 1124.III CC por contemplar una resolución judicial: PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1733.

<sup>292</sup> a) SAN MIGUEL PRADERA informa de la existencia de dos líneas jurisprudenciales. Una admite la resolución extrajudicial cuando es consecuencia del acuerdo de las partes o cuando el deudor acepta la elección del acreedor por la resolución ([371]-[380] pp. 308-318). Indica que fue Álvarez Vigaray quien acuñó la expresión «resolución convencional». La autora considera «más acertado hablar de “resolución consentida”», al considerar que «se trata simplemente de un allanamiento del deudor a la prestación resolutoria del acreedor, de manera que no significa una nueva forma de resolver el contrato, sino una consecuencia de la resolución judicial» ([382] p. 318; *vid.* también [405] p. 336, [413] p. 341, [416] p. 344; para su estudio [383]-[420] pp. 318-347). La otra línea admite la resolución mediante declaración unilateral del acreedor dirigida al deudor y, si éste discute la procedencia de la resolución, los Tribunales valoran si fue bien hecha o no se ajustó a derecho; esta jurisprudencia fue temprana en el tiempo ([430] p. 353; para el análisis de esta jurisprudencia [431]-[442] pp. 354-362). Afirma SAN MIGUEL: «(...) que resolución judicial y resolución por declaración unilateral son dos formas paralelas y alternativas de ejercicio del derecho de resolución en el Derecho español» ([447] p. 366), y: «[l]a especialidad de nuestro Ordenamiento radica, precisamente, en que la regulación legal de la resolución es eminentemente judicial y en que el debilitamiento del carácter judicial de la resolución ha sido obra de la jurisprudencia y de la doctrina» ([451] p. 368; todas las citas de su obra de (2004)). b) Para la excesiva onerosidad y sobre el ejercicio de la resolución en dicha figura (los modelos de pacto, judicial y unilateral), SAN MIGUEL expone los modelos de los PECL, de los Principios UNIDROIT ([421]-[425] pp. 347-350), del Derecho holandés, del Derecho alemán ([426]-[428] pp. 350-353) y del vigente Derecho español [nota 165 pp. 351-352; todas las citas de la obra de (2004)]. c) Más allá de la resolución de la relación contractual por incumplimiento del deudor, recientemente JEREZ DELGADO defiende que en el Código civil encaja el modelo del ejercicio extrajudicial de la anulación del contrato (autotutela; derecho potestativo) [(2011), para su opinión [74]-[77] pp. 96-102; *vid.* [1]-[73] pp. 31-96, [116]-[142] pp. 151-168, [232]-[236] pp. 229-233; § 143 BGB]. *Vid. supra* nota 289.

pero del art. 1201, que prevé la pérdida de la facultad resolutoria por ejercicio tardío, parece desprenderse que sí ha de notificar la resolución»<sup>293</sup>.

Esta consideración de Clemente Meoro permite entender, que posiblemente la norma del artículo 1199.II PC esté mal ubicada y sea oportuno recogerla en artículo independiente, si es que se quiere establecer de modo generalizado la resolución extrajudicial.

b) Sobre el artículo 1200 PC y la resolución, San Miguel Pradera manifiesta:

«Además, puesto que está previsto que la resolución se ejercite mediante notificación al deudor (...), sería conveniente especificar si, en la misma notificación de concesión de un plazo adicional para cumplir, el acreedor puede declarar la resolución en caso de transcurso infructuoso del plazo, de tal manera que la resolución opere automáticamente una vez transcurrido el plazo, o si, por el contrario, siempre será necesario que se realice la notificación de la resolución una vez que ha transcurrido infructuosamente el plazo adicional. No encuentro inconvenientes para que en una misma notificación el acreedor otorgue un plazo adicional para el cumplimiento y declare la resolución para el caso en el que el deudor deje de transcurrir el plazo sin proceder al cumplimiento»<sup>294</sup>.

[ii] a) Durán Rivacoba entiende que la *Propuesta civil* recoge dos cauces alternativos para la resolución:

«(...), no es menos cierto que la disciplina de la resolución mejora en la *Propuesta* sensiblemente, priorizando el cauce alternativo al judicial –(...) [transcribe el art. 1199.II PC]– que puede tener amplia expresión práctica. Ese régimen, característico del *common law*, comporta ciertos riesgos en su traslado absoluto al ámbito continental. Con todo, conserva el doble cauce, al menos como esquema, cuando se alude al ejercicio de «*la acción resolutoria*» (art. 1202, pfo. 2, P.), aunque sin la notoriedad que sería deseable»<sup>295</sup>.

b) Según San Miguel Pradera: «parece que la Propuesta opta por el modelo de resolución extrajudicial»; en nota 108 indica: «[n]o obstante, no parece descartarse una resolución judicial, puesto que en los preceptos relativos a los efectos de la resolución, se hace referencia a la acción resolutoria (art. 1202 CC)»<sup>296</sup>.

c) Por último, en opinión de Palazón Garrido:

«(...) la Propuesta se inclina por el ejercicio extrajudicial del remedio. Podría haberse recogido la facultad del acreedor de elegir la vía judicial o extrajudicial, como hacen los ordenamientos italiano y holandés. Sin embargo, consideramos adecuada la opción de

<sup>293</sup> CLEMENTE MEORO (2011) p. 8.

<sup>294</sup> SAN MIGUEL PRADERA (2011) apartado 2, 2.3.

<sup>295</sup> DURÁN RIVACOBA (2010) p. 235.

<sup>296</sup> SAN MIGUEL PRADERA (2011) apartado IV.

los miembros de la Comisión, ya que el acreedor siempre podrá acudir a los Tribunales para el ejercicio de su pretensión, si así lo desea y, sobre todo, queda abierta esta vía al contratante incumplidor para contestar la gravedad del incumplimiento o la razonabilidad del plazo adicional concedido»<sup>297</sup>.

[iv] Artículo 7.3.2 Principios UNIDROIT:

«(Notificación de la resolución)

(1) El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte./ (...)»

a) En el Comentario 1 del artículo se indica: «(...) El requisito de la notificación permitirá a la parte incumplidora evitar pérdidas originadas por la incertidumbre de si la parte perjudicada aceptará el cumplimiento. También se pretende evitar que la parte perjudicada especule con el alza o baja del valor de la prestación en detrimento de la parte incumplidora»<sup>298</sup>.

[v] Artículo 9:303 PECL:

«Notice of Termination

(1) A party's right to terminate the contract is to be exercised by notice to the other party./ (...)/.

(4) If a party is excused under Article 8:108 through an impediment which is total and permanent, the contract is terminated automatically and without notice at the time the impediment arises» [cfr. arts. III.-3:507, III.-3:104 (4) DCFR<sup>299</sup>].

a) En el *Comment A* del artículo se indica, que un justo trato exige de la parte perjudicada, que quiera resolver, que lo notifique al incumplidor. Al incumplidor ha de posibilitársele la recolocación de los bienes, los servicios, el dinero. La incertidumbre sobre si el perjudicado aceptará o no el cumplimiento causa al incumplidor, frecuentemente, pérdidas desproporcionadas, comparado con los inconvenientes que al perjudicado le supone comunicar la resolución. En aquellos otros casos en los que el cumplimiento se ha llevado a cabo, una actitud pasiva por aquél que ha recibido el cumplimiento, puede hacer creer al que ha realizado el cumplimiento, que el primero lo acepta incluso si el cumplimiento fue muy tardío o defectuoso. Si la parte perjudicada quiere resolver, debe comunicarlo a la otra en plazo razonable<sup>300</sup>.

El artículo 9:303 (1) PECL cuenta con dos excepciones. Una se recoge en dicho artículo, en su apartado (4), en virtud del cual, si el

<sup>297</sup> PALAZÓN GARRIDO (2011) p. 447.

<sup>298</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 232.

<sup>299</sup> *Vid. Comment D* del artículo III.-3:104 DCFR: VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 786-788.

<sup>300</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 414. *Comment A* del artículo III.-3:507 [VON BAR/CLIVE (ed.) (2000) I pp. 878-879].

incumplimiento es excusable, total y permanente, la resolución del contrato es automática<sup>301</sup>. Si el impedimento es temporal o parcial, se requiere que el perjudicado notifique la resolución [*vid.* art. 8:108 (3) PECL]<sup>302</sup>. La otra excepción (*Comment D*) es cuando se resuelve a través del procedimiento de notificación-resolución del artículo 8:106 PECL: en su comunicación, el perjudicado puede indicar, que si el incumplidor no cumple en el plazo fijado, el contrato se resolverá<sup>303</sup>.

[iii] Las razones ofrecidas en los Comentarios de los Principios UNIDROIT y de los PECL no son las únicas posibles para justificar la opción del ejercicio extrajudicial de la resolución<sup>304</sup>.

b) La declaración de resolución ha de dirigirse al deudor<sup>305</sup> y es recepticia<sup>306</sup>. Este último rasgo requiere de algún comentario.

Sobre la resolución extrajudicial, autores y jurisprudencia han admitido que la declaración de resolución tiene eficacia cuando la recibe el destinatario<sup>307</sup>. San Miguel indica que la mayoría de los autores ha optado por recurrir, en su justificación, a los criterios contenidos en las normas que regulan la perfección del contrato, en particular al artículo 1262 CC antes de su reforma en 2002. A su parecer, tal solución tiene difícil encaje en el actual sistema español cuyo artículo 1262 CC párrafo II primera regla dispone: «[h]allándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la acepta-

<sup>301</sup> En el Código civil, supuestos de extinción automática de la relación obligatoria son los artículos 1595, 1568: *vid.* SAN MIGUEL PRADERA (2004) [192]-[196] pp. 174-177. Para el Derecho alemán, *vid.* las consideraciones de ZIMMERMANN sobre la relación entre los §§ 326.I.1 y 275 BGB, «Los medios de tutela» (2005, 2008 de la trad.) pp. 74-77, 79-80; MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON (2006) pp. 409-411, 421, 429-430; también SAN MIGUEL PRADERA (2004) [183]-[186] pp. 164-169, en particular [186] pp. 167-169.

<sup>302</sup> *Comment D*, LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 415. *Vid. Comment D* del artículo III.-3:104 (4) DCFR (pp. 786-788) y nota 14 en p. 791 [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I].

<sup>303</sup> LANDO/BEALE (2000) p. 415. *Vid. Comment E* del artículo III.-3:503 DCFR (p. 864) y artículo III.-3:507 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I].

<sup>304</sup> FENOY PICÓN, *CCJC* (2005) núm. 68, [3]-[16] pp. 516-533.

<sup>305</sup> SAN MIGUEL PRADERA (2004) [461]-[463] pp. 377-378.

<sup>306</sup> SAN MIGUEL PRADERA: «Tradicionalmente se vienen equiparando en nuestro Ordenamiento las declaraciones *dirigidas a la otra parte* y las declaraciones *recepticias*» [la cursiva es negra en el original; (2004) [464] p. 379].

<sup>307</sup> SAN MIGUEL PRADERA (2004) [464]-[467] pp. 378-382. Por otro lado, señala la autora: «No hay una equivalencia entre existencia y eficacia: existe declaración de resolución desde el momento en que el acreedor la emite, pero la declaración de resolución no es eficaz hasta que no llega al deudor o hasta que este la conoce (si se es partidario de este último criterio)» ([481] p. 395 y la nota siguiente). La distinción entre existencia y eficacia de la declaración de resolución le permite plantear la cuestión de si el acreedor, que emitió la declaración de resolución, puede cambiar de opinión y dar marcha atrás ([482] p. 395), analizando la retirada de la declaración de resolución ([483]-[486] pp. 396-398) y la irrevocabilidad de la declaración de resolución y sus excepciones ([487]-[497] pp. 398-405).

ción o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe»<sup>308</sup>.

Frente al Código civil, la *Propuesta civil* regula las declaraciones de oferta y aceptación y el momento de perfección del contrato en detalle, siendo patente la influencia de la CISG<sup>309</sup>. En la formación de los contratos mediante oferta y aceptación (arts. 1246 ss. PC) las declaraciones son eficaces cuando llegan al destinatario (arts. 1247.I, 1250.II<sup>310</sup> PC) y, según el artículo 1257 PC: «A los efectos de este capítulo, para entender que una comunicación ha llegado a su destinatario, basta que haya llegado al lugar que tenga designado para ello, a su establecimiento o domicilio». Argumentando con esta normativa, puede señalarse que en la *Propuesta civil* la declaración de resolución surte efectos cuando llega al destinatario (declaración recepticia).

c) En los riesgos de transmisión de la declaración de resolución –no llega al destinatario por pérdida o error; llega con retraso (ya transcurrido el plazo razonable), no siendo ello imputable al acreedor y habiéndose elegido un medio de comunicación adecuado para la transmisión– he de señalar que el artículo 1253.II PC regula la aceptación tardía de la oferta contractual, disponiendo que si por las circunstancias se demuestra que la aceptación hubiera llegado al ofe-

<sup>308</sup> SAN MIGUEL PRADERA (2004) [470]-[472] pp. 385-389. En relación con el vigente artículo 1262.II CC (art. 54 CCO) indica: «Aplicando los criterios que se derivan del nuevo precepto a la declaración de resolución por incumplimiento, podemos afirmar, como regla general, que dicha declaración producirá efectos en el momento en que sea conocida por el deudor. No obstante, no siempre es necesario que dicho conocimiento se produzca, pues se admite que la declaración surta efectos cuando, habiendo sido emitida, el destinatario “no puede ignorarla sin faltar a la buena fe”» [(2004) [473] p. 390, *vid.* desde p. 389].

<sup>309</sup> LUIS DÍEZ-PICAZO da por supuesto lo sumamente conveniente de recoger las soluciones de la CISG y de los PECL para la formación del contrato [ADC (2003) p. 1572; *vid.* del autor además (2011) p. 5]. FERRÁNDIZ GABRIEL, que analiza la formación del contrato en la *Propuesta de Modernización*, señala: «(...) es usual que en los ordenamientos falte una específica regulación de las declaraciones de voluntad cuando las mismas no consistan en una oferta o una aceptación y, con mayor razón, de las declaraciones que no sean de voluntad./ Ello explica que el régimen jurídico de todas las declaraciones se construya, normalmente, sobre los específicos preceptos que disciplinan la oferta y la aceptación, en cuanto vehículos que llevan al consentimiento que dan vida al contrato» [(2011) p. 9].

<sup>310</sup> Artículo 1247.I PC: «La oferta tendrá efectividad cuando llegue al destinatario» (cfr. arts. 17.1 CISG, 2.1.3 Principios UNIDROIT). Artículo 1250.II PC: «La aceptación adquiere efectividad en el momento en que llegue al oferente» (*vid.* el resto de párrafos; cfr. art. 18.2 CISG; *vid.* art. 18.3 CISG; art. 2.1.6 (2) Principios UNIDROIT; cfr. el apartado (3) de dicho art. 2.1.6; art. 2:206 PECL). Por otro lado, el artículo 1255 PC dispone: «El contrato queda perfeccionado en el momento en que se hace efectiva la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores» (cfr. arts. 23 CISG, 2.1.1 Principios UNIDROIT; art. 2:205 PECL). (Cfr. 24 CISG).

Más allá, para las obligaciones alternativas, según el artículo 1107 PC: «La elección corresponde al deudor, a menos que se haya atribuido al acreedor o a un tercero./ La elección tiene lugar mediante declaración de voluntad dirigida a la otra parte, o a ambas, y es irrevocable desde que llega a su destinatario o destinatarios./ La obligación alternativa se convierte en simple tras la elección».

rente en plazo, hay aceptación (art. 1253.II PC<sup>311</sup>). Esta regla puede aplicarse con la oportuna adaptación a la declaración de resolución de la relación contractual: en consecuencia, aquélla surtirá efecto en los supuestos antes indicados de pérdida, error o retraso. El momento de su eficacia será el hipotético momento en que la declaración hubiera llegado al deudor si todo hubiera transcurrido en orden<sup>312</sup>. La asunción de estos riesgos, por parte del deudor, se justifica en que su inicial incumplimiento ha sido la causa de la resolución<sup>313</sup>.

<sup>311</sup> Artículo 1253.II PC: «Si la carta o comunicación escrita que contenga una aceptación llega tardíamente, pero en circunstancias tales que demuestran que con su transmisión normal hubieran llegado al oferente en el plazo debido, habrá aceptación a menos que el oferente comunique sin demora al destinatario que considera su oferta caducada». Cfr. artículo 21.2 CISG, aplicable a la Parte II, Formación del contrato, de la CISG. Para el artículo 27 CISG, en la Parte III, Compraventa de mercaderías, en texto [i] e *infra* nota 313. *Vid.* artículo 2.1.9 (2) Principios UNIDROIT; artículo 2:207 (2) PECL.

<sup>312</sup> Para el Derecho español: SAN MIGUEL PRADERA (2004) [479]-[480] pp. 393-394. En relación con la *Propuesta civil*, SAN MIGUEL PRADERA entiende: «Si se admite que la notificación de la resolución es eficaz desde el momento en que llegue al contratante incumplidor, parece razonable deducir que, desde que el acreedor emite la notificación hasta que ésta llega al deudor, la pérdida o retraso que pueda sufrir la notificación, en principio, es de cuenta del declarante, a no ser que la misma se deba a una circunstancia de la que hubiera de responder el destinatario. Sin embargo, tanto la CISG como los PECL –a mi juicio, acertadamente– hacen correr al destinatario de la declaración con los riesgos de pérdida, error o retraso en su transmisión, siempre y cuando la comunicación se haya realizado por un medio adecuado a las circunstancias [art. 27 CISG y 1:303 (4) PECL] (*vid.* la siguiente nota). La razón es sencilla: puesto que la notificación de la resolución tiene su origen en la falta de cumplimiento de su destinatario, parece conveniente que sea él quien corra con los riesgos de pérdida o retraso de la notificación. Sería bueno que la Propuesta se planteara una solución de este tipo». [(2011) epígrafe IV].

<sup>313</sup> En cambio, la CISG, los Principios UNIDROIT y los PECL disponen de expresas reglas: *a)* Para el artículo 27 CISG, SAN MIGUEL PRADERA [(2004) (476) p. 392] señala que aquél ha dado lugar a distintas interpretaciones. Una (Schlechtriem, Date-Bah, Will) considera que conforme al mismo la declaración de resolución es eficaz desde su envío, siendo norma dispositiva. Otros (Leser, Karollus, Neumayer/Ming) entienden que la eficacia de las comunicaciones es el momento de su recepción y el artículo 27 CISG simplemente establece una regla relativa al riesgo de pérdida, retraso o error en la comunicación. SAN MIGUEL considera mejor criterio este segundo. *b)* En los Principios UNIDROIT, el artículo 1.10 (Notificación) establece el principio de la «recepción»: la notificación no es eficaz sino hasta que llegue al destinatario (Comentario 2, p. 30). Pero se puede pactar el principio de la «expedición», conveniente en los casos en que una parte quiere preservar sus derechos (que dependen de una notificación) cuando la otra incumplió o se prevé su incumplimiento; no es justo que aquél haya de asumir los riesgos de pérdida, error o retraso de la notificación (Comentario 3 p. 30). *c)* En los PECL, el artículo 1:303 PECL, Notice (cfr. art. III.-3:106 DCFR) establece como regla que la comunicación ha de llegar a la otra parte, asumiendo los posibles riesgos de su retraso (*Comment C*). No obstante, los PECL prevén ciertas comunicaciones para situaciones en las que, quien está en falta, es el notificado: para estos casos, se indica que parece adecuado que el notificado asuma los riesgos de pérdida, error o retraso [*dispatch principle*: arts. 8:105, 8:106, 9:102 (3), 9:301, 9:303 y 9:304 PECL; no se aplica el *dispatch principle* a las notificaciones que realiza quien está en falta: arts. 8:103 (3), 6:111, 8:105 (2) PECL; *Comment D*]. Según el *Comment F*, cuando se aplica la regla de la recepción, la notificación es eficaz cuando se recibe; si la comunicación está sometida al *dispatch principle*, puede tener eficacia incluso si la notificación no llega o se retrasa: pero en tal caso no tiene eficacia cuando se envía, sino sólo a partir del momento en que normalmente hubiera sido recibida. [LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 129, 130; *vid. Comment A, B y C*, en particular *A y C* del artículo III.-3:106 DCFR; VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 802-803].

d) El contenido de la declaración de resolución ha de ser claro, inequívoco, en el sentido de que no ha de haber duda de que se quiere la resolución de la relación contractual, indicándose al deudor qué incumplimiento se le imputa, si no lo conoce<sup>314</sup>.

e) La *Propuesta civil* no requiere una concreta forma para la declaración de resolución, igual que en la resolución extrajudicial construida por autores y jurisprudencia para el Derecho vigente (distinto es en la resolución del art. 1504 CC)<sup>315</sup>. Por tanto, la declaración de resolución puede ser hecha de forma verbal o por escrito, y mediante cualquier medio de comunicación (siendo conveniente aquél que facilite la prueba de que se llevó a cabo la resolución). Es admisible la resolución mediante declaración de voluntad tácita<sup>316</sup>.

[97] *Propuesta sobre compraventa*.—Con diferente dicción a la del artículo 1199.II PC, el artículo 1482 PCV acoge el modelo de resolución extrajudicial. Creo conveniente la supresión del artículo 1482 PCV, por existir la regla general del artículo 1199.II PC. Las anteriores indicaciones sobre el artículo 1199.II PC son trasladables a la resolución del artículo 1482 PCV<sup>317</sup>.

[i] Artículo 1482 PCV:

«En caso de falta de conformidad, el comprador podrá por su sola declaración dirigida al vendedor (...) o resolver el contrato» (cfr. art. 1490 PCV para los vicios jurídicos).

[ii] Artículo 26 CISG:

«La declaración de resolución del contrato surtirá efectos sólo si se comunica a la otra parte».

[98] *Propuesta mercantil*.—El artículo 64.2 primera regla PM dispone:

«La facultad de cualquiera de las partes de resolver el contrato deberá ejercitarse mediante notificación a la otra parte (...)».

[99] Lo mismo que acabo de considerar para el artículo 1482 PCV, entiendo procedente para el artículo 64.2 primera regla PM.

<sup>314</sup> SAN MIGUEL PRADERA (2004) [498]-[502] pp. 405-408 y [525]-[530] pp. 426-428. Cfr. artículo 1305.I PC.

<sup>315</sup> SAN MIGUEL PRADERA (2004) [609] p. 481; *vid. además* [610]-[611] pp. 481-483, [613]-[616] pp. 484-487; para el artículo 1504 CC, [625]-[635] pp. 492-500. PANTALEÓN PRIETO considera que el artículo 1504 CC debe desaparecer, «porque estimo insensato hacer imperativamente formal la notificación de la voluntad resolutoria» [ADC (1993) p. 1733]. *Vid.* CLEMENTE MEORO (2011) p. 8; ROCA TRÍAS (2011) p. 19; PALAZÓN GARRIDO (2011) p. 441.

<sup>316</sup> SAN MIGUEL PRADERA: «es necesario que la conducta concluyente se produzca frente a aquél al que ha de comunicársele la resolución» [(2004) [612] p. 483, *vid.* hasta p. 484]. Para la declaración de voluntad tácita: DE CASTRO Y BRAVO (1976) § 84 pp. 67-68.

<sup>317</sup> *Vid.* núm. 17 de EM la *Propuesta sobre compraventa*.

### 7.3 EL PLAZO DE EJERCICIO DE LA RESOLUCIÓN Y SU INICIO. DE NUEVO SOBRE LOS LÍMITES TEMPORALES DE EJERCICIO DE LOS REMEDIOS POR INCUMPLIMIENTO

[100] Las *Propuestas civil* (art. 1201 PC), *sobre compraventa* (arts. 1488, 1495 *supra* [70] [i]) y *mercantil* (art. 64.2) regulan el plazo de ejercicio de la resolución de la relación contractual y su inicio.

[101] *Propuesta civil*.—El artículo 1201 PC dispone:

*«Si el deudor ofreciere tardíamente el cumplimiento o lo hubiere efectuado de un modo no conforme con el contrato, perderá el acreedor la facultad de resolver a menos que la ejercite en un plazo razonable desde que tuvo o debió tener conocimiento de la oferta tardía de cumplimiento o de la no conformidad del cumplimiento».*

[102] Sobre el artículo 1201 PC:

a) La resolución debe ejercitarse en plazo razonable. En otro caso, el acreedor pierde su facultad de resolver la relación contractual. La duración de aquel plazo se determina en función de las concretas circunstancias. La *Propuesta civil* desplaza el (desmedido) plazo de quince años de las acciones personales (art. 1964 segunda regla CC).

b) Se regulan dos supuestos. Uno, el de la oferta tardía de cumplimiento por el deudor, que presupone el incumplimiento del retraso (no ejecución de la prestación). El otro, el del incumplimiento no conforme con el contrato.

c) El plazo se computa desde que el acreedor conoció o debió tener conocimiento de la oferta tardía del deudor o de la no conformidad del cumplimiento. Se adopta un criterio subjetivo de inicio de cómputo, que permite que el acreedor tenga la posibilidad efectiva de ejercitar el remedio de la resolución. En consecuencia, el periodo de tiempo que media entre el incumplimiento del deudor y el conocimiento, por parte del acreedor, de la oferta tardía del deudor, no computa jurídicamente. Tampoco computa jurídicamente, el periodo de tiempo que medie entre la ejecución de la prestación no conforme oculta y el momento en que el acreedor la conoce, o debe conocer. Si la no conformidad es aparente, el cómputo es desde que el acreedor la conoce o debe conocer.

## [i] a) Artículo 7.3.2 Principios UNIDROIT:

«(Notificación de la resolución)

(…)

(2) Si la prestación ha sido ofrecida tardíamente o de otro modo no conforme con el contrato, la parte perjudicada perderá el derecho a resolver el contrato a menos que notifique su decisión a la otra parte en un período razonable después de que supo o debió saber de la oferta o de la prestación defectuosa.»

a) Sobre la prestación retrasada, en el Comentario 2 del artículo se indica que el acreedor puede no saber si el deudor quiere cumplir, o si ya ha decidido incumplir, o si está indeciso en cumplir, y el acreedor puede esperar a ver si el deudor ofrecerá el cumplimiento y tomar entonces su decisión<sup>318</sup>. También se indica que el artículo 7.3.2 (2) no trata el supuesto en que el acreedor se entera, por fuente distinta a la del deudor, de que éste pretende cumplir: en este caso, el principio de buena fe y lealtad negocial (art. 1.7 Principios UNIDROIT) puede exigir que el acreedor informe al deudor de que no quiere el cumplimiento tardío y, si no lo hace, responderá de los daños y perjuicios que causare<sup>319</sup>.

Sobre qué es un plazo «razonable», en el Comentario 3 se precisa que depende de las circunstancias; el fin del requisito de la comunicación de la resolución en un plazo razonable es evitar que el acreedor especule con el alza y la baja de los precios<sup>320</sup>.

## [ii] Artículo 9:303 PECL:

«Notice of Termination

(…)

(2) The aggrieved party loses its right to terminate the contract unless it gives notice within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the non-performance<sup>321</sup>.

(3) (a) When performance has not been tendered by the time it was due, the aggrieved party need not give notice of termination before a tender has been made. If a tender is later made it loses its

<sup>318</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 232.

<sup>319</sup> Principios UNIDROIT (2004) pp. 232-233.

<sup>320</sup> Comentario 3 del artículo 7.3.2, Principios UNIDROIT (2004) p. 233.

<sup>321</sup> Artículo 9:102 PECL: «Non-monetary Obligations/ (...)» (3) The aggrieved party will lose the right to specific performance if it fails to seek it within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the non-performance». En el *Comment I* se indica que se trata de proteger al incumplidor de lo oneroso que puede resultarle el que el acreedor le exija de modo tardío el cumplimiento. Los intereses del acreedor no se ven seriamente afectados por tal exigencia, pues puede elegir otro remedio. La carga de la prueba de que la exigencia del cumplimiento se hizo tardíamente corresponde al incumplidor. También se indica que en la regulación de la resolución hay la correspondiente regla: el artículo 9:303 (2) PECL. LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 398-399. *Vid. Comment I* del artículo III.-3:302 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 833]. Cfr. artículo III.-3:302 (4) DCFR.

right to terminate if it does not give such notice within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the tender.

(b) If, however, the aggrieved party knows or has reason to know that the other party still intends to tender within a reasonable time, and the aggrieved party unreasonably fails to notify the other party that it will not accept performance, it loses its right to terminate if the other party in fact tenders within a reasonable time./ (...)». Cfr. artículo III.-3:508 DCFR.

a) En el *Comment B* se indica que el artículo 9:303 (2) PECL se aplica al cumplimiento tardío y al cumplimiento defectuoso; sobre el plazo razonable, se apunta que ello depende de las circunstancias<sup>322</sup>.

A propósito del artículo 9:303 (3) PECL, en el *Comment C* se distinguen tres situaciones. *Primera.*—Aquella en la que el acreedor no sabe si el deudor ofrecerá o no el cumplimiento y *quiere el cumplimiento*. El acreedor dispone de un plazo razonable para exigir el cumplimiento, desde que conoció o debió conocer el incumplimiento [art. 9:102 (3) PECL]. *Segunda.*—Cuando el acreedor no sabe si el deudor ofrecerá el cumplimiento y *no quiere el cumplimiento o está indeciso*: puede esperar a ver si el deudor le ofrece el cumplimiento y actuar de acuerdo con el artículo 9:303, cuando el cumplimiento tenga lugar. *Tercera.*—Cuando el acreedor *sabe* que el deudor está intentando cumplir en plazo razonable y *no quiere el cumplimiento*. Es contrario a la buena fe permitir que el incumplidor lleve a cabo esfuerzos para preparar el cumplimiento de la prestación y después resolver el contrato cuando se ofrece el cumplimiento. Por ello, el artículo 9:303 (b) PECL exige que se notifique al incumplidor, que no se aceptará el cumplimiento, bajo sanción de que, si no se hace así, se pierde el derecho a resolver si la otra parte cumple en plazo razonable.<sup>323</sup>

[103] *Propuesta sobre compraventa.*—Los artículos 1488 y 1495 PCV regulan respectivamente los plazos de ejercicio e inicio de los remedios del cumplimiento, de la reducción del precio y de la resolución por la entrega de cosa no conforme, y por la entrega de cosa con vicios jurídicos. Tales plazos e inicio de cómputo los expuse al analizar el remedio de la reducción del precio y a ello me remito (*supra* [70]).

[i] Artículo 49.2 CISG:

«No obstante, en los casos en que el vendedor haya entregado las mercaderías, el comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace:

a) En caso de entrega tardía, dentro de un plazo razonable después de que haya tenido conocimiento de que se ha efectuado la entrega.

<sup>322</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 414. *Comment A* del artículo III.-3:508 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I pp. 881 y 882].

<sup>323</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 414-415. *Comment A* del artículo III.-3:508 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2000) I pp. 881-882].

b) En caso de incumplimiento distinto de la entrega tardía, dentro de un plazo razonable:

i) Después de que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento.

ii) Después del vencimiento del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1 del artículo 47, o después de que el vendedor haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario; o

iii) Después del vencimiento del plazo indicado por el vendedor conforme al párrafo 2 del artículo 48, o después de que el comprador haya declarado que no aceptará el cumplimiento.»

a) Honnold apunta problemas prácticos, que justifican la exigencia de que la resolución se ejercite en plazo razonable. Así, el comprador puede saber que las mercaderías han llegado a destino y tiene intención de resolver; si retrasa su ejercicio, aumentarán los costes de almacenaje, hay riesgos innecesarios de pérdidas y daños, el precio de mercado de la mercadería puede descender. Otro supuesto: al comprador se le han entregado mercaderías no conformes con el contrato y quiere resolver; si el comprador se retrasa en ejercitar la resolución, se retrasa la posibilidad de que el vendedor pueda reparar las mercaderías, revenderlas y se aumentan riesgos y gastos<sup>324</sup>.

[104] *Propuesta mercantil*.—Según el artículo 64.2.I PM, la resolución ha de ejercitarse:

«(...) dentro de un plazo razonable a contar desde el momento en que la parte perjudicada tuvo o pudo tener conocimiento del ofrecimiento tardío o del cumplimiento defectuoso.»

[105] El artículo 64.2.1 PM dispone las mismas normas que el artículo 1201 PC. Son trasladables al primero, las precisiones hechas para el segundo.

[106] *Nuevas consideraciones sobre los plazos de ejercicio de los remedios por incumplimiento* (vid. supra [67] ss.).—Las propuestas reformas del calado que las *Propuestas civil, sobre compraventa y mercantil* contienen, implican otras más. Entre esas otras más se encuentra, en mi opinión, la de los límites temporales de los remedios por incumplimiento. En espera de que la Sección civil de la Comisión General de Codificación publique sus trabajos

<sup>324</sup> HONNOLD «Artículo 49 CISG» (1987 de la trad.) núm. 306 pp. 349-350. HONNOLD destaca que el plazo razonable del artículo 49.2 CISG sólo comienza cuando el vendedor haya entregado las mercaderías. Mientras el vendedor no entregue, el comprador puede esperar. (HONNOLD *op. cit.* núm. 307, p. 351; *vid.* además núm. 308 pp. 351-352). Para otra cuestión, de interés las consideraciones de LÓPEZ Y LÓPEZ «Artículo 49 CISG» (1998) pp. 441-442.

sobre prescripción y demás aspectos conexos, la situación es, por ahora, como sigue:

a) En la *Propuesta civil* (remedios generales), la reducción del precio tiene un plazo de caducidad de seis meses que se inicia desde que la prestación se ejecutó (art. 1197.III PC; criterio objetivo). La resolución debe ejercitarse en un plazo razonable, desde que se conoció o debió conocer del incumplimiento (art. 1201 PC; criterio subjetivo). Al cumplimiento y a la indemnización de daños se les aplica el plazo de prescripción general de quince años, dejando aparte las reglas especiales (art. 1964 segunda regla CC; cfr. art. 1969 CC).

b) En la *Propuesta sobre compraventa* y para la entrega de cosa no conforme con el contrato, los plazos de los remedios del cumplimiento, de la reducción del precio y de la resolución de la relación contractual son dos años para bienes muebles y cinco años para inmuebles (aparte las normas especiales). Estos plazos se inician desde que el comprador tuvo en su poder la cosa, pero si el vendedor ocultó la no conformidad, el cómputo se inicia desde que el comprador la descubrió o no pudo ignorarla (lo que es distinto del deber de conocer). Para los vicios jurídicos, los plazos son tres y diez años, computándose éstos desde la entrega de la cosa; pero si el vendedor ocultó el vicio jurídico o intervino posteriormente en su creación, aquéllos se computan desde que el comprador lo descubrió o no podía ignorarlo. A la indemnización de daños se le aplica el plazo de quince años, excepto que otra norma disponga lo contrario (art. 1964 segunda regla CC; cfr. art. 1969 CC).

c) En la *Propuesta mercantil*, la resolución ha de ejercitarse en un plazo razonable desde que se tuvo o pudo tener conocimiento del ofrecimiento tardío o del cumplimiento defectuoso. Por su parte, el artículo 945 PM establece un plazo de prescripción de tres años para exigir el cumplimiento de las obligaciones mercantiles (a salvo las disposiciones especiales), y el artículo 946.1 PM dispone que el plazo se inicia desde que la obligación es exigible (criterio objetivo)<sup>325</sup>.

[107] De la mera y antecedente exposición yuxtapuesta de las *Propuestas*, surge cierta sensación de que se ha procedido a la regulación concreta de cada caso y que, tal vez, no se haya llevado a cabo una integración global de la materia de los plazos de ejerci-

<sup>325</sup> Artículo 945 PM: «Las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones mercantiles prescribirán a los tres años, salvo que específicamente se disponga otra cosa»; artículo 946 PM: «1. El plazo de prescripción comienza a correr desde el día en que la obligación es exigible./ 2. Si la exigibilidad de la obligación está subordinada a una notificación, la prescripción corre desde el día en que tal notificación hubiera podido efectuarse».

cio de los remedios por incumplimiento. Hay distintos plazos (no se tiende a la uniformidad); unas veces se adopta un sistema objetivo de inicio del cómputo, otras, uno subjetivo<sup>326</sup>; unas veces se establece la regla de, desde que se debió conocer, otras la de, desde que no podía ignorarse. Creo oportuno conocer cuáles han sido las razones justificadoras de las decisiones legales; también sería conveniente el intercambio de opiniones entre los autores.

[i] En los Principios UNIDROIT, el artículo 7.2.2 (e) ordena que el cumplimiento de una obligación no dineraria ha de exigirse en plazo razonable<sup>327</sup>. Para la resolución también se requiere, como se ha visto, que ésta se ejercite en plazo razonable (art. 7.3.2 Principios UNIDROIT). A la reclamación de daños se le aplica el plazo ordinario de prescripción de tres años, siendo el periodo máximo de prescripción de diez años; esto también se aplica al cumplimiento de una obligación dineraria (art. 10.2 Principios UNIDROIT; cfr. art. 10.1 Principios UNIDROIT<sup>328</sup>).

[ii] En los PECL, para el cumplimiento de la obligación no dineraria se requiere que el mismo se exija en plazo razonable [art. 9:102 (3)]; lo mismo, para la resolución de la relación contractual [art. 9:303 (2)]. El Capítulo 14 de los PECL regula la prescripción. En el *Comment B* del artículo 14:101 PECL se indica que la prescripción no afecta al derecho de resolver el contrato, y en el *Comment C*, que la reducción del precio (art. 9:401 PECL) no se ve sometida a la prescripción: cuando se reclame el precio de la cosa, podrá reducirse el precio; pero, si se pagó suma superior a la debida, a la restitución del exceso sí se le aplica las reglas generales de la prescripción<sup>329</sup>. Según el artículo 14:201 PECL, el plazo general de

<sup>326</sup> ZIMMERMANN, «El nuevo Derecho alemán sobre la prescripción» (2005, 2008 de la trad.) pp. 148-149.

<sup>327</sup> Artículo 7.2.2 Principios UNIDROIT: «(Cumplimiento de obligaciones no dinerarias) (...) (e) la parte legitimada para recibir la prestación no la reclame dentro de un plazo razonable desde que supo o debió haberse enterado del incumplimiento». En el Comentario 3.e se destaca que el cumplimiento exige preparación especial y esfuerzo del deudor; también, que si el acreedor no se lo reclama en plazo razonable, el deudor puede presumir que aquél no insistirá en el cumplimiento específico; finalmente, que si se deja en manos del acreedor el momento en que podrá reclamar el cumplimiento, es posible que pueda especular deslealmente. Se recuerda la similitud con el artículo 7.3.2 (2) Principios UNIDROIT para la resolución. [Principios UNIDROIT (2004) p. 221].

<sup>328</sup> Artículo 10.1 Principios UNIDROIT: «(Ámbito de aplicación de este capítulo)/ El ejercicio de los derechos regulados por estos Principios está limitado por la expiración de un período de tiempo, denominado “período de prescripción”, según las reglas de este capítulo./ (2) Este capítulo no regula el tiempo en el cual, conforme a estos Principios, se requiere a una parte como condición para la adquisición o ejercicio de su derecho, que efectúe una notificación a la otra parte o que lleve a cabo un acto distinto a la apertura de un procedimiento jurídico». En el Comentario 2 del artículo 10.1 se alude al cumplimiento [art. 7.2.2 (e)] y a la resolución [art. 7.3.2 (2)]. Se explicita que esos artículos 7.2.2 (e) y 7.3.2 (2) desempeñan una función similar a la de los plazos de prescripción, pero, no son afectados por los efectos del capítulo de la prescripción, pues responden a necesidades particulares [Principios UNIDROIT (2004) p. 323; cfr. Comentario 1 del artículo 10.1 Principios UNIDROIT, *op. cit.* p. 322; cfr. art. 10.9 Principios UNIDROIT].

<sup>329</sup> LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN (2003) *Comment B*, pp. 157-158, *Comment C*, p. 158; *vid. además Comment D*, pp. 158-159, todos los comentarios del artículo 14:101

prescripción es de tres años<sup>330</sup>, y según el artículo 14:203 PECL, el cómputo es desde el momento en que puede exigirse al deudor el cumplimiento de la obligación, o para la reclamación de daños, desde que se produjeron los hechos que dieron lugar a la pretensión; tratándose de una obligación continua de hacer o de no hacer una cosa, el cómputo del plazo general de prescripción se inicia cada vez que se incumpla la obligación<sup>331</sup> (cfr. art. 14:301 PECL, Suspension in Case of Ignorance). Finalmente, el artículo 14:307 PECL dispone la duración máxima del plazo: diez años, y treinta años para los daños personales<sup>332</sup>.

## 7.4 LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

[108] Las *Propuestas civil y mercantil* los regulan, a diferencia de la *Propuesta sobre compraventa*. La resolución conlleva el efecto de la liberación del cumplimiento de las obligaciones y, en su caso, el efecto restitutorio (arts. 1202, 1203, 1204 PC, art. 64.2.II PM)<sup>333</sup>.

[i] La STS, 1.<sup>a</sup>, 22 de junio de 2010 (Pte. Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías) menciona los artículos 1202 y 1203 PC:

«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 artículo 1303 CC, con las salvedades establecidas en las disposiciones siguientes, el artículo 1124 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 obligacio-

---

PECL: «Claims subject to Prescription/ A right to performance of an obligation («claim») is subject to prescription by the expiry of a period of time in accordance with these Principles».

<sup>330</sup> Artículo 14:201 PECL: «General Period/ The general period of prescription is three years»; *vid. Comment A* del artículo 14:201 PECL [LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN (2003) pp. 162-164]. Para las acciones declaradas por sentencia, el plazo es de diez años: artículo 14:202 PECL: «Period for a Claim Established by Legal Proceedings/ (1) The period of prescription for a claim established by judgment is ten years./ (2) The same applies to a claim established by an arbitral award or other instrument which is enforceable as if it were a judgment».

<sup>331</sup> Artículo 14:203 (1) y (2): «Commencement/ (1) The general period of prescription begins to run from the time when the debtor has to effect performance or, in the case of a right to damages, from the time of the act which gives rise to the claim./ (2) Where the debtor is under a continuing obligation to do or refrain from doing something, the general period of prescription begins to run with each breach of the obligation./ (3) (...); *vid. Comment A y B* del artículo 14:203 PECL [LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN (2003) pp. 168-170].

<sup>332</sup> Artículo 14:307 PECL: «Maximum Length of Period/ The period of prescription cannot be extended, by suspension of its running or postponement of its expiry under these Principles, to more than ten years or, in case of claims for personal injuries, to more than thirty years. This does not apply to suspension under Article 14:302»; *vid. Comment A* del artículo 14:307 PECL [LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN (2003) pp. 193-195].

<sup>333</sup> Afirma SAN MIGUEL PRADERA: «Ya sólo el hecho de que la Propuesta dedique unos preceptos a la regulación de los efectos de la resolución es un gran acierto, pues, en el artículo 1124 CC esta cuestión apenas se mencionó y ello ha generado una gran discusión en la doctrina y una falta de homogeneidad en la jurisprudencia» [(2011) apartado IV].

nes y la restitución (Arts. III.-3:509 y 3:510 del Draft of Common Frame of Reference, DCFR y Arts. 1202 y 1203 del Proyecto de reforma del CC)» (FD 4.º; Cendoj, Roj STS 4714/2010).

A) *La liberación de las obligaciones contractuales. El fin y la medida de la indemnización de daños cuando se resuelve la relación contractual*

[109] Este efecto liberatorio lo señalan las *Propuestas civil* (art. 1202 PC) y *mercantil* (art. 64).

[110] *Propuesta civil*.—En virtud del artículo 1202 PC:

«La resolución libera a ambas partes de las obligaciones contraídas en virtud del contrato, pero no afecta a las estipulaciones relativas a la decisión de controversias, ni a cualquier otra que regule los derechos y las obligaciones de las partes tras la resolución.

Resuelto el contrato, quien haya ejercitado la acción tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya causado el incumplimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 1205 y siguientes.

Se presume que el daño causado es como mínimo igual a los gastos realizados y al detrimento que sufra por las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto».

[111] Sobre el artículo 1202 PC:

a) El artículo 1124 CC no dispone, de modo expreso, que la resolución conlleve para los contratantes la liberación (futura) del cumplimiento de las obligaciones contractuales. Sin embargo, hace tiempo que nuestros autores señalan que la resolución conlleva tal efecto. La *Propuesta civil* viene a codificar, con carácter general, el efecto liberatorio de la resolución de la relación contractual (cfr. art. 81 CISG)<sup>334</sup>.

b) La resolución de la relación contractual no significa que el contrato deje totalmente de existir, ni que nunca haya existido (lo que puede justificarse en la idea de que la resolución surte un efecto retroactivo total sobre el contrato, idea hoy superada por ciertos autores). La afirmación de que el contrato no deja totalmente de existir, permite señalar que la resolución no afecta a ciertas cláusulas contractuales: por ejemplo, cláusulas estipuladas para el supuesto de la resolución de la relación contractual por incumplimiento (cláusula penal<sup>335</sup>; de confidencialidad; etc.), cláusulas que dispongan que, si media con-

<sup>334</sup> PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1734; Luis Díez-PICAZO *Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) pp. 871-872; MONTÉS PENADÉS, «Artículo 81 CISG» (1998) pp. 661 y 663.

<sup>335</sup> Artículo 1149.II PC: «Si el acreedor obtiene la resolución por incumplimiento, tendrá derecho a las indemnizaciones para el supuesto de aquellas pactadas y a las penas

troversia entre las partes sobre la resolución, la misma se resolverá ante determinado Tribunal (cláusula de sumisión expresa) o se someterá a arbitraje o a la decisión vinculante de un tercero. En mi opinión, es correcto que la *Propuesta civil* disponga de modo expreso que la resolución «no afecta a las estipulaciones relativas a la decisión de controversias, ni a cualquier otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la resolución» (cfr. art. 81 CISG)<sup>336</sup>.

[i] Artículo 81 CISG:

«1. La resolución del contrato liberará a las dos partes de sus obligaciones, salvo la indemnización de daños y perjuicios que pueda ser debida. La resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución.»

[ii] Artículo 7.3.5 Principios UNIDROIT:

«(Efectos generales de la resolución)

(1) La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras.

(2) La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

(3) La resolución no afecta cualquier término del contrato relativo al arreglo de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a operar aún después de haber sido resuelto.»

[iii] Artículo 9:305 PECL:

«Effects of Termination in General

(1) Termination of the contract releases both parties from their obligation to effect and to receive future performance, but, subject to Articles 9:306 to 9:308<sup>337</sup>, does not affect the rights and liabilities that have accrued up to the time of termination.

---

convencionales pactadas para el cumplimiento retrasado». Vid. Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6.<sup>a</sup> ed., (2008) pp. 467-468.

<sup>336</sup> PANTALEÓN PRIETO destaca que la resolución no opera como si el contrato nunca hubiera existido [ADC (1989) p. 1153, 1165, 1167-1168]; según CLEMENTE MEORO la resolución «no puede hacer desaparecer *todos* los efectos del contrato y, desde este punto de vista no cabe hablar de una “retroacción total” de la resolución» y, que la resolución no es un supuesto de invalidez originaria y por ello no afecta a ciertas cláusulas contractuales, lo cual dispone el artículo 1202 PC [cursiva del autor; (2011) p. 10, *vid.* desde p. 9 y letra a) en p. 14]. Vid. *infra* nota 351. PALAZÓN GARRIDO (2011) pp. 442-444.

<sup>337</sup> Artículo 9:306 PECL: «Property Reduced in Value/ A party which terminates the contract may reject property previously received from the other party if its value to the first party has been fundamentally reduced as a result of the other party’s non-performance»; Artículo 9:307 PECL: «Recovery of Money Paid/ On termination of the contract a party may recover money paid for a performance which it did not receive or which it properly rejected»; Artículo 9:308 PECL: «Recovery of Property/ On termination of the contract a

(2) Termination does not affect any provision of the contract for the settlement of disputes or any other provision which is to operate even after termination». Cfr. artículo III.-3:509 DCFR.

a) En el *Comment B* del artículo 9:305 PECL se indica que es inconveniente tratar un contrato resuelto como contrato cancelado en el sentido de que nunca fue celebrado. Primero, porque si así se entendiera, el perjudicado no podría reclamar daños por el interés contractual positivo; segundo, porque no podrían aplicarse cláusulas contractuales diseñadas para la resolución de controversias entre las partes o para cuando se resuelve el contrato. Por ello, el artículo 9:305 PECL establece que la resolución no tiene efectos retroactivos y señala qué sucede con ciertas cláusulas<sup>338</sup>.

c) Sobre la incidencia de la resolución (art. 1124 CC) en la indemnización de los daños (arts. 1101 ss. CC), se ha discutido si, resuelta la relación contractual, la indemnización al acreedor tiene por fin situarle en la posición que tendría si no hubiera celebrado el contrato (interés negativo; justificado ello en la eficacia retroactiva de la resolución) o situarle en la posición que tendría si el contrato se hubiera ejecutado correctamente (interés positivo), habiendo defensores tanto de una como de otra solución; también se sostiene que el acreedor pueda optar entre el interés negativo y el positivo<sup>339</sup>.

party which has supplied property which can be returned and for which it has not received payment or other counter-performance may recover the property». Cfr. artículos III.-510 a III.-3:514 DCFR.

<sup>338</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 420. Igual, en el *Comment C* del artículo III.-3:509 DCFR [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I p. 887].

<sup>339</sup> Información: DE PABLO CONTRERAS [quien señala que la eficacia *ex tunc* de la resolución en los contratos de tracto único es el sentido de que las partes han de restituirse las prestaciones ejecutadas; (2008) 2.ª ed. § 74 pp. 225 y 225-226]; MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación» (2006) pp. 43-44; MONTÉS PENADÉS, «Artículo 81 CISG» (1998) pp. 663-664. PANTALEÓN PRIETO defendió que procedía la reparación del interés positivo, apoyando su opinión directamente en el propio artículo 1124.II CC, según el cual: «El perjudicado puede escoger entre (...) o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses (...)». Según PANTALEÓN PRIETO: «Las palabras “resarcimiento de daños y abono de intereses” son una mala traducción de las francesas “*dommages et intérêts*” (indemnización de daños y perjuicios), (...)», y, con mención de la STS 10 de octubre de 1983 que señala que el «abono de intereses» del artículo 1124.II CC «no se refiere a la suma dineraria en concepto de fruto civil por disponer de dinero ajeno» y que esa expresión «es sinónima de indemnización de daños y perjuicios, refiriéndose el segundo concepto más bien a ganancias dejadas de obtener», no acaba de ver que en dichas palabras de la ley se refieran sólo al interés contractual negativo [ADC (1989) p. 1148, *vid.* desde la p. 1147, 1165-1166, 1167-1168; ADC (1991) p. 1049 y nota 71; para su propuesta de reforma: ADC (1993) p. 1734]. Con carácter general, sobre la indemnización del interés contractual positivo y del negativo: GÓMEZ POMAR, *InDret* (3/2007) pp. 19-25. CARRASCO PERERA: «El acreedor puede elegir si liquida sus daños como daños en el interés de cumplimiento o daños en el interés de confianza, si reclama indemnización por el daño o por el daño negativo. Esta elección está a disposición del acreedor incluso si ejercita la facultad de resolver el contrato incumplido. Sólo existen tres límites a su libertad de opción (...)» [cursiva del autor; (2010) núm. 24, p. 1183, *vid.* hasta p. 1184; también núm. 19, pp. 1178-1179, y núm. 22, pp. 1181-1182].

Teniendo presente lo anterior, la *Propuesta civil* puede interpretarse en el sentido de que recoge la construcción de que la reparación de los daños lo es en la medida del interés positivo. La *Propuesta civil* no indica esto tan directamente como lo señalo, pero puede inferirse. El artículo 1202.II PC ordena que resuelto el contrato, quien ejercitó la resolución tiene derecho a la reparación de los daños «conforme a lo dispuesto en los artículos 1205 y siguientes», artículos que regulan la indemnización por incumplimiento de la obligación (contractual). El artículo 1207.I PC dispone la reparación del lucro cesante (cfr. art. 1106 CC), lo que puede interpretarse en el sentido de que se refiere al lucro que el acreedor hubiera obtenido si el contrato se hubiera cumplido correctamente. Por otro lado, la resolución no se ubica en las obligaciones condicionales como se hace el Código civil, sino que es un remedio por el incumplimiento, decayendo el argumento de que porque aquélla tiene efectos retroactivos (condición resolutoria tácita) procede la reparación del interés negativo<sup>340</sup>.

[i] Artículo 9:502 PECL:

«General Measure of Damages

The general measure of damages is such sum as will put the aggrieved party as nearly as possible into the position in which it would have been if the contract had been duly performed. Such damages cover the loss which the aggrieved party has suffered and the gain of which it has been deprived.»

a) En el *Comment A* se indica que se combina el ampliamente aceptado «expectation interest», y la tradicional regla del daño emergente y lucro cesante del Derecho romano<sup>341</sup>.

d) Dispuesta la indemnización del interés positivo en el párrafo II del artículo 1202 PC, el párrafo III del artículo 1202 PC establece una presunción *iuris tantum* de daño mínimo del acreedor: los gastos realizados y el detrimento que sufra por las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto<sup>342</sup>. Es norma novedosa, comparado con el Código civil.

Sobre ella, Clemente Meoro indica que no puede interpretarse que se esté ante dos partidas distintas, pues supondría «incluir como daño el coste de haber celebrado el contrato (por ejemplo, gastos de formalización y asesoramiento)», que es interés contrac-

<sup>340</sup> CLEMENTE MEORO señala que en la *Propuesta civil* se opta por la reparación del interés positivo, apoyándolo en la dicción de los artículos 1202.II, 1205.I, 1208, 1209.I PC, ofreciendo a continuación una serie de razones [(2011) pp. 13-15].

<sup>341</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 438. Cfr. artículo III.-3:702 DCFR.

<sup>342</sup> Apunta la similitud con el artículo 43 CC, CLEMENTE MEORO (2011) p. 13.

tual negativo y contradice a los artículos 1205 y ss. PC, que recogen el interés positivo. Por ello interpreta: «también los gastos han de estar vinculados a las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto»<sup>343</sup>.

A mi juicio, el artículo 1202.III PC puede tener relación con dos trabajos de Pantaleón Prieto. En el primero (del año 1989), Pantaleón viene a señalar que lo ordinario es que el contratante que resuelve quiera el interés positivo, pero en ciertos casos puede preferir el interés negativo por ser superior al positivo. Pone el ejemplo de la compra de una máquina por diez millones de pesetas, antes de que una importante innovación tecnológica reduzca su valor a cinco millones de pesetas; además, el comprador hizo obras de instalación para la máquina cuyo coste fue de un millón de pesetas; antes de su entrega, la máquina se destruye por culpa del vendedor o dependientes. La cuestión es si el comprador puede resolver y reclamar un millón de pesetas en concepto de daños, sin que el vendedor pueda oponerle, para la no concesión de esa indemnización, que si hubiera entregado la máquina el comprador habría sufrido un perjuicio de cinco millones. Pantaleón considera que el comprador no puede optar: «no tiene buen sentido que, por el hecho de incumplir, convirtamos al contratante incumplidor en “asegurador forzoso” de las malas inversiones de la otra parte»<sup>344</sup>. En su segundo trabajo (del año 1993), referido a la reforma de la responsabilidad contractual, Pantaleón no considera acertado conceder, a quien resuelve, la alternativa entre el interés positivo o el negativo. Sin embargo, «[c]osa diferente es que juegue en favor del acreedor una presunción *iuris tantum* de rentabilidad de los gastos efectuados en la confianza del buen fin del contrato que, en el relativamente frecuente caso de dificultad de prueba del lucro cesante, le sirva para poder reclamar la indemnización de aquellos gastos como la cuantía mínima en que, salvo prueba en contrario del deudor, ha de cifrarse el interés contractual positivo; lo que viene a coincidir con la solución anglosajona de que el acreedor puede optar por el *reliance interest* o *reliance loss*, salvo que el deudor pruebe que aquél hizo un mal negocio»<sup>345</sup>. Creo que esto puede explicar el alcance y el sentido del párrafo III del artículo 1202 PC.

<sup>343</sup> «Se trata, en definitiva, de indemnizar al menos los gastos realizados por el acreedor en consideración a la ejecución del contrato resuelto, no a su celebración (por ejemplo, los de acondicionamiento del lugar en que se ha de instalar la máquina adquirida cuya entrega se incumple), así como los gastos y detrimentos de un negocio de reemplazo» [CLEMENTE MEORO (2011) p. 15]. Sobre el interés contractual negativo: GÓMEZ POMAR, *InDret* (3/2007) pp. 23-24.

<sup>344</sup> PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1989) p. 1167; para toda la exposición del autor: pp. 1166-1167.

<sup>345</sup> Para toda la exposición del texto: PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) pp. 1734-1735; *vid.* además de este autor: «Artículo 74 CISG» (1998) pp. 591-592.

e) A mi juicio, no sería incorrecto independizar los párrafos II y III del artículo 1202 PC, en otro precepto. Creo que ese posible artículo puede ubicarse en la sección en que se regula el remedio de la resolución, tras haber ordenado el efecto liberatorio y el restitutorio de aquélla. De este modo se marca la diferencia entre la temática de las restituciones y la de la indemnización de daños.

[112] *Propuesta mercantil.*—En virtud del artículo 64.2.II PC:

«La resolución del contrato no afectará a las estipulaciones establecidas en él para solucionar las controversias que surjan entre las partes, ni a ninguna otra estipulación que regule sus derechos y obligaciones en caso de resolución del contrato.»

[113] Las consideraciones hechas en las antecedentes letras a) y b) son trasladables, con las oportunas adaptaciones, al artículo 64.2.II PM. No procede mayor comentario.

B) *La restitución de las prestaciones ejecutadas. Los contratos de ejecución continuada (duradera) y los de ejecución sucesiva*

[114] La *Propuesta civil* regula este otro posible efecto de la resolución (art. 1203)<sup>346</sup> y dispone una específica norma para los contratos de ejecución continuada y para los contratos de ejecución sucesiva (art. 1204 PC). La *Propuesta mercantil* regula la restitución en los contratos de ejecución continuada (art. 64.3 PM).

[115] *Propuesta civil.*—El artículo 1203 PC preceptúa:

«Resuelto el contrato, deberán restituirse las prestaciones ya realizadas y los rendimientos obtenidos de ellas. Si ambas partes están obligadas a la restitución, deberá realizarse simultáneamente.

Cuando no sea posible la restitución específica del objeto de la prestación o de los rendimientos obtenidos, deberá restituirse su valor en el momento en que la restitución se hizo imposible. Sin embargo, la parte que resuelva el contrato no estará obligada a restituir su valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo no obstante haber observado la diligencia debida.

El que restituye tiene derecho al abono de los gastos necesarios en la cosa objeto de restitución. Los demás gastos serán abonados en cuanto determinen un enriquecimiento de aquél a quien se restituye»<sup>347</sup>.

<sup>346</sup> Vid. las consideraciones de GÓMEZ POMAR sobre las ventajas y desventajas del ejercicio del remedio de la resolución en la compraventa de empresa, teniendo presente si no procede o procede el efecto restitutorio de la resolución [*InDret* (3/2007) pp. 33-34, en particular p. 34].

<sup>347</sup> CLEMENTE MEORO destaca que en la *Propuesta civil* no existe regla sobre lo que sucede con los actos de administración, tras la resolución y realizados vigente la relación contractual. Para el Derecho vigente, el autor indica que la regla general es que los actos de

## Y el artículo 1204 PC:

«En la resolución de los contratos de ejecución continuada o sucesiva, la obligación de restitución no alcanza a las prestaciones realizadas cuando entre prestaciones y contraprestaciones exista la correspondiente reciprocidad de intereses conforme al contrato en su conjunto.»

[116] Estos artículos constituyen importante novedad frente al Código civil, a partir del cual se han construido distintas tesis sobre cual es el régimen aplicable a la liquidación (restitución) tras la resolución de la relación contractual. En lo que sigue, comento dichos artículos, contrastándolos con la regulación del Código civil.

a) El artículo 1124.IV CC se refiere a los terceros adquirentes y remite a los artículos 1295, 1298 CC y disposiciones de la Ley Hipotecaria. En cambio, el artículo 1203 (y también el art. 1204 PC) limita(n) su regulación a la restitución *inter partes*<sup>348</sup>.

Sobre los terceros adquirentes y la resolución, Clemente Meoro recuerda que la imposibilidad de restituir puede deberse a que el bien se encuentre legalmente en poder de un tercero (bien irreivindicable) y que en la *Propuesta civil* no hay una norma como la del artículo 1295.II CC que vincula la no rescisión del contrato, a que la cosa se halla legalmente en poder de tercero de buena fe<sup>349</sup>. Según el artículo 1313 PC: «[t]ampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que hubiesen adquirido a título oneroso y hubieran procedido de buena fe». En consecuencia, señala el autor, en la *Propuesta civil* procede la aplicación de las específicas normas de protección de los terceros de buena fe como los artículos 464 CC, 34 LH, 85 CCO<sup>350</sup>.

b) En la propia regulación del remedio de la resolución, el artículo 1203.I PC deja claro que procede la restitución de las pres-

---

administración hechos por el *accipiens* no vinculan al *solvens* (arts. 1520, 480 CC; 13 LAU; 10 LAR) salvo que haya terceros protegidos por alguna norma (el arrendatario urbano en los cinco primeros años del contrato) [(2011) p. 11].

<sup>348</sup> En el Comentario 5 del artículo 7.3.6 Principios UNIDROIT (Restitución) se indica que el precepto se aplica a las relaciones entre las partes, y no a los derechos adquiridos por terceros sobre los bienes que se determinan por el derecho nacional aplicable [Principios UNIDROIT (2004) p. 239]. Los PECL regulan exclusivamente las relaciones *inter partes*; la determinación de si un tercer adquirente de buena fe puede oponerse a la restitución, lo concreta el derecho nacional aplicable [*Comment B* del art. 9:308 (Recovery of Property), LANDO/BEALE (2000) (ed.) p. 423]. Cfr. artículo 4 CISG.

<sup>349</sup> Artículo 1295.II CC: «(...) en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe».  *Vid.* MONTÉS PENADÉS, «Artículo 81 CISG» (1998) pp. 661-663.  *Vid.* la nota anterior a ésta.

<sup>350</sup> CLEMENTE MEORO (2011) p. 13.

taciones ejecutadas (restitución *in natura*)<sup>351</sup> y la de los respectivos rendimientos obtenidos de aquéllas. Para el Código civil, se ha defendido la restitución de los rendimientos de las prestaciones ejecutadas (restitución de frutos e intereses) apoyándolo en distintos preceptos (art. 1123.I CC; art. 1295.I CC por la remisión del art. 1124.IV CC o por analogía) y lo contrario (la no restitución de los rendimientos; cfr. art. 1120.I CC en relación con el art. 1123 CC; art. 451 CC). En contraposición a esto, la *Propuesta civil* establece de modo expreso para la resolución la solución general de la restitución de los provechos.<sup>352</sup> También ordena el cumplimiento simultáneo de las respectivas obligaciones restitutorias.

El artículo 1204 PC exceptúa al artículo 1203 PC para los contratos de los que nace una obligación duradera o continua, o se deriva una obligación de cumplimiento (tracto) sucesivo. La excepción del artículo 1204 PC se limita a las prestaciones ejecutadas si entre prestación y contraprestación hubo reciprocidad de conformidad con el contrato en su conjunto<sup>353</sup>. Para el futuro, las partes se deliberan de sus obligaciones contractuales dentro de los límites que marca el artículo 1202.I PC.

[i] Artículo 81 CISG:

«(...).

2. La parte que haya cumplido total o parcialmente el contrato podrá reclamar a la otra parte la restitución de lo que haya

<sup>351</sup> PANTALEÓN PRIETO: «la resolución *no produce el efecto de extinguir retroactivamente el contrato como si nunca hubiera existido*. Si se quiere seguir diciendo, como nuestra jurisprudencia, que la resolución tiene efectos retroactivos o *ex tunc*, sólo en el sentido de que, a excepción de los casos de relaciones duraderas, las partes han de restituirse recíprocamente las prestaciones ya realizadas, mi prevención es meramente terminológica» [ADC (1993) p. 1734]. *Vid. supra* nota 336, con mención además de CLEMENTE MEORO. Para el Derecho vigente, CARRASCO PERERA: «Como regla, la resolución tiene, pues, un (*sic*) eficacia *ex tunc* y provoca sobrevenidamente una ineficacia con efectos retroactivos. Aunque es cuestión discutida, y no hay pronunciamientos jurisprudenciales evidentes, en mi opinión la retroactividad se produce con *efectos reales* y la propiedad del bien entregado retorna al transmitente sin necesidad de nuevo acuerdo traslativo ni entrega real o simbólica; (...)» [(2010) núm. 41, pp. 1149-1150]. Sobre esta cuestión no se pronuncia la *Propuesta civil*.

<sup>352</sup> Para la *Propuesta civil*: CLEMENTE MEORO (2011) pp. 10-11; indica además sobre el artículo 1203.I PC: «Literalmente, pues, no vendría obligado el *accipiens* a la restitución de los frutos que hubiera podido percibir, sino sólo los percibidos» (p. 11). En su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, ADC (1993) nota 54, letra b), en p. 1735. Para el Derecho vigente: CARRASCO PERERA (2010) núm. 47, pp. 1155-1156; FENOY PICÓN, CCJC (1998) núm. 48, núm. 2.1, pp. 1087-1088, y en relación con la resolución de la compraventa del TRLGDCU por la entrega de un producto no conforme con el contrato y restitución de la utilidad obtenida del bien no conforme: FENOY PICÓN, CCJC (2008) núm. 78, (18) (d) pp. 1322-1327.

<sup>353</sup> CLEMENTE MEORO señala la irretroactividad de la resolución en los contratos de tracto sucesivo (efectos *ex nunc*), lo cual establece el artículo 1204 PC [(2011) p. 10; y tampoco hay retroactividad si no se ejecutó ninguna prestación o se resolvió el contrato preparatorio de otro contrato, y en la obligación de hacer parcialmente ejecutada, en la que cabe una ineficacia parcial: p. 10]; *vid.* además *supra* nota 336.

suministrado o pagado conforme al contrato. Si las dos partes están obligadas a restituir, la restitución deberá realizarse simultáneamente»<sup>354</sup>.

Artículo 84 CISG:

«1. El vendedor, si estuviere obligado a restituir el precio, deberá abonar también los intereses correspondientes a partir de la fecha en que se haya efectuado el pago.

2. El comprador deberá abonar al vendedor el importe de todos los beneficios que haya obtenido de las mercaderías o de una parte de ellas:

- a) Cuando deba restituir las mercaderías o una parte de ellas; o
- b) Cuando le sea imposible restituir la totalidad o una parte de las mercaderías o restituir la totalidad o una parte de las mercaderías en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que las hubiera recibido, pero haya declarado resuelto el contrato o haya exigido al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas.»

[ii] Artículo 7.3.6 Principios UNIDROIT:

«(Restitución)

(1) Al resolver el contrato, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo que haya entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a su vez lo que haya recibido. Si no es posible o apropiada la restitución en especie, deberá hacerse una compensación en dinero, siempre que sea razonable.

(2) No obstante, si el contrato es divisible y su cumplimiento se extendió durante algún tiempo, la restitución sólo podrá reclamarse para el período posterior al efecto de la resolución.»

<sup>354</sup> La CISG y los PECL contienen normas que señalan cuándo y qué se *resuelve*. a) Artículo 73 CISG: «1. En los contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías, si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega./ 2. Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas da a la otra parte fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas, esa otra parte podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable./ 3. El comprador que declare resuelto el contrato respecto de cualquier entrega podrá, al mismo tiempo, declararlo resuelto respecto de entregas ya efectuadas o de futuras entregas si, por razón de su interdependencia, tales entregas no pudieren destinarse al uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato». Cfr. art. 51 CISG. b) Artículo 9:302 PECL: «Contract to be Performed in Parts/ If the contract is to be performed in separate parts and in relation to a part to which a counter-performance can be apportioned, there is a fundamental non-performance, the aggrieved party may exercise its right to terminate under this Section [3, capítulo 9] in relation to the part concerned. It may terminate the contract as whole only if the non-performance is fundamental to the contract as a whole». *Vid.* artículo III.-3:502 (2) (a) DCFR y su *Comment B* (p. 855) y artículo III.-3:506. Más allá *vid.* artículo III.-3:511 y su *Comment A* [pp. 898-899; las citas de: VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I].

a) Sobre si no es apropiada la restitución en especie, en el Comentario 2 del precepto se indica que ello es así cuando el perjudicado recibe un parte de la prestación que quiere retener; sobre «siempre que sea razonable», que ello clarifica que la compensación sólo procede si la prestación recibida confiere a quien reclama la restitución «un beneficio y en la medida de este» (piénsese en obligaciones de hacer parcialmente cumplidas, ese cumplimiento parcial puede ser útil o no, ordenando deshacer lo mal hecho en el último caso, añadido)<sup>355</sup>. A la obligación de restitución de los bienes se le aplican los artículos 7.1.3 y 7.2.2 Principios UNIDROIT (Comentario 4)<sup>356</sup>.

c) Si no es posible la restitución *in natura*, el artículo 1203.II PC dispone la de su valor en el momento en que aquélla se hizo imposible, especificando, para la parte que resuelve el contrato, que no ha de restituir el valor si prueba que la pérdida del objeto se produjo pese haber observado la diligencia debida. Esto es, puede resolver, pero, habrá de restituir el valor si la cosa se perdió por su culpa o dolo<sup>357</sup>.

d) Sobre quien asume los gastos necesarios en la cosa a restituir, Clemente Meoro señala para el Código civil: «[s]i el *solvens* tiene derecho a que se le restituyan los frutos, el *accipiens* tiene derecho a que se le reembolsen los gastos necesarios para la conservación del bien y la obtención de los frutos»; en otro caso, el primero se enriquecería injustamente a costa del segundo. En la *Propuesta civil*, el artículo 1203.III primera regla establece de modo expreso, que quien restituye tiene derecho al abono de los gastos necesarios<sup>358</sup>.

e) Por último, para los demás gastos (útiles/mejoras, suntuarios), el artículo 1203.III segunda regla PC ordena su abono si aquéllos determinan un enriquecimiento de aquel a quien se resti-

<sup>355</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 238.

<sup>356</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 239. Vid. *Comment H* del artículo 9:308 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 424.

<sup>357</sup> PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1735 y nota 54 letra a); cfr. artículo 82 CISG y MONTÉS PENADÉS, «Artículo 82 CISG» (1998) pp. 672-674. Cfr. art. 83 CISG. Vid. HONNOLD, «Artículos 81 y 82 CISG» (1987 de la trad.) núms. 445-448 pp. 492-494.

<sup>358</sup> CLEMENTE MEORO (2011) p. 11; PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) nota 54 letra c) en p. 1735. DURÁN RIVACOBIA considera que media reiteración entre los artículos 1203.III y 1202.III PC: «Por último, tampoco faltan algunas reiteraciones llamativas, como la que se produce cuando el artículo 1202, *in fine*, “*presume que el daño causado es como mínimo igual a los gastos realizados y al detrimento que sufra por las obligaciones contratadas en consideración al contrato resuelto*”, mientras el artículo 1203, párrafo 3, declara: “*el que restituye tiene derecho al abono de los gastos necesarios realizados en la cosa objeto de restitución*». En todo caso, me parece mejor la fórmula clásica, que comprende como responsabilidad contractual el daño emergente y el lucro cesante, máxime cuando consta en el artículo 1207, párrafo 1, de la *Propuesta*: “(…)» [cursiva del autor; (2010) pp. 235-236].

tuye<sup>359</sup>. Clemente Meoro apunta: «[e]l problema está en determinar cuando existe enriquecimiento»<sup>360</sup>.

[117] *Propuesta mercantil*.—En virtud del artículo 64.3 PM:

«En la resolución de los contratos de ejecución continuada, la correspondiente obligación de restitución no alcanzará a las prestaciones realizadas con anterioridad a la resolución.»

[118] El tenor de este artículo coincide parcialmente con el del artículo 1204 PC. Se diferencia en que el artículo 64.3 PM no alude explícitamente al contrato del que surge una obligación sucesiva, ni condiciona expresamente el no alcance de la resolución a que haya una correspondencia entre prestación y contraprestación. Considero más correcta la dicción del artículo 1204 PC.

## VIII. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

[119] Se regula en las *Propuestas civil* (arts. 1205 a 1212) y *mercantil* (arts. 62.1, 65, 66)<sup>361</sup>; la *Propuesta sobre compraventa* no la regula.

### 8.1 EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS

[120] En virtud del artículo 1205.I PC:

«El acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños que el incumplimiento le cause.»

<sup>359</sup> Entre las fuentes de las obligaciones, el artículo 1092.I PC dispone la del enriquecimiento sin causa. DURÁN RIVACOBIA se muestra crítico con la redacción del artículo 1092.I PC: «(...) los cambios en bloque traen consigo que se redacte de nueva forma preceptos característicos del Código civil. Modificando su orden y con clara empeora de su contenido. Varios supuestos servirán de imagen. Una expresión ilustrativa del asunto viene representada por las fuentes de las obligaciones: “Las obligaciones nacen de los contratos, de los daños por los que se haya de responder extracontractualmente, del enriquecimiento sin causa y de cualquier hecho o acto al que las leyes atribuyan tal efecto” (art. 1092, pfo. 1, P). No logro entender por qué retocar el literariamente muy acertado artículo 1089 del Código civil vigente (...) [transcribe el art. 1089 CC]— por otro más descriptivo y en su expresión mejorable. No hay ganancia de ninguna especie y se desbaratan formas antiguas y útiles, cuyos posibles defectos o debidas actualizaciones tuvieron en la jurisprudencia el oportuno remedio» [cursiva del autor; (2010) p. 234].

<sup>360</sup> CLEMENTE MEORO (2011) p. 12. En su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual: PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) nota 54 c) en p. 1735. Para el Derecho vigente: CARRASCO PERERA (2010) núm. 48, pp. 1156-1158; FENOY PICÓN, *CCJC* (1998) núm. 48, 2.1, pp. 1088-1089.

<sup>361</sup> Sobre la función de la responsabilidad contractual: PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) pp. 1020-1023.

[121] La función de este precepto es reconocer al acreedor el derecho a ser indemnizado cuando sufre daños a causa del incumplimiento del deudor<sup>362</sup> (cfr. art. 1101 CC).

[i] Artículo 9:501 PECL:

«Right to Damages

(1) The aggrieved party is entitled to damages for loss caused by the other party's non-performance which is not excused under Article 8:108.

(2) (...). [Cfr. art. III.-3:701 (1) DCFR; art. 45.1 CISG (transcrito *supra* [6] [ii]); art. 7.4.1 Principios UNIDROIT (transcrito *supra* [4] d) [i])<sup>363</sup>].

## 8.2 EL DAÑO EMERGENTE. EL LUCRO CESANTE Y SU PRUEBA. LA OBLIGACIÓN PECUNIARIA Y SU INDEMNIZACIÓN. EL DAÑO MORAL

[122] La *Propuesta civil* (arts. 1206, 1207) y la *Propuesta mercantil* (arts. 65, 2 y 3; 66.1) contienen reglas al respecto.

[123] *Propuesta civil*.—Invierto el orden de los preceptos en su transcripción. Según el artículo 1207 PC:

*«La indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor, sino también de la ganancia que haya dejado de obtener.»*

---

<sup>362</sup> En su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual, PANTALEÓN PRIETO señala, teniendo presente el Derecho comparado, que pueden esbozarse tres distintas concepciones de la responsabilidad contractual en sentido estricto (indemnización de daños): a) «Para la primera de ellas, la responsabilidad contractual es verdadero *cumplimiento* (por equivalente, caso de que se conceda al acreedor la pretensión de cumplimiento en forma específica): el deudor que infringe el programa de prestación acordado (exigible jurídicamente, o no) debe indemnizar los daños así provocados al acreedor *porque, al contratar, ha prometido hacerlo*; porque dicha obligación resarcitoria es verdadero contenido (o, incluso, el único contenido) de la promesa contractual» (p. 1738); b) «Una segunda concepción ve la responsabilidad contractual, al igual que la extracontractual, como la *sanción de un acto ilícito*: la lesión de un derecho de crédito, en la contractual, y la lesión de un derecho absoluto, en la extracontractual» (p. 1738); c) «La tercera concepción-tipo coincide con la primera, frente a la segunda, en que es el contrato la fuente de la responsabilidad contractual, en que ésta es un efecto del contrato. Se diferencia de aquélla, en cambio, en que no concibe la obligación de indemnizar como «contenido de la promesa contractual», sino como *efecto que la ley liga al contrato, no contra la voluntad de las partes, pero sí sin ellas*: cuando el deudor incumplidor ha de responder, no es así porque haya prometido responder si no cumple (...), sino que ha de responder porque, en defecto de pacto, el legislador ha estimado que las circunstancias del incumplimiento hacen razonable —en términos de justicia o de eficiencia— que sea imputado al deudor» (p. 1739). PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993), todas las cursivas del autor.

<sup>363</sup> *Vid.* Comentario 1 del artículo 7.4.1, Principios UNIDROIT (2004) p. 240.

*Para la estimación del lucro cesante se atenderá a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias.*

*Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal.»*

En virtud del artículo 1206 PC:

*«El retraso del deudor en el cumplimiento de una deuda pecuniaria le obliga a satisfacer el interés pactado o, en su defecto, el interés legal del dinero, a no ser que resulte otra cosa de la ley o del título constitutivo de la obligación, salvo que pruebe que el daño sea mayor.»*

[124] Sobre estos preceptos:

a) El artículo 1106 CC es el equivalente al artículo 1207.I PC. Las consideraciones que para el primero han hecho los autores pueden trasladarse en términos generales al segundo<sup>364</sup>. El artículo 1207.I PC ordena la indemnización del daño emergente y del lucro cesante.

[i] Artículo 74 primera regla CISG:

«La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. (...)»<sup>365</sup>.

[ii] Artículo 7.4.2 Principios UNIDROIT:

«(Reparación integral)

(1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos y perjuicios.»

[iii] Artículo 9:502 PECL (General Measure of Damages) (transcrito *supra* [111] c) [i]). Cfr. artículo III.-3:702 DCFR.

b) El artículo 1207.II PC –que regula la prueba del lucro cesante– no tiene equivalente en el Código civil<sup>366</sup>. La prueba del

<sup>364</sup> Vid. CARRASCO PERERA, «Artículo 1106» (1989) pp. 676-689.

<sup>365</sup> Sobre tipos de daños y el artículo 74 CISG, teniendo presente la regla de la previsibilidad que dicho artículo 74 CISG dispone en su proposición segunda: VIDAL OLIVARES (2005) pp. 118-132.

<sup>366</sup> CARRASCO PERERA: «El artículo 1106 se ha preocupado en este punto tan sólo de incluir de modo positivo el lucro cesante entre las partidas del daño indemnizable,

lucro cesante corresponde al acreedor. Los daños tienen que ser ciertos y esto puede ser de no fácil prueba en el daño de lucro cesante. El Tribunal Supremo ha señalado que no se indemnizan los daños dudosos o contingentes (los sueños de fortuna) afirmando la indemnización de los daños de los que haya cierta probabilidad objetiva de que lo sean según el curso normal u ordinario de las cosas y del caso concreto. El artículo 1207.II PC recoge esta jurisprudencia, codificándola<sup>367</sup>.

[i] Artículo 7.4.3 Principios UNIDROIT:

«(Certeza del daño)

(1) La compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza.»

---

pero no contiene regla alguna de alcance probatorio. A diferencia, por ejemplo, del § 252 del BGB, que es interpretado mayoritariamente por la doctrina como una regla probatoria, que relaja en beneficio del acreedor la necesidad de acreditación de la ganancia, cuando ésta se daría según el curso ordinario de los acontecimientos./ (...) En realidad, la ganancia frustrada es una función de la variable *probabilidad*. Sin que pueda ofrecerse una regla matemática al respecto, cuanto mayor sea la probabilidad de que el lucro no se obtenga, mayores serán las exigencias de prueba requeridas al acreedor. Pero sin duda debe existir una frontera entre la no constancia del lucro cuando su probabilidad es mínima y la posibilidad de repercutir esta probabilidad en el *quantum* del mismo. Trato de poner de relieve con esto que no existe ninguna dificultad en proyectar el grado de probabilidad sobre el *quantum* del lucro cesante, no sobre su *an*. El factor incertidumbre es una partida deducible del lucro; por ejemplo, no se trata de afirmar o negar sin más la indemnización del lucro cesante cuando por culpa del deudor han muerto las crías de ganado que pudieran haber crecido y reportado una ganancia a su dueño, sino de indemnizar esta ganancia frustrada en una cifra en la que se haya deducido el factor incertidumbre» [«Artículo 1106» (1989) núm. 5 en pp. 685-686; *vid. núm. 4* en pp. 684-685].

<sup>367</sup> Por ejemplo, STS, civil, 22 de junio de 1967 (Pte. Excmo. Sr. D. Tomás Ogayar y Ayllón; Aranzadi RJ 1967/2926): «Que el lucro cesante o ganancia frustrada (...) *el Derecho científico* sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que resulta del recurso normal de las cosas y de las circunstancias del caso concreto» (cdo. 4.º; a continuación se señala que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener ganancias.); STS, civil, 15 de julio de 1998 (Pte. Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes; Aranzadi RJ 1998/5550): «las ganancias frustradas o lucro cesante que, con cierta probabilidad, fuera de esperar en el desarrollo normal de las circunstancias del caso). Luis Díez-PICAZO: «La jurisprudencia española ha seguido en ese punto una línea claramente restrictiva, señalando que no debe concederse indemnización cuando las ganancias eran «contingentes» o «dudosas», lo cual, aplicado a lo que rigurosamente constituye un futuro conduce a las inevitables conclusiones de que el lucro cesante es siempre contingente o dudoso. Un punto de vista semejante, muy influido por la gráfica frase de Exner, de que no hay que indemnizar los «sueños de ganancia» o las cuentas de la lechera, por decirlo de otro modo, necesita alguna suavización. Como hemos señalado en otra ocasión, entre la ganancia posible pero contingente y la ganancia segura pueden aplicarse criterios de probabilidad, de acuerdo con lo que se puede llamar el curso normal de los acontecimientos» [*Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) p. 792]. *Vid.* DE PABLO CONTRERAS (2008) 2.ª ed. § 68 p. 206; también la nota inmediatamente anterior; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, en relación con el artículo 1207.II PC indica que «establece, con gran acierto a nuestro entender, algo que no quedaba claro en nuestro Código Civil» [(2011) p. 464; además p. 478].

c) El artículo 1207.III PC regula la indemnización de daños en las obligaciones pecuniarias y su equivalente es el artículo 1108 CC. Según este último, si el deudor incurre en mora en el cumplimiento de la obligación de pagar dinero y no se pacta otra cosa, la indemnización de daños consiste en el pago del interés convenido y en su defecto, en el del interés legal. El artículo 1108 CC dispone una reparación abstracta del daño<sup>368</sup>, pues fija el cálculo de éste al margen del daño real del acreedor, quien además no tiene que probar el daño. Sin embargo, el acreedor puede sufrir mayor daño (daño real) del que el artículo 1108 CC concreta y la cuestión es si se permite que, probado, pueda exigirlo del deudor. Como es conocido, nuestros autores mantienen distintas posiciones<sup>369</sup>.

El artículo 1207.III PC ordena las reglas del artículo 1108 CC con una importante diferencia: no menciona la mora del deudor, lo que se justifica en que la mora, con el requisito de la intimación (art. 1100 CC), no se acoge en la *Propuesta civil* (cfr. art. 1188 PC). En esta, el mero retraso en el cumplimiento constituye incumplimiento del deudor<sup>370</sup>. El artículo 1207.III PC no se pronuncia sobre el posible mayor daño del acreedor. Por su parte, el artículo 1206 PC, que regula la indemnización en el supuesto del retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, dispone que el deudor ha de satisfacer el interés pactado y en su defecto el interés legal del dinero, salvo que la ley o el título constitutivo de la obligación disponga otra cosa y ello «salvo que pruebe que el daño sea mayor». El artículo 1206 PC se refiere expresamente al retraso en el cumpli-

<sup>368</sup> CARRASCO PERERA: «De *liquidación abstracta* se habla en varios sentidos, pero todos ellos coincidentes en admitir el resarcimiento de un daño que el acreedor no “prueba” en el caso concreto. Unas veces (...). Otras veces, porque la norma fija en un *forfait* la cantidad del daño resarcible, como ocurre en el artículo 1108./ Cuando aquí se pretende hablar de daño abstracto se hace referencia mayormente a una regla de *derecho material*, no a un problema de prueba. Regla de derecho material en virtud de la cual una persona es acreedora de una suma de dinero frente a su deudor a título de indemnización sin necesidad de probar el daño concreto» [«Artículo 1106» (1989) núm. 1 en p. 694; del mismo autor (2010) núm. 33 p. 1194, núms. 37-38, pp. 1197-1199].

<sup>369</sup> Información sintética: LLAMAS POMBO, «Artículo 1108 CC» (2010) pp. 1223-1224; *vid.* además CARRASCO PERERA, «Artículo 1106 CC» (1989), núm. 14, pp. 686 (*sic*; 688)-689 y (2010) núms. 66-67, pp. 1227-1229. Sobre el artículo 1017 PCC 1851 (equivalente al art. 1108 CC), GARCÍA GOYENA: «La dificultad de calcular y probar los daños por la mora ó retardo en el pago, cuando la obligación es de una suma ó cantidad cierta, ha movido al legislador á fijarlos desde luego en el interés legal, si no se pactó otro. A esto sólo queda reducida la responsabilidad del deudor moroso; pero en cambio queda relevado el acreedor de toda prueba, porque su pérdida es evidente, ó al menos se presume tal: vé una excepción de esto en el artículo 1752 [para la fianza]» [(1852) p. 544]. *Vid.* JIMÉNEZ MUÑOZ, *ADC* (2010) pp. 761-774 para una panorámica de Derecho comparado con referencia a la CISG, a los PECL y al DCFR, pp. 774-789 en relación con el artículo 1108 CC y su interpretación por distintos autores (en particular pp. 786-787), y pp. 790-797 para su opinión (es partidario de la posibilidad de indemnizar el mayor daño del acreedor; *vid.* p. 794).

<sup>370</sup> Cfr. artículo 1188 PC; *vid.* FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [24]-[30] pp. 69-76, en particular [28] pp. 72-73.

miento y permite la reparación del mayor daño que el acreedor pruebe (daño real o concreto) frente al sistema de daño abstracto recogido en el artículo 1207.III PC, si bien el tenor de aquél no es del todo correcto, pues da a entender que la prueba del mayor daño corresponde al deudor, cuando es a cargo del acreedor. A partir de la exposición contrastada de estos dos preceptos de la *Propuesta civil* puede concluirse que hay una parcial repetición normativa entre los artículos 1207.III y 1206<sup>371</sup>, y que el último encaja mejor con la construcción del concepto de incumplimiento de la *Propuesta civil*, que el primero, por referirse al retraso en el cumplimiento. Sobre la admisión de la indemnización del mayor daño probado por el acreedor, se trata de una importante decisión del legislador y en esto, si no se considera que la *Propuesta civil* ofrece respuestas contradictorias, desde luego las que da no son coincidentes. En una posible revisión de la *Propuesta civil*, debería optarse por una mayor claridad.

[i] Artículo 78 CISG:

«Si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra parte tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, sin perjuicio de toda acción de indemnización de los daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74.»

a) Pantaleón Prieto señala que, con base en los antecedentes del artículo 78 CISG; en su ubicación normativa, en sección distinta de la de indemnización de daños [en la 3.<sup>a</sup>: «Intereses»; no en la 2.<sup>a</sup>: «Indemnización de daños y perjuicios» (arts. 74 a 77 CISG) de la Parte III CISG]; y en que no se habla de la indemnización de los mayores daños y perjuicios, «resulta con toda nitidez que los intereses que contempla *no son intereses moratorios* –resarcimiento del daño causado al acreedor de dinero por retraso imputable al deudor en el pago de la suma debida–, sino, por emplear una terminología importada de los juristas italianos, «*intereses correspectivos*» –restitución al acreedor del enriquecimiento obtenido por el deudor por disponer de la cantidad no tempestivamente pagada (productividad natural del dinero), haya o no sufrido daño el acreedor por el retraso–<sup>372</sup>. Por ello el deudor no puede exonerarse del pago de intereses con fundamento en el artículo 79 CISG (cfr. art. 79.5 CISG)<sup>373</sup>.

[ii] Artículo 7.4.9 Principios UNIDROIT:

(Intereses por falta de pago de dinero)

(1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha

<sup>371</sup> Señala también la duplicidad normativa: DURÁN RIVACOBIA (2010) p. 233.

<sup>372</sup> PANTALEÓN PRIETO, «Artículo 78 CISG» (1989) p. 630.

<sup>373</sup> PANTALEÓN PRIETO, «Artículo 78 CISG» (1989) pp. 630-631; el artículo 78 CISG no excluye la indemnización de daños del artículo 74 CISG, «en el bien entendido de que el daño indemnizable disminuirá en la suma cobrada por el acreedor en concepto de intereses correspectivos» [*op. cit.*, p. 634].

suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago.

(2) El tipo de interés será (...).

(3) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de pago causa mayores daños.

*a)* En el Comentario 1 del artículo se indica que éste recoge la regla ampliamente aceptada de que el retraso en el pago de este tipo de obligación se somete a un régimen especial, y que los intereses se abonarán, si el retraso se atribuye al incumplidor, desde que la deuda es exigible y sin necesidad de notificación por parte del acreedor. En cambio, si el retraso se debe a fuerza mayor, «los intereses se devengan de todas formas y deben ser pagados no en concepto de restitución, sino como compensación por el enriquecimiento del deudor que resulta de la falta de pago», pues el deudor sigue obteniendo intereses sobre la suma cuyo pago no puede efectuar<sup>374</sup>.

[iii] Artículo 9:508 PECL:

«Delay in Payment of Money

(1) If payment of a sum of money is delayed, the aggrieved party is entitled to interest on that sum from the time when payment is due to the time of payment at the average commercial bank short-term lending rate to prime borrowers prevailing for the contractual currency of payment at the place where payment is due.

(2) The aggrieved party may in addition recover damages for any further loss so far as these are recoverable under this Section». Cfr. artículo III.-3:708 DCFR.

*a)* En el *Comment B* del artículo se indica que el apartado (1) confiere un derecho general a exigir interés en las obligaciones contractuales primarias de pagar; no abarca el interés de las obligaciones pecuniarias secundarias como las obligaciones por daño o interés<sup>375</sup>. También, que el interés no es una especie de daño ordinario; por tanto, las reglas generales de la indemnización de daños no se aplican. Se debe interés si el no pago es inexcusable o es excusable de conformidad con lo que se dispone en el artículo 8:108 PECL<sup>376</sup>. Y que el perjudicado tiene el derecho al interés sin mirar la cuestión de si ha adoptado razonables medidas para mitigar sus pérdidas<sup>377</sup>.

*d)* Ni el artículo 1207 PC, ni los artículos 1205, 1206 y 1208 a 1212 PC, se ocupan de la reparación del daño moral contractual (daño extrapatrimonial). Esto llama la atención pues: hay normas en nuestro ordenamiento que explícitamente se refieren a la indemni-

<sup>374</sup> Principios UNIDROIT (2004) pp. 254-255.

<sup>375</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 451.

<sup>376</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 451.

<sup>377</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 451.

zación del daño moral contractual (cfr. art. 128.II TRLGDCU); la reparación del daño no patrimonial se reconoce en los artículos 9:501 (2) PECL y 7.4.2 (2) Principios UNIDROIT<sup>378</sup>; el Tribunal Supremo, que inicialmente estimó su reparación (compensación) en el ámbito extracontractual (STS 6 de diciembre de 1912), también lo ha admitido en el contractual [es común indicar que la primera sentencia que lo reconoció fue la STS, 1.ª, 9 de mayo de 1984 (Pte. Excmo Sr. D. Carlos de la Vega Benayas; *vid.* cdos. 3.º y 4.º, para el caso: el cdo. 5.º; Cendoj, Roj STS 1165/1984)]<sup>379</sup>; el artículo 1106 CC no prohíbe la reparación del daño moral contractual. Lo cierto es que el daño moral contractual no plantea la cuestión de su admisión, sino la de su alcance. Dicho a nivel básico, la reparación del daño moral contractual se ha vinculado a los derechos de la personalidad (*vid.* la conocida STS, 1.ª, 31 de octubre de 2002 que emplea la expresión «derecho inmaterial de la persona»<sup>380</sup>); pero también se defiende que el daño moral incluye la lesión de otros intereses jurí-

<sup>378</sup> a) Artículo 9:501 (2) PECL: «Right to Damages/ (...) / (2) The loss for which damages are recoverable includes: / (a) non-pecuniary loss; and / (b) future loss which is reasonably likely to occur» [cfr. art. III.-3:701 (2) y (3) DCFR]. b) Artículo 7.4.2 (2) Principios UNIDROIT: «Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional». Según el Comentario 5: «Puede tratarse de un dolor físico y sufrimiento emocional, la pérdida de ciertos placeres, el daño estético, etc., así como el daño ocasionado por ataques al honor o a la reputación» [Principios UNIDROIT (2004) p. 243]; c) Informa sobre el tratamiento de los daños morales en los Derechos de EE.UU, del Reino Unido, de Alemania, de Francia y de Bélgica: SOLÉ FELIU, *InDret* (1/2009) pp. 6-18; MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, *CCJC*, núm. 61 (2003) pp. 253-256; informa sobre el *Code civil*, teniendo presente el Derecho romano, el Código italiano de 1865, Código civil español, Código civil de Chile, Código civil de la República Argentina, BGB (con referencia a Savigny, Ihering y Windscheid), Código civil italiano de 1942, Código civil de Grecia y Código civil japonés: RODRÍGUEZ GUTIÁN (2008) pp. 939-950; esta autora también analiza, aparte de otros textos, la regulación del daño contractual de los Principios UNIDROIT, con la que se muestra crítica por su no referencia a la pérdida de prestigio, y la de los PECL [*op. cit.* pp. 960-967; *RjUAM* (2007) p. 246].

<sup>379</sup> Información sobre la aplicación judicial: MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, *CCJC*, núm. 61 (2003) pp. 259-269; NIETO ALONSO, *ADC* (2006) pp. 1130-1169, 1178-1197; Luis Díez-PICAZO (2008) pp. 27-43, 49-57; RODRÍGUEZ GUTIÁN, *ADC* (2003) pp. 832-838; SOLÉ FELIU *InDret* (1/2009) pp. 18-29; CARRASCO PERERA (2010) núms. 70-73, pp. 1231-1238; para el específico sector del contrato de viajes combinados: GÓMEZ CALLE, «Artículo 162 TRLGDCU» (2011) núm. 3 pp. 1391-1394. *vid.* STS, 1.ª, 10 de marzo de 2009, Pte. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, FD 3.º, letra C).

<sup>380</sup> Cendoj, Roj STS 7230/2002, Pte. Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz; FD 5.º: «No es correcta la apreciación del daño moral. El concepto de éste es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo, es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del *pretium doloris*. Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial».

dicos extrapatrimoniales incorporados al contrato, cumpliéndose ciertos requisitos (art. 1107 CC; daño de cierta entidad)<sup>381</sup>.

La no mención del daño moral en la *Propuesta civil* puede interpretarse en el sentido de que su reparación se limita a los casos

<sup>381</sup> Vid.: CARRASCO PERERA, «Artículo 1106 CC» (1989) pp. 699-703 (en especial núms. 2, 5, 6, 10) y «Artículo 1107 CC» (1989) núm. 19 en pp. 747-748; MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, *CCJC*, núm. 61 (2003) pp. 250-253, 257-259; RODRÍGUEZ GUITIÁN defiende una interpretación actual o nueva lectura del artículo 1106 CC en el sentido de que permite la inclusión del daño moral [*ADC* (2003) pp. 839-842, en particular desde la p. 841; *vid. además* hasta p. 844; y *RjUAM* (2007) pp. 244-246]; tras exponer la tesis que mantiene un concepto estricto de daño moral [*RjUAM* (2007) pp. 247-252] y la que mantiene una concepción amplia del daño moral [*RjUAM* (2007) pp. 252-255], RODRÍGUEZ GUITIÁN propone una tesis intermedia: «La solución a este complicado dilema quizá radique en una vía intermedia. Ni se trata de negar, como regla general, la indemnización del daño moral contractual mediante la adopción de un concepto estricto de daño moral, ni tampoco de admitir tal reparación de forma ilimitada, manejando como único criterio de resolución un concepto amplio de esta clase de daño. (...). Por eso la determinación de unos criterios que delimiten en qué casos ha de repararse el daño moral derivado del incumplimiento del contrato es un camino más adecuado, a mi juicio, para impedir, en la medida de lo posible, esta degradación del concepto de daño moral que sin duda se está produciendo. Pueden proponerse los siguientes criterios que marcan límites a la reparación del daño moral contractual: el primero es la aplicación del artículo 1107 del Código Civil (previsibilidad del daño moral) y, el segundo, la exigencia de que el daño moral sea de cierta entidad» [*RjUAM* (2007) p. 255; desarrolla esos criterios en pp. 256-260, con ejemplos y comentarios de casos jurisprudenciales]; LÓPEZ FERNÁNDEZ lleva a cabo una clasificación de los contratos teniendo en cuenta la incorporación al contrato del interés moral dado [(2006) pp. 1725-1738]; NIETO ALONSO, *ADC* (2006) pp. 1124-1127; Luis Díez-PICAZO (2008) pp. 41-42, 73-93; según SOLÉ FELIU: «El análisis realizado hasta el momento nos lleva a defender, como regla general, la indemnización del daño moral derivado del incumplimiento o del defectuoso cumplimiento contractual [p. 29]. (...) / (...) una vez admitido que el artículo 1106 CC no excluye la posibilidad de indemnizar el daño moral por incumplimiento contractual, una primera condición que debe concurrir para hacer efectiva dicha indemnización es que el daño, además de ser suficientemente relevante o de tener cierta entidad, vaya más allá de las meras molestias o frustraciones típicamente asociadas a todo incumplimiento contractual. Por decirlo de algún modo, el perjuicio tiene que constituir un «plus» o «añadir algo» a la simple incomodidad o malestar que todo acreedor experimenta habitualmente ante el incumplimiento de su deudor contractual. El riesgo de que se produzca un incumplimiento se encuentra implícito en toda relación contractual, y así lo asume cada una de las partes contratantes. Lo contrario, implicaría reconocer una indemnización automática por daño moral en todos los supuestos en que exista incumplimiento contractual. [p. 30] / (...) / Según opina la doctrina dominante, es en el artículo 1107 CC donde se encuentran los límites y condiciones que permiten establecer en qué casos el daño –también el moral– resulta indemnizable. (...) / Que los daños sean consecuencia necesaria del incumplimiento significa que sólo pueden imputarse al deudor aquellos daños morales que, de acuerdo con la clase de intereses que constituyen el objeto del contrato y cuya satisfacción debe atender el deudor, sean una de las manifestaciones típicas de la falta de cumplimiento. [p. 31] (...) / En segundo lugar –con la excepción de los casos en que el deudor incumplió dolosamente– el daño moral será indemnizable si fue previsto o debió preverse en el momento de constituir la obligación (Art. 1107.1 CC). Se trata de un límite adicional que identifica qué daños, entre todos los imputables jurídicamente al deudor por ser consecuencia necesaria del incumplimiento, acabarán siendo soportados por éste. Este segundo condicionante es típicamente contractual, porque permite a los contratantes calcular los riesgos que conlleva la relación que se disponen a crear y distribuirlos entre ellos, de acuerdo con lo que resulta previsible en el momento de contratar. (...) / El manejo de estos dos factores, junto con el carácter relevante del daño, constituye un enfoque adecuado para afrontar las reclamaciones del daño moral derivado del cumplimiento defectuoso [*sic*] o del incumplimiento contractual» [p. 32; *vid. pp.* 29-35 y 20-21, *InDret* (1/2009)]. Crítica el empleo que la jurisprudencia hace del daño moral contractual como vía de escape: GÓMEZ POMAR, *InDret* (3/2007) pp. 26-27.

en los que media infracción de los derechos de la personalidad, no siendo por ello preciso mencionarlo en la regulación del incumplimiento de las obligaciones. Pero también puede entenderse, que se ha tratado de un mero olvido, o, tal vez sea una omisión consciente. Desde luego ya se ha apuntado la necesidad de que en la *Propuesta civil* haya un pronunciamiento expreso sobre la compensación del daño moral<sup>382</sup>. Sería conveniente ordenar que el daño moral contractual es un tipo de daño indemnizable, dejando a los autores y a la jurisprudencia el asentamiento de sus líneas maestras o guía (*vid.* por ejemplo la reciente STS, 1.<sup>a</sup>, 15 de julio de 2011, FD 5.º, Pte. Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana; Cendoj, Roj STS 4900/2011).

[125] *Propuesta mercantil*.—En virtud del artículo 65, 2 y 3, PM:

«2. La indemnización de los daños y perjuicios comprenderá cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que se haya visto privada la parte perjudicada, así como los daños no pecuniarios.

Para determinar el importe de la indemnización se descontarán las ventajas que la parte perjudicada haya obtenido y los gastos que haya evitado como consecuencia del incumplimiento.

3. En los casos en los que la prestación incumplida tenga un precio corriente en el mercado, la parte perjudicada podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de su resolución, así como también el resarcimiento por cualquier daño adicional.

Se considerará como precio corriente en el mercado el generalmente cobrado por las mercancías o servicios contratados en circunstancias semejantes en el lugar en el que el contrato debió haberse cumplido. Si no hubiese precio corriente en ese lugar, se tendrá en cuenta el precio corriente en otro lugar que parezca razonable tomar como referencia.»

Para el artículo 66.1, *supra* [43].

[126] Sobre estos preceptos:

a) Igual que en la *Propuesta civil*, se dispone la indemnización del daño emergente y del lucro cesante (cfr. art. 1106 CC) y a diferencia de aquélla, se prescribe la indemnización del daño no

---

<sup>382</sup> VIDAL OLIVARES: «La Propuesta (...) no se pronuncia sobre la procedencia de la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual. Probablemente, frente al debate doctrinal sobre el punto en el Derecho Civil español, sería esta la ocasión de zanjar la cuestión. No veo que sea una buena técnica dejar abierta la interrogante. Este es el instante en el que debe tomarse partido, sea para excluirlo o fijar reglas que determinen su procedencia» [(2011) p. 292]. Teniendo en cuenta la regulación europea del DCFR, de los PECL y de los Principios *Acquis*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA considera «[l]as ausencias más destacadas se refieren a daños y perjuicios indemnizables de carácter no económico (...)» [(2011) pp. 463-464].

pecuniario (daño moral) (art. 65.2.I PM). Entiendo correcta esta última indicación por lo antes señalado.

b) La indemnización repara el daño causado por el incumplimiento y esto normalmente implica operaciones contables de suma y resta. En ocasiones, el incumplimiento evita gastos al acreedor; en otras, puede obtener ventajas a partir de él. La *Propuesta mercantil* dispone que esos valores han de tenerse presentes para concretar la cuantía indemnizatoria (art. 65.2.II PM; cfr. art. 7.4.1 Principios UNIDROIT). Debe hacerse una precisión: las ventajas del acreedor con ocasión del incumplimiento pueden tener origen en su capacidad de gestionar las consecuencias del incumplimiento; para estos casos, es cuestionable que aquéllas redunden en beneficio del deudor incumplidor<sup>383</sup>.

c) El artículo 65.3.I PM dispone un sistema de cálculo abstracto del daño: resuelta la relación contractual, si el acreedor no realiza un negocio de reemplazo, puede exigir del deudor incumplidor la diferencia entre el precio del contrato resuelto y el precio corriente en el mercado, junto con otros daños que efectivamente hayan derivado del incumplimiento y que de ellos haya de responder el deudor (daño concreto). Para evitar cuestiones sobre cuál es el precio corriente en el mercado, el artículo 66.3.II PM dispone unas pautas a seguir<sup>384</sup>.

d) El artículo 66.1 PM se refiere al cálculo del daño real del acreedor. Si este ha realizado un negocio de reemplazo, tras la resolución del contrato incumplido, puede reclamar del deudor la diferencia de precio entre ambos contratos si tal diferencia constituye un daño. Para que este sistema de cálculo concreto del daño opere, es preciso que el negocio de reemplazo se haga en forma y plazo razonable tras la resolución<sup>385</sup>. Por descontado, si el acreedor sufre y prueba daños distintos de esa diferencia entre precios, daños derivados del incumplimiento y de los que el deudor ha de responder, éstos también ha de indemnizárselos al acreedor. El artículo 66.1 PM viene a codificar una práctica mercantil habitual, algo que puede entenderse demandado.

[i] Artículo 75 CISG:

«Si se resuelve el contrato y si, de una manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de

<sup>383</sup> Vid. CARRASCO PERERA, «Artículo 1106» (1989) pp. 689-693. PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1743.

<sup>384</sup> Vid. CARRASCO PERERA, «Artículo 1106 CC» (1989) núms. 2, 3 y 4 en pp. 694-696.

<sup>385</sup> Otro daño es el de la pérdida de volumen: sobre esto, FENOY PICÓN, *CCJC* (2009) núm. 80, pp. 571-590.

reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74.»

Artículo 76 CISG:

«1. Si se resuelve el contrato y existe un precio corriente de las mercaderías, la parte que exija la indemnización podrá obtener, si no ha procedido a una compra de reemplazo o a una venta de reemplazo conforme al artículo 75, la diferencia entre el precio señalado en el contrato y el precio corriente en el momento de la resolución, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74. No obstante, si la parte que exija la indemnización ha resuelto el contrato después de haberse hecho cargo de las mercaderías, se aplicará el precio corriente en el momento en que se haya hecho cargo de ellas en vez del precio corriente en el momento de la resolución.

2. A los efectos del párrafo precedente, el precio corriente es el del lugar en que debiera haberse efectuado la entrega de las mercaderías o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio en otra plaza que pueda razonablemente sustituir ese lugar, habida cuenta de las diferencias de costo del transporte de las mercaderías»<sup>386</sup>.

[ii] Artículo 7.4.5 Principios UNIDROIT:

«(Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo)

Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonable, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.»

Artículo 7.4.6 Principios UNIDROIT:

«(Prueba del daño por el precio corriente)

(1) Si la parte perjudicada ha resuelto el contrato y no ha efectuado una operación de reemplazo, pero hay un precio corriente para la prestación contratada, podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de la resolución del contrato, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.

(2) Precio corriente es el precio generalmente cobrado por mercaderías entregadas o servicios prestados en circunstancias semejantes en el lugar dónde el contrato debió haberse cumplido o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio corriente en otro lugar que parezca razonable.»

<sup>386</sup> Sobre los artículos 75 y 76 CISG: VIDAL OLIVARES (2005) pp. 133-140.

[iii] Artículo 9:506 PECL:

«Substitute Transaction

Where the aggrieved party has terminated the contract and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner, it may recover the difference between the contract price and the price of the substitute transaction as well as damages for any further loss so far as these are recoverable under this Section». Cfr. artículo III.-3:706 DCFR.

Artículo 9:507 PECL:

«Current Price

Where the aggrieved party has terminated the contract and has not made a substitute transaction but there is a current price for the performance contracted for, it may recover the difference between the contract price and the price current at the time the contract is terminated as well as damages for any further loss so far as these are recoverable under this Section». Cfr. artículo III.-3:707 DCFR.

### 8.3 LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DE LOS DAÑOS POR INCUMPLIMIENTO. EL CRITERIO DE LA PREVISIBILIDAD DE LOS DAÑOS CONTRACTUALES (EL FIN DE PROTECCIÓN DEL CONTRATO)

[127] La *Propuesta civil* regula estas importantes cuestiones en el artículo 1208 y establece notables precisiones frente al Código civil (art. 1107). Por su parte, la *Propuesta mercantil* señala que la reparación de los daños ha de ser íntegra (art. 65.1).

[128] El artículo 1208 PC dispone:

«El deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento; pero si éste no hubiera sido doloso, sólo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato.»

[129] Este precepto contiene dos normas: una genérica referida a la imputación objetiva del daño; la otra, específica para el deudor contractual no doloso y los daños contractuales indemnizables. Su análisis sugiere:

a) *Primera norma del artículo 1208 PC.*—En la *responsabilidad extracontractual* se diferencia la causalidad fáctica, en la que opera la regla de la *conditio sine qua non* (teoría de la equivalen-

cia de las condiciones) y la causalidad jurídica que determina los daños que jurídica y causalmente se conectan (o no) al comportamiento del deudor con el instrumento de los criterios de imputación objetiva construidos por los autores y las normas<sup>387</sup>.

Para la *responsabilidad contractual*, Luis Díez-Picazo afirma: «En nuestra opinión, los problemas de la relación de causalidad en los daños contractuales se rigen, en línea de principio, por las mismas reglas que se establecen en materia de responsabilidad extracontractual o aquiliana. Ello significa, en el momento actual, aplicar los llamados criterios de imputación objetiva de acuerdo con los parámetros que hoy resultan conocidos»<sup>388</sup>. El autor desenvuelve los conocidos criterios de: el riesgo general de la vida, la prohibición de regreso, el criterio de la provocación, el fin de protección de la norma, el incremento del riesgo o criterio de la conducta alternativa correcta, la competencia de la víctima y el criterio de la adecuación<sup>389</sup>. Sobre el fin de protección de la norma, precisa que su aplicación al ámbito contractual supone la violación de la norma contractual<sup>390</sup>. Lo expuesto en este párrafo puede aplicarse a la fórmula de «[e]l deudor responde de los daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento» del artículo 1208 primera regla PC.

La transcrita norma de la *Propuesta civil* es novedad comparada con la dicción del artículo 1107.II CC aplicable al *deudor doloso*<sup>391</sup>. Es cierto que tal novedad es más formal (en el sentido de que hay una expresa norma que lo señala) que material, si

<sup>387</sup> Sobre los criterios de imputación objetiva: PANTALEÓN PRIETO (1990) pp. 1561-1566; sobre la imputación objetiva en el pensamiento del prof. Vicente L. MONTÉS PENADÉS en la doctrina jurisprudencial de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo: BLASCO GASCÓ (2011) tomo I, pp. 330-347; en pp. 324-330, BLASCO GASCÓ se refiere a la imputación objetiva y sus criterios.

<sup>388</sup> Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) pp. 784-785.

<sup>389</sup> Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) pp. 785-786.

<sup>390</sup> Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) p. 785.

<sup>391</sup> Sobre el deudor doloso del artículo 1107.II CC, CARRASCO PERERA: «Como prueban las fuentes precodificadas de la norma, la sanción a este deudor de mala fe estaba referida a los supuestos de dolo precontractual, no propiamente al incumplimiento doloso. Dolo precontractual de quien conoce y calla el defecto de la cosa que vende o alquila. Nunca se empleó ejemplo alguno que comprendiera en el alcance a deudor que *voluntariamente incumple* el contrato en su fase de ejecución y que no hubiera *actuado con fraude en la fase in contrahendo*. Pero resulta que aquéllos son los más abundantes casos de dolo contractual» [(2010) núm. 29, p. 1267]. El autor concluye: «El resultado de estas digresiones no puede ser otro que proponer una reducción teleológica del alcance del artículo 1107.II CC. Hemos repasado jurisprudencia que en circunstancias límite no declara la existencia de dolo, cuando lo que en verdad subyace es una prevención a aplicar las *consecuencias normativas* del dolo. Como no podemos proceder por el sencillo modo de tener por derogada la norma, ni siquiera por falta de uso, proponemos que su aplicación se limite a los casos de *dolo malo* en los que la conducta del acreedor no tiene una justificación económica *aceptable*. Sólo el fraude grosero en la fase *in contrahendo* o el *dolo de dañar* merecen tan grave condena como la del artículo 1107.II CC» [*op. cit.*, núm. 38, p. 1277].

tenemos en cuenta la expuesta reinterpretación de Luis Díez-Picazo (que la hace para cualquier deudor contractual incumplidor<sup>392</sup>). El artículo 1208 PC no reproduce el artículo 1107.II CC, el cual ordena para el deudor que incumple dolosamente, que éste responde «de todos los [daños y perjuicios] que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación». Pantaleón Prieto ha criticado la redacción del artículo 1107.II CC, pues parece dar a entender que el deudor doloso responde de todos los daños que cause su incumplimiento con base en la *conditio sine qua non* y propugna su supresión<sup>393</sup>. El mencionado autor indica lo inaceptable de interpretar el artículo 1107.II CC según la teoría de la equivalencia de las condiciones y considera (interpretación correctora) que el deudor doloso «no debe responder de los daños cuya imputación objetiva al incumplimiento resulte excluida conforme a los criterios del “riesgo general de la vida”, de la “prohibición de regreso”, de la “provocación”, del “incremento del riesgo” o de la “adecuación”<sup>394</sup>. Sobre el “fin de protección de la norma” apunta: “[s]e podría haber añadido (...), pero no el sentido de “fin de protección del contrato” (previsibilidad del daño al tiempo de contratar), sino en el señalado (...) [de] finalidad protectora del específico deber infringido, en su caso dolosamente»<sup>395</sup>. Pantaleón Prieto indica, que «en la hipótesis de dolo del responsable, las soluciones a los problemas de imputación objetiva del daño han de ser las mismas en materia de responsabilidad contractual y extracontractual»<sup>396</sup>.

<sup>392</sup> Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) pp. 784-786 y 787.

<sup>393</sup> PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1742; *vid.* CARRASCO PERERA (2010) núms. 27-28, pp. 1265-1267 y «Artículo 1107» (1989) núm. 3 en p. 749, también núm. 5 en pp. 750-751.

<sup>394</sup> PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) p. 1036; señala además que interpretado literalmente el artículo 1107.II CC, la regla que contendría «es un despropósito injustificable y sin parangón alguno en el Derecho comparado» (*op. cit.* p. 1088).

<sup>395</sup> PANTALEÓN PRIETO [*ADC* (1991)] remite al lector a la nota 18 de su trabajo. Allí, entre otras cosas, señala: «el criterio del “fin de protección de la norma” puede tener otras aplicaciones excluyentes de la imputación objetiva del daño en el ámbito de la responsabilidad contractual, cuyo encaje normativo residiría en nuestro Derecho, en el requisito de que los daños y perjuicios han de ser “consecuencia necesaria” de la falta de cumplimiento, que exigen las palabras finales del artículo 1107.II CC [*sic*, I]» (*op. cit.* nota 18 p. 1026). Expone el caso inglés *Gorris v. Scott* (1874) que conoció de un contrato de transporte de ganado en barco; por reglamento, el transportista estaba obligado a transportar cada cabeza de ganado en establos separados; no lo hizo y una noche de tormenta barrió los animales que murieron ahogados. El demandante probó que si los animales hubieran sido transportados en establos separados se habría evitado el resultado, reclamando indemnización de daños; se desestimó su demanda, pues: «asumimos aquí que [el daño] ha sido causado por la infracción del deber cometida por la parte demandada, es de tal naturaleza que no estaba en modo alguno contemplado por el reglamento», el cual «no tenía como finalidad directa ni indirecta proteger frente a tal daño [...], ya que la norma está dirigida contra el riesgo de que el ganado esté expuesto a enfermedades contagiosas» (*op. cit.* nota 18 pp. 1026-1027).

<sup>396</sup> PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) p. 1036; *vid.* además pp. 1090-1091.

Por su parte, Morales Moreno, que también destaca la inadecuada redacción del artículo 1107.II CC<sup>397</sup>, entiende que «[l]a regla de imputación objetiva del artículo 1107 II no es diferente de la aplicable a la responsabilidad extracontractual»<sup>398</sup>. Considera que el criterio de imputación objetiva que el artículo 1107.II CC contiene para el deudor contractual doloso<sup>399</sup> es el de la «teoría de la adecuación», teoría desarrollada, redactado ya el artículo 1107.II CC<sup>400</sup>. «A mi modo de ver» –señala Morales Moreno– la teoría de la adecuación «debe ser hoy el punto de partida para resolver los problemas de imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual y en la del artículo 1107 II. Dicha teoría se asienta en unas bases dogmáticas razonables de tratamiento de tales problemas, y no existen razones de tipo valorativo que justifiquen que se aparte de ella nuestro ordenamiento. La teoría de la adecuación permite utilizar una regla suficientemente amplia para operar con ella de manera general, a diferencia de otros criterios de imputación objetiva que se limitan a ciertos cursos causales en supuestos concretos»<sup>401</sup>. El autor no encuentra graves obstáculos en el texto del artículo 1107.II CC para encajar la teoría de la adecuación, si se entiende que «conocidamente» significa «daños cuya causación es conocida (cuando no querida) por el deudor incumplidor, en el momento de ejecutar la acción dolosa, así como daños cuyo conocimiento le puede ser imputado, conforme al conocimiento de un observador imparcial»<sup>402</sup>.

b) *Segunda norma del artículo 1208 PC.*—Conviene iniciar la exposición recordando el tenor del artículo 1107.I CC: «[l]os daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos

<sup>397</sup> MORALES MORENO: «García Goyena por un inadecuado entendimiento de la función de la regla, no acertó a dar al artículo 1016 P-1851 la redacción conveniente. Esa inadecuada redacción se traslada al 1107 II del CC. García Goyena, sin verificar convenientemente la función de la regla en los antecedentes históricos que maneja, le asigna una función sancionadora del dolo del deudor. Y esto le lleva a establecer un criterio de imputación asentado en la que hoy denominamos “teoría de la equivalencia”. Recordemos sus palabras: «Bastará, pues, que el daño haya sido conocidamente ocasionado por el dolo, y que sin éste no habría tenido lugar, aunque no sea consecuencia necesaria directa». Sin embargo, confía en que el prudente arbitrio del juez pondrá límites a la cadena de los daños indemnizables» [(2010) p. 177].

<sup>398</sup> MORALES MORENO (2010) p. 178.

<sup>399</sup> Define de la siguiente manera el dolo del artículo 1107.II CC: «Es un acto de incumplimiento del contrato causante de daños a bienes o intereses del acreedor que se sitúan más allá del interés protegido por el contrato (art. 1107 I: fin de protección del contrato), y que por la intención del sujeto, que directamente pretende causar un daño al otro contratante, o por la propia antijuricidad del acto (acto contrario a una norma o a las exigencias de la buena fe) justifica una imputación de responsabilidad al deudor fundada en la ilicitud de su conducta y no exclusivamente en el hecho del incumplimiento» [(2010) p. 175]. Incluye el incumplimiento doloso de deberes precontractuales de información, de deberes de prestación y de deberes de cuidado [MORALES MORENO (2010) p. 176].

<sup>400</sup> MORALES MORENO (2010) p. 179.

<sup>401</sup> MORALES MORENO (2010) p. 179.

<sup>402</sup> MORALES MORENO (2010) p. 179.

o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». Cotejando los artículos 1208 segunda regla PC y 1107.I CC puede considerarse:

b.1) El artículo 1208 PC regula el supuesto del «deudor no doloso» incumplidor. No recoge la expresión «deudor de buena fe» del artículo 1107.I CC, expresión que dio lugar a cierto debate sobre su exacto significado. Es más correcta y precisa la expresión de la *Propuesta civil* de «deudor no doloso», categoría conformada mediante la técnica de la exclusión (lo es, quien no es doloso). Además, la expresión deudor no doloso es de uso habitual entre nuestros autores como equivalente a la del deudor de buena fe del artículo 1107.I CC<sup>403</sup>. Este ámbito subjetivo del artículo 1208 segunda proposición PC supone la *no aplicación* del test de la previsibilidad del daño en el momento de la perfección del contrato al deudor doloso: el alcance de su responsabilidad se encauza en la primera proposición del artículo 1208 PC.

b.2) En virtud del artículo 1208 PC, el deudor no doloso «sólo responderá de los daños que se hubiesen previsto o podido prever razonablemente como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato» [cfr. las conocidas sentencias *Hadley v. Baxendale* (1854) y *Victoria Laundry v. Newman* (1949), *Heron II*<sup>404</sup>].

<sup>403</sup> Se planteó la cuestión de si el «deudor de buena fe» del artículo 1107.I CC incluía al deudor negligente, dándose una respuesta afirmativa con apoyo en los antecedentes históricos [PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) pp. 1025-1026]; *vid.* CARRASCO PERERA, «Artículo 1107 CC» (1989) núm. 7 en p. 724; MORALES MORENO (2010) nota 425 en p. 157. SERRA RODRÍGUEZ: «(...) la buena fe en el artículo 1107 describiría simplemente la ausencia de dolo en el hecho determinante del daño resarcible, comprendiendo aquellas situaciones en las que el deudor ha de responder, bien sea a título de culpa-negligencia, bien por cualquier otro criterio de imputación previsto legal o convencionalmente (p.ej. el riesgo), siempre que no se le pueda reprochar dolo alguno. Éste es también el criterio adoptado por la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación (Sección Primera de Derecho civil), cuyo artículo 1208 regula la extensión de la obligación de indemnizar del deudor, previendo en su segundo inciso, la limitación a los daños previsibles para el deudor “no doloso”» [(2011) pp. 2493-2494].

<sup>404</sup> a) *Hadley v. Baxendale* [1854] EWHC Exch J70.—Sentencia ampliamente conocida por la doctrina española [*vid.* por ejemplo MORALES MORENO (2010) pp. 131-132; GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC* (2011) pp. 128-130; PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) pp. 1080-1081]. En dicha sentencia, Alderson B. expone: «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».

b) *Victoria Laundry v. Newman*; y *The Heron II*.—La primera sentencia también es reiteradamente expuesta por nuestros autores. *Victoria Laundry v. Newman* reorganiza las reglas de *Hadley v. Baxendale*. En *Victoria Laundry v. Newman* se indica: «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» [vid. por ejemplo GREGORACI FERNÁNDEZ, *ADC* (2011) pp. 131-133; PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) pp. 1083-1084]. Sobre *The Heron II* (tercer *leading case*), GREGORACI FERNÁNDEZ señala: «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 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 easy foreseeable»* [cursiva de la autora; *ADC* (2011) p. 133].

c) *Transfield Shipping Inc. v. Mercator Shipping Inc. (2008)*.—En los últimos años está teniendo lugar cierta revisión de la regla de la previsibilidad [letras a) y b)] pudiendo distinguirse entre una interpretación tradicional y otra moderna. Sobre la interpretación tradicional y desde la perspectiva que le interesa, MORALES MORENO sintetiza esta idea: «La evolución del test de la previsibilidad en el *Common Law*, con posterioridad al caso *Hadley v. Baxendale* se ha distanciado bastante de la idea de Pothier, referida a lo acordado expresa o tácitamente en el contrato. En el sentido de que la previsibilidad se refiere a cada contratante, es unilateral, y opera como contrapeso necesario del punto de partida que se adopta: el principio de indemnización integral de los daños. El test de la previsibilidad evita la dureza excesiva de este principio. / La previsibilidad, tal como ha llegado a ser entendida en el *Common Law*, es un instrumento razonable de limitación de responsabilidad, que permite a cada contratante predecir y calcular el coste de su incumplimiento contractual y le incita, al mismo tiempo, a modificarlo en la negociación del contrato, cuando ese coste le resulta excesivo. (...). De este modo el conocimiento, efectivo o imputado, del contratante sobre las consecuencias dañosas de su incumplimiento y, en su caso, el pacto modificativo, son, en definitiva, los factores de imputación del daño indemnizable. El conocimiento imputa objetivamente daños (*ipso iure*), al margen de la voluntad; aunque la voluntad puede excluirlos» [op. cit. (2010) p. 135]. Sobre la corriente doctrinal de revisión e interpretación moderna de la previsibilidad, MORALES MORENO expone la crítica que Andrew Tettenborn hace de la doctrina de la previsibilidad referida a cada contratante y su aportación de la *instrumental promises theory*: el deudor «responde en la medida en que su incumplimiento priva al acreedor del beneficio que debía proporcionarle el contrato, el beneficio o beneficios comprendidos en la promesa incumplida» (p. 141; pp. 137-141); también se refiere a Gordley, autor cuya crítica se funda «en el postulado de la “proporcionalidad” que debe existir en el contrato entre la cuantía de los daños indemnizables y la contraprestación recibida por el obligado» (p. 141, pp. 141-142); por último, expone la sentencia *Transfield Shipping Inc. v. Mercator Shipping Inc. (2008)* en la que Lord Hoffman «asienta la responsabilidad contractual en el propósito de las partes. Lo dice así: / “Me parece razonable fundar la responsabilidad por daños en el propósito de las partes (determinado objetivamente), porque toda responsabilidad contractual es asumida voluntariamente. En principio ha de considerarse equivocado, hacer responsable a alguien por riesgos que no es razonable considerar asumidos por quienes celebran ese tipo de contrato, en su concreto mercado”. / La opinión de Lord Hoffman sitúa, pues, la regla de la previsibilidad en el contrato; en la interpretación del concreto contrato, practicada con la objetividad con la que lo hace el *Common Law*» (p. 144; vid. desde la p. 143).

Sobre la sentencia *Transfield Shipping Inc.* y su impacto en el Derecho inglés, vid. GREGORACI FERNÁNDEZ [ADC (2011) pp. 148-155; sobre la interpretación tradicional de la previsibilidad: pp. 128-140]. Sobre la interpretación moderna, la autora señala: «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» [ADC (2011) p. 141; desarrolla la interpretación moderna en pp. 141-147]. GREGORACI FERNÁNDEZ analiza esta sentencia (conocida como el caso *Achilleas*) destacando la reticencia mayor o menor de los autores a aceptar su doctrina; «[e]n la 30th 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 especia-

Frente al momento de la celebración del contrato del artículo 1208 PC, el artículo 1107.I CC fija la previsibilidad (fin de protección del contrato)<sup>405</sup> «en el momento de constituirse la obligación», expresión ésta que ha permitido defender su aplicación *a la obligación distinta de la contractual* (a la legal), siendo ello objeto de crítica<sup>406</sup>. Como he adelantado, el artículo 1208 segunda proposición PC precisa con claridad que su campo de actuación es la obligación contractual (expreso pronunciamiento legal).

[i] Antes de seguir con la disección del artículo 1208 segunda proposición PC, es oportuno conocer algunas de las consideraciones que sobre la regla de la previsibilidad del artículo 1107.I CC han realizado Pantaleón Prieto, Carrasco Perera y Morales Moreno.

[ii] Pantaleón Prieto (en 1991) señala que la previsibilidad del daño es la manifestación típica, en la responsabilidad contractual, del criterio de imputación objetiva del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad, aceptado que la norma es el contrato mismo, ley entre las partes<sup>407</sup> (fin de protección del contrato).

Afirma que la explicación jurídico-económica de que el fin de protección del contrato limite la reparación al daño previsto o previsible al tiempo de contratar, se debe a que la decisión de contratar «descansa en un cálculo de costes-beneficios, más o menos consciente, de cada una de las partes contratantes, siendo uno de los costes a tener en cuenta el relativo al riesgo de que se produzcan una serie de daños a consecuencia de un eventual incumplimiento. No tendría buen sentido que el contratante que resulte incumplidor debiera responder de aquellos resultados dañosos que, ni contempló como posibles en el momento de celebrar el contrato, ni una persona razonable, al tiempo de contratar, y contando, en su caso, con los especiales conocimientos de aquél, habría previsto que podrían producirse a consecuencia de tal incumplimiento»<sup>408</sup>. La explicación jurídica-económica impone completar el tenor de la norma de la previsibilidad para los casos en que, por circunstancias especiales, no basta la previsibilidad al tiempo de contratar de que se producirá tal resultado, sino que es preciso «además, que la información sobre las circunstancias especiales le haya sido proporcionada *precisamente por la otra parte, y de tal modo que personas razonables del mismo sector del tráfico, situadas en el lugar de los contratantes, hubiesen considerado asumido, salvo inmedia-*

---

les así lo justifiquen» [ADC (2011) p. 154], lo que así se hace en la sentencia *Shipping Co Ltd v. Progress Bilk Carriers Ltd* [ADC (2011) p. 154]. Vuelve la autora sobre en el caso *Achilleas*: GREGORACI FERNÁNDEZ (2011) pp. 295-311, en particular pp. 309-311.

<sup>405</sup> Vid. MORALES MORENO (2010) pp. 93-96; sobre la aplicación en el Derecho alemán de la doctrina del fin de protección del contrato las pp. 150-153.

<sup>406</sup> Vid. PANTALEÓN PRIETO, quien habla de reducción teleológica del artículo 1107.I CC; ADC (1991) pp. 1019-1020, 1030-1032.

<sup>407</sup> PANTALEÓN PRIETO, ADC (1991) p. 1026.

<sup>408</sup> PANTALEÓN PRIETO, ADC (1991) p. 1027, *vid.* hasta p. 1028.

*ta protesta, el correspondiente riesgo de daños»* (cursiva del autor)<sup>409</sup>.

El test de la previsibilidad del artículo 1107.I PC no se aplica al deudor que incumple dolosamente (art. 1107.II PC)<sup>410</sup>.

[iii] Según Carrasco Perera (en 2010):

«La regla de previsibilidad es a la vez un estándar empírico y normativo. Es decisivo lo que en efecto el deudor previó al tiempo del contrato, pero también lo que no previó y debió haber previsto como consecuencia probable de su incumplimiento. Conforme al artículo 1107, la previsibilidad es de los daños, no de la conexión causal adecuada entre éstos y el incumplimiento, ni tampoco se precisa una previsibilidad del propio incumplimiento. Es decir, la regla de previsibilidad del artículo 1107 CC no presupone que entre el incumplimiento y los daños exista una conexión adecuada, pues la adecuación causal no es el objeto de la previsibilidad a que se refiere el artículo 1107 CC. También es previsto o previsible un daño, si se contempló su razonable posibilidad de resultados del incumplimiento, pero no se contempló como razonable la posibilidad de tal incumplimiento»<sup>411</sup>.

---

<sup>409</sup> PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) p. 1029. Continúa el texto: «Lo que, sensatamente, habrá que entender que no es el caso, cuando se constata que lo que le habría costado al incumplidor administrar el riesgo cuya realización ha causado los daños de cuya indemnización se trata, es una cuantía sensiblemente más elevada que la del beneficio que esperaba obtener del contrato incumplido» [*op. cit.* 1029]. *Vid.* MORALES MORENO (2010) pp. 167-168 en conexión con pp. 163-165.

<sup>410</sup> Indica PANTALEÓN PRIETO que no procede la aplicación de la regla de la previsibilidad al deudor doloso, pues su incumplimiento depende de la voluntad del deudor y puede hacer un segundo cálculo de costes y beneficios para decidir incumplir (el primer cálculo fue a la hora de decidir qué y cómo contrataba). Si el criterio de imputación objetiva del fin de protección del contrato se aplicase al incumplimiento contractual doloso, se permitiría que este deudor hiciese un segundo cálculo «estimando como coste la misma cuantía indemnizatoria –igual al daño previsible al tiempo de la celebración del contrato– que utilizó, o debió razonablemente utilizar cuando realizó el cálculo de costes-beneficios que fundamentó su decisión de contratar. Lo que, jurídico-económicamente, no tendría buen sentido. Pues, si resulta que aquella cuantía es menor que la de los daños previstos o previsibles al tiempo de tomar la decisión de cumplir o no, y los beneficios previsibles del incumplimiento para la parte que se plantea incumplir alcanzan una cantidad situada entre una y otra cuantía de daños, el incumplimiento doloso tendrá lugar, pese a ser, como en este caso, económicamente ineficiente» [*ADC* (1991) pp. 1032-1033. De esta explicación deduce que el artículo 1107.II CC sólo se refiere al incumplimiento doloso en sentido estricto (consciente y voluntario), no incluyendo la culpa lata del deudor [*op. cit.* p. 1034]. Advierte de la aplicación del artículo 1107.II CC al dolo en la formación del contrato y al dolo en el cumplimiento del contrato [*op. cit.* pp. 1034-1036; *vid.* CARRASCO PERERA, «Artículo 1107 CC» (1989) núm. 1 en p. 748].

<sup>411</sup> CARRASCO PERERA (2010) núm. 3, p. 1242. El texto continúa: «La previsibilidad se determina respecto del día en que se constituye la obligación, no a la fecha del incumplimiento, pues conforme a la tradición del *Ius Commune* que se halla a la base del artículo 1107 CC, se trata de una previsibilidad que comporta *asunción del riesgo* por parte del deudor, es decir, de un juicio hipotético sobre la magnitud del riesgo de daños del acreedor que el deudor estaba dispuesto a la fecha del contrato. Pero esto no quiere decir que nuestra norma imponga un requisito suplementario, de manera que no baste que el daño haya sido “previsto” o “conocido” o “contemplado” con anterioridad, sino que se exigiera, además, que se acreditara una asunción tácita por el deudor de los costes de este riesgo o que tuviera la posibilidad de incorporar al precio del contrato este riesgo especial

[iv] Morales Moreno (en 2010) finaliza su estudio histórico y de Derecho comparado de los daños de que responde el deudor contractual, con unas consideraciones finales, de las que interesa esta que sigue. Indica que la doctrina de Pothier de la previsibilidad al tiempo de contratar ha influido en el *Code civil* y en los códigos influidos por este, y en el *Common Law*. «En ambos círculos se sigue invocando el «tópico» de la previsibilidad, bajo la autoridad de Pothier. Pero la idea de previsibilidad ha evolucionado y tiene hoy dos significados: a) Uno, el que le atribuyera Pothier, conectado al pacto. b) Otro, el que ha llegado a tener en la evolución del *Common Law*, que imputa al deudor los daños que, al tiempo de contratar, conociera o pudiera conocer que sufriría el acreedor en caso de incumplimiento del contrato. En este caso la previsión o previsibilidad unilateral de cada contratante determina el riesgo que le es atribuido»<sup>412</sup>.

Sobre la previsibilidad del artículo 1107.I CC (entiende que el artículo 1107.I CC contiene una norma, no dos), «se refiere (...) al fin de protección del contrato, entendido conforme a la doctrina de Pothier». Señala que el artículo 1107.I CC es «una norma puramente enunciativa. Nos remite al contrato (a lo previsto en el contrato), adecuadamente interpretado, para determinar los daños indemnizables en caso de incumplimiento. La función del artículo 1107.I no sería otra que la de establecer que el fin de protección del contrato lo determina, primariamente, la autonomía de la voluntad»<sup>413</sup>.

La «daños previstos» del artículo 1107.I CC «no son los que prevé, unilateralmente, el deudor al tiempo de contratar, como posible consecuencia del incumplimiento», sino que equivale a «daños previstos en el contrato»<sup>414</sup>. No es normal que en el contrato se prevea de modo expreso los daños indemnizables en caso de incumplimiento, y para determinarlo se emplea «el instrumento jurídico de la interpretación del contrato» pudiendo reconstruirse «(reconstruye el juez) el contenido del mismo, más allá de los contenidos directamente expresados en él, aunque en armonía con ellos»<sup>415</sup>.

La otra expresión de los «daños que se hayan podido prever al tiempo de contratar» del artículo 1107.I CC «[n]o significa que la previsibilidad del daño lo haga directamente imputable»<sup>416</sup>. «Hay daños que, aun pudiendo considerarse comprendidos en el fin de protección típico del contrato celebrado (venta, arrendamiento, contrato de obra), no son imputables al deudor, porque, en concreto, no eran previsibles para él en el momento de contratar»<sup>417</sup>. «A menudo, la falta de previsibilidad del daño proviene de que el

---

que le resulta conocido; no es así, y no importa que el deudor pruebe que de hecho no asumió el riesgo de aquella pérdida. (...)» (*op. cit.* pp. 1242-1243]. *Vid.*, además, del mismo autor: «Artículo 1107 CC» (1989), núm. 4, pp. 740-741.

<sup>412</sup> MORALES MORENO (2010) p. 156.

<sup>413</sup> MORALES MORENO (2010) p. 164; *vid.* hasta p. 165.

<sup>414</sup> MORALES MORENO (2010) p. 167.

<sup>415</sup> MORALES MORENO (2010) pp. 167-168.

<sup>416</sup> MORALES MORENO (2010) p. 168.

<sup>417</sup> MORALES MORENO (2010) p. 168.

acreedor no informó al deudor, al contratar, de las circunstancias particulares que podía originarlo»<sup>418</sup>.

En la construcción del contenido del contrato (de su fin de protección) mediante la interpretación<sup>419</sup>, Morales Moreno indica que «[n]o siempre vamos a encontrar en los hechos probados materiales interpretativos concretos», y se acudirá a los criterios objetivos de interpretación<sup>420</sup> como: el tipo contractual utilizado<sup>421</sup>, el significado del precio o contraprestación<sup>422</sup> y los usos del tráfico (interpretación integradora, arts. 1287, 1258 CC)<sup>423</sup>.

En un trabajo posterior (2011), Morales Moreno aplica su construcción de la previsibilidad, al artículo 1585.I del Código civil chileno<sup>424</sup>.

b.3) El artículo 1107.I CC dispone, al menos formalmente, dos normas, lo que se justifica en el empleo de la conjunción «y», y cuyos orígenes son conocidos. La cuestión es si *efectivamente* nos encontramos ante dos normas o ante una. ¿Cómo se interpreta el artículo 1107.I CC? Conviene recordar brevemente los orígenes de cada una de las expresiones que conforman el artículo 1107.I CC.

<sup>418</sup> MORALES MORENO (2010) p. 168.

<sup>419</sup> De la lectura global del trabajo de MORALES MORENO (2010) se desprende que cuando se habla del fin de protección de la norma, ello puede hacerse en dos sentidos distintos, lo cual depende del tipo de norma infringida a la que se haga referencia. Hay dos tipos de normas: unas se integran por las normas que definen (configuran, tipifican) un derecho que debe ser respetado y cuya lesión pueda dar lugar a la indemnización de daños; las otras, son normas que imponen una determinada conducta, a fin de prevenir o evitar un daño. Cuando este autor se refiere al «fin de protección del contrato» lo hace con el primer significado (o tipo de norma). Considera la norma (regla) que configura o delimita el interés del acreedor protegido; interés que debe ser indemnizado en caso de incumplimiento del contrato. No plantea, propiamente, un problema de causalidad jurídica.

<sup>420</sup> MORALES MORENO (2010) p. 169.

<sup>421</sup> MORALES MORENO: «El tipo contractual utilizado nos ofrece un medio para construir, de modo objetivo, el fin de protección del contrato (los daños imputables). El tipo representa un modelo abstracto (general) de contrato. La utilización de un tipo indica la voluntad de las partes de contratar bajo ese modelo» [(2010) p. 170].

<sup>422</sup> MORALES MORENO: «Tratándose de bienes con precio de mercado, el hecho de que en el contrato se haya fijado el precio vigente en el mismo es indicio de que los contratantes han querido celebrar un contrato conforme al modelo considerado en el mercado, asumiendo los riesgos que normalmente se incluyen en ese precio. Un precio superior al del mercado puede ser indicio de que se han asumido mayores riesgos. El juez tendrá que valorarlo. Habrá que tener en cuenta en qué medida ese mayor precio se debe a que el contrato imputa mayores riesgos o a otras razones; en definitiva, si el precio cobrado justifica o no la imputación del riesgo» [(2010) p. 171].

<sup>423</sup> MORALES MORENO: «La utilización de los usos del tráfico en esa tarea interpretativa e integradora del contrato no supone la aplicación de una norma ajena a la autonomía de la voluntad (costumbre: derecho dispositivo), sino una regla atraída por la autonomía de la voluntad, en conexión con ella, fundamentada en ella» [(2010) p. 172].

<sup>424</sup> MORALES MORENO (2011) pp. 286-292. Artículo 1558 Código civil chileno: «Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento./ La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios./ Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas».

b.3.1) *La regla de la previsibilidad* del daño del artículo 1107.I PC proviene de Pothier<sup>425</sup> y llega a nosotros través del artículo 1150 *Code civil*: «Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée» (cfr. art. 1225 CC ital. 1942)<sup>426</sup>. El artículo 1124.I del Anteproyecto de Código civil 1882-1888 disponía: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son aquellos que se hayan previsto o podido prever al tiempo de constituirse la obligación». Sobre cómo se ha entendido el test de la previsibilidad del artículo 1107.I CC acabo de dar cuenta [en b.2)] y a ello me remito.

La otra norma del artículo 1107.I PC es, que el daño sea consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento, y tiene origen en el artículo 1016.I PCC 1851<sup>427</sup>. Esa frase sustituye –afirma García Goyena– a la de «los [daños] que han sido previstos o podido preverse» del artículo 1150 *Code civil*<sup>428</sup>. Se ha señalado que esa expresión del artículo 1016 PCC 1851 engarza con el artículo 1151 *Code civil*, según el cual «[d]ans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention» (cfr. art. 1223 CC ital. 1942<sup>429</sup>)<sup>430</sup>.

<sup>425</sup> Sobre la doctrina de Pothier, *vid.* MORALES MORENO (2010) pp. 112-122; PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) pp. 1075-1078, 1085-1086.

<sup>426</sup> Para el análisis histórico (Derecho romano, Glosadores y Comentaristas, la doctrina Iusnaturaista y la doctrina de Pothier: pp. 97-122) y de Derecho comparado actual (Código civil francés, *Commom Law*, Código civil alemán y CISG: pp. 154) del daño contractual (lucro cesante) que el deudor ha de indemnizar: MORALES MORENO (2010), *vid.* también pp. 96, 112; *vid.* CARRASCO PERERA, «Artículo 1107 CC» (1989) pp. 710-720, núm. 3 en p. 740. Artículo 1225 CC ital. 1942: «Prevedibilità del danno.–Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione».

<sup>427</sup> Artículo 1016 PCC 1851: «En el resarcimiento de los daños o perjuicios, sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato./ (...)».

<sup>428</sup> GARCÍA GOYENA explica la razón del cambio: «La dificultad de estimar el cuánto de daño está íntimamente enlazada con la de fijar los límites de la responsabilidad; las palabras del artículo francés para el caso de no haber dolo, no dan una idea clara: ¿qué es lo que se previó ó pudo preverse? Cada contrayente dirá que él previó los daños de diferente manera./ En el nuestro se hayan reemplazadas por las de *consecuencia inmediata y necesaria*» (se refiere, asimismo, a D. 19.1.21.2 y D. 18.7.19) [(1852) pp. 543-544].

<sup>429</sup> Artículo 1223 CC ital. 1942: «Risarcimento del danno.–Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta».

<sup>430</sup> MORALES MORENO (2010) p. 160; PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) p. 1088. Más allá, GARCÍA GOYENA también indica que se aparta del artículo 1151 *Code civil* en relación con el artículo 1016.II PCC 1851: «En caso de dolo, se extenderá la indemnización á los que hubieren sido conocidamente ocasionados por él». Según GARCÍA GOYENA: «*En caso de dolo*. En este segundo párrafo nos apartamos también del artículo 1151 Frances, y damos mayor estension que él á la responsabilidad: la citada ley del Código [C. 7.47] no ponía tasa ó coto á ella en los delitos./ Bastará, pues, que el daño haya sido conocidamente

De acuerdo con lo expuesto, el artículo 1107.I CC recogería una norma conformada por dos expresiones. Así lo entiende, por ejemplo, Morales Moreno, con referencia a García-Ripoll autor que llega a la misma conclusión<sup>431</sup>. Sin embargo, conociendo todo lo anterior y como adelanté, es habitual entender que el artículo 1107.I CC contiene dos normas, por lo que ha de atribuirse un significado a la «consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento»<sup>432</sup>. Según Pantaleón Prieto, «el más sensato contenido que cabe» darle es referirlo a los criterios de imputación objetiva [indicados *supra* en letra a); problemas de causalidad y no de determinación de los daños indemnizables]<sup>433</sup>. Por su parte, Carrasco Perera, en relación con los daños no resarcibles por el incumplidor de buena fe, se refiere a los criterios de la función protectora de la regla (infringida) y del riesgo típico relacionándolos con la «consecuencia necesaria» del artículo 1107.I<sup>434</sup>, y al criterio de la

---

ocasionado por el dolo, y que sin este no habria tenido lugar, aunque no sea su consecuencia directa, inmediata é inevitable: (...)» [(1852) p. 544].

<sup>431</sup> «(...) la exigencia de dos requisitos no parece justificada, ya que el segundo de ellos (“consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento”) no podría considerarse específico de la responsabilidad contractual no dolosa, y, en buena medida, tiene más campo de operatividad en la responsabilidad extracontractual que en la contractual. Por eso creo que tiene razón García-Ripoll al afirmar que «los daños “previstos o que se hayan podido prevenir al tiempo de constituirse la obligación” y los que “son consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento” son una y la misma cosa; con independencia de la razón que le lleve a sostener esto. Entender que el artículo 1107.I contiene dos reglas de imputación plantea serios problemas a la hora de establecer el verdadero alcance jurídico de una y otra./ El estudio de los antecedentes próximos del artículo 1107.I pone de manifiesto que las dos fórmulas empleadas en él se refieren al mismo requisito, expresado de dos maneras diferentes. Esta redacción es una muestra más de una técnica sin duda defectuosa, utilizada a veces por los redactores del Código civil. La misma repetición la encontramos, por ejemplo, en el artículo 1266, al definir el concepto de error» [MORALES MORENO (2010) pp. 159-160; *vid.* desde p. 158; además hasta p. 163]. García Goyena «no pretende referirse a la proximidad del curso causal, sino expresar la exigencia de conexión entre (el fin de protección) del contrato y el daño» [*op. cit.* p. 162].

<sup>432</sup> CARRASCO PERERA (2010) núm. 1, pp. 1241-1242, núms. 3-4 pp. 1242-1244.

<sup>433</sup> Señalando «que debe emparentarse con el que los daños han de ser “consecuencia inmediata y directa” del incumplimiento, de los artículos 1151 CC francés y 1223 CC italiano»; por ello considera que la citada frase del artículo 1107.I CC se aplica a la responsabilidad contractual no dolosa y a la responsabilidad contractual dolosa (criterios de imputación objetiva) [PANTALEÓN PRIETO *ADC* (1991) p. 1037; *vid.* p. 1088 y *supra* letra a)]; por ello también afirma, «que el tenor del artículo 1107.II CC únicamente pretende dejar claro que el límite de la previsibilidad del daño al tiempo de constituirse la obligación no juega en favor del deudor doloso» (*op. cit.* p. 1037). *Vid.* CARRASCO PERERA, «Artículo 1107 CC» (1989) núm. 6 en pp. 741-742.

<sup>434</sup> CARRASCO PERERA: «Diremos que “consecuencia necesaria” de un incumplimiento imputable al deudor es el daño o la serie concreta de sucesos dañosos que constituyen la realización típica del riesgo creado por la conducta ilícita en que consiste la falta de cumplimiento. Tratándose de Derecho de contratos es la propia obligación contractual la que realiza esta selección de riesgos, mediante el expediente de delimitar cuáles son los intereses del acreedor que ha de salvaguardar el deudor en su actividad de prestación. La regla se formula en este ámbito de la siguiente forma. No es resarcible el daño a un interés del acreedor cuando la tutela o preservación de este interés especialmente lesionado no era objeto de protección del contrato, de la cláusula o de la norma que se dicen incumplidos por el deudor, y fuente de la cadena de daños resarcibles. El daño que no es realización del

adecuación causal en relación con los «necesariamente» y «conocidamente» del artículo 1107 CC<sup>435</sup>; este autor desenvuelve, asimismo, los criterios de la irrupción dolosa de tercero<sup>436</sup>, de la conducta alternativa lícita del deudor<sup>437</sup>, del no incremento del riesgo y la regla para el *casus mixtus*<sup>438</sup>, de las causas hipotéticas del daño<sup>439</sup>, además de otras limitaciones a la indemnización del daño<sup>440</sup>. Finalmente, Luis Díez-Picazo se refiere a la regla de la previsibilidad del daño del artículo 1107.I CC, indicando que «ello no quiere decir que por el hecho de que los daños fueran previstos o previsibles en el momento de contratar, la responsabilidad se extienda necesariamente a ellos, pues habrá de aplicar en todo caso los criterios de imputación objetiva anteriormente mencionados»<sup>441</sup>.

b.3.2) A diferencia del artículo 1107.I CC, el artículo 1208 PC no emplea la conjunción «y», sino que une la previsibilidad del daño con la consecuencia de la falta de cumplimiento mediante un «como». Esto se lleva a cabo en la *Propuesta civil*, conocido el origen de las expresiones del artículo 1107.I CC y en un momento en que se ha extendido el conocimiento del *Common Law* sobre las reglas que determinan los daños contractuales indemnizables.

b.4) En conclusión, el artículo 1208 segunda norma PC supera las distintas interpretaciones existentes sobre el artículo 1107.I CC y adopta una regla próxima a la regla tradicional del *Common Law*

---

riesgo típico de la conducta incumplidora es un daño que no corresponde a la función protectora de la regla que aquel incumplimiento conculca, de modo que la producción del daño real no habrá sido incrementada en su probabilidad por el incumplimiento» [(2010), núm. 9, pp. 1248-1249].

<sup>435</sup> CARRASCO PERERA: «(...) el criterio de la adecuación causal puede funcionar como un estándar autónomo de limitación de los daños resarcibles. Se sustenta en las locuciones “necesariamente” y “conocidamente” del artículo 1107 CC, y, como regla, no discrimina según se trate de deudor doloso o culposo. (...)» [(20110) núm. 13 p. 1252, *vid.* hasta p. 1253].

<sup>436</sup> CARRASCO PERERA (2010) núm. 14, p. 1253.

<sup>437</sup> CARRASCO PERERA (2010) núm. 15, pp. 1253-1254.

<sup>438</sup> CARRASCO PERERA (2010) núm. 16, p. 1255.

<sup>439</sup> CARRASCO PERERA (2010) núm. 17, pp. 1255-1257.

<sup>440</sup> CARRASCO PERERA (2010) núms. 18-20, pp. 1257-1259.

<sup>441</sup> Tras exponer el caso *Hadley v. Baxendale* (*vid. supra* nota 404) Luis Díez-PICAZO señala: «El artículo 1107 establece una previsión o una contemplación por ambas partes de unos posibles daños que sean consecuencia del incumplimiento, que, además, quedan referidos al momento de la celebración del contrato (“al tiempo de constituirse la obligación”) y no por tanto al momento de llevarse a cabo el incumplimiento. La previsión o la previsibilidad exige una información o conocimiento por ambas partes de los riesgos que el contrato entraña, pero exige también, de manera expresa o implícita, un cierto sistema de distribución de tales riesgos, de manera que la contemplación de éstos o la contemplación de que la finalidad de la prestación, como causa concreta, en la esfera del acreedor, constituye causa concreta del contrato o motivo determinante de él./ No puede llegarse a la conclusión de que la falta de previsión en el momento contractual excluya la indemnización de los daños imprevistos o imprevisibles, (...)» [a continuación viene el texto transcrito en texto] [*Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) p. 787].

sobre los daños indemnizables, regla que aplica al deudor no doloso. Sobre los criterios de imputación objetiva, el artículo 1208 primera norma PC los refiere, sin más, al deudor<sup>442</sup>.

c) La *Propuesta civil* no contiene una norma como la del artículo 1103 *in fine* CC. En relación con el test de la previsibilidad se ha planteado si sólo ha de referirse a la determinación del daño indemnizable y no a su cuantía, o si incluye ambos (si incluye al daño desmesurado en comparación con el previsible en el momento de contratar). En el Código civil, el artículo 1103 *in fine* se refiere al daño desmesurado: si el incumplimiento no es doloso, el Juez puede moderar<sup>443</sup>. Por tanto, la previsibilidad del artículo 1107.I CC sólo se refiere a los tipos de daño<sup>444</sup>. Sin embargo, el artículo 1103 *in fine* CC se ha interpretado y aplicado de otra manera, y ante el riesgo de que triunfe «la línea doctrinal y jurisprudencial que interpreta el inciso final del artículo 1103 CC en el sentido de que nuestros Tribunales gozan de una general facultad de moderar equitativamente las cuantías indemnizatorias (...)», Pantaleón Prieto cree «aconsejable suprimir aquel inciso»<sup>445</sup>. Añade, en su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual, que ha de dejarse claro que no sólo la imprevisibilidad del tipo de daño en el momento de contratar, sino también su dimensión cuantitativa, «podrá servir para limitar la indemnización conforme al criterio básico de imputación objetiva del daño contractual» del artículo 1107.I primer inciso CC<sup>446</sup>.

<sup>442</sup> En relación con «la consecuencia necesaria» del artículo 1107.I CC y también con el artículo 1208 PC, SERRA DOMÍNGUEZ opina: «Es mayoritaria la opinión doctrinal de que con la expresión “consecuencia necesaria” el legislador no está exigiendo la constatación de una mera relación de causalidad material entre el daño y el incumplimiento, sino que contiene un criterio de imputación objetiva para delimitar cuáles de los daños ocasionados por el deudor son definitivamente puestos a cargo de éste. Esto es, con esta expresión no se está ampliando la responsabilidad del deudor, sino restringiéndola respecto a las ulteriores consecuencias dañosas del incumplimiento. Así, también se desprende a mi juicio, del tenor del artículo 1208 de la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación, que sustituye las equívocas expresiones del artículo 1107 CC sobre los daños “que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento” (parr. primero) y los daños “que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento” (parr. segundo) por la única “daños y perjuicios que sean objetivamente imputables a su incumplimiento”» [(2011) pp. 2497-2498; *vid.* p. 2501].

<sup>443</sup> La facultad de moderación judicial de la responsabilidad contractual no dolosa aparece por primera vez en el Anteproyecto de 1882-1888: PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) p. 1079; SOLER PRESAS (1998) pp. 57-59.

<sup>444</sup> PANTALEÓN PRIETO, quien informa del Derecho francés e inglés [*ADC* (1991) pp. 1037-1038]; *vid.* CARRASCO PERERA, «Artículo 1107 CC» (1989) núm. 13 en pp. 745-746.

<sup>445</sup> PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1742. Tampoco los Principios UNIDROIT recogen norma similar a la del artículo 1103 *in fine* CC: *vid.* Comentario 1 del artículo 7.4.2 Principios UNIDROIT, Principios UNIDROIT (2004) p. 242.

<sup>446</sup> PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1742.

## [i] Artículo 74 segunda regla CISG:

«(...). Esta indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato»<sup>447</sup>.

## [ii] Artículo 7.4.4 Principios UNIDROIT:

«(Previsibilidad del daño)

La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.»

a) En el Comentario del artículo se destaca que la norma se corresponde con el artículo 74 CISG. Se advierte que la norma no recoge la no aplicación de la regla de la previsibilidad de los daños para el deudor que incumple con dolo o culpa grave que algunos ordenamientos tienen (cfr. art. 1107.II CC). La previsibilidad del daño se refiere a su naturaleza «y no a su amplitud, a menos que ésta sea tal que transforme un perjuicio por otro de naturaleza diferente»<sup>448</sup>. La previsibilidad se fija en el momento de la celebración del contrato y respecto al incumplidor. Ha de identificarse «lo que pudo razonablemente prever una persona normalmente diligente como consecuencia del incumplimiento en el curso ordinario de las cosas y conforme a las circunstancias peculiares del contrato, tales como la información revelada por las partes o los negocios previos que hayan celebrado»<sup>449</sup>.

## [iii] Artículo 9:503 PECL:

«Foreseeability

The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent». Cfr. artículo III.-3:703 DCFR.

a) A diferencia de la CISG y de los Principios UNIDROIT, en los PECL la regla de la previsibilidad del daño no se aplica al incumplimiento que fue intencional o gravemente negligente. En estos incumplimientos se responde de todo el daño incluso del imprevisible<sup>450</sup>.

<sup>447</sup> Sobre la previsibilidad de la CISG: VIDAL OLIVARES (2005) pp. 146-151; y con carácter general sobre la regla de la previsibilidad, *op. cit.*, pp. 144-146. CARRASCO PERERA: «Frente a la regla española interna [art. 1107 CC], finalmente, el convenio [CISG] limita la previsibilidad a la parte contractual que incumple, y no concede importancia a lo que pudiera haber sido la contemplación *común* de ambas partes al tiempo del contrato» [(2010) núm. 2, p. 1242].

<sup>448</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 246.

<sup>449</sup> Todo lo anterior en Principios UNIDROIT (2004) pp. 246-247.

<sup>450</sup> *Comment B* del artículo 9:503 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 442.

[130] *Propuesta mercantil*.—El artículo 65.1 PM dispone:

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

[131] Para el Código civil, puede considerarse que la idea de la reparación íntegra del daño<sup>451</sup> puede apoyarse en el artículo 1106 CC (daño emergente y lucro cesante) precepto que termina, «*salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes*». El artículo 1107.I CC recoge para el deudor no doloso la regla de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar y la consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento, esta última frase interpretada de distintas maneras (expuesto con anterioridad); para el deudor doloso, el «*todos*» del artículo 1107.II CC se ha reinterpretado con el fin de acotar la cadena de daños indemnizables por el deudor (también expuesto con anterioridad). La idea de que los daños derivados del incumplimiento contractual deben repararse íntegramente, opera dentro de la previa selección de daños indemnizables según el Código civil. En la *Propuesta civil*, el artículo 1207.I prescribe la reparación del daño emergente y del lucro cesante, y el artículo 1208 PC se refiere a la imputación objetiva y la regla de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar.

Frente al Código civil y a la *Propuesta civil*, el artículo 65.1 PM señala expresamente que la reparación de los daños ha de ser íntegra y, según el artículo 65.2 PM, la indemnización comprende el daño emergente y el lucro cesante, para cuyo cálculo puede, en el concreto caso, tener que descontarse ciertas partidas. La *Propuesta mercantil* no se refiere de modo expreso a los criterios de imputación objetiva, ni a la regla de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar. El tenor del artículo 65, 1 y 2, PM es próximo al del artículo 7.4.2 (1) Principios UNIDROIT, si bien en éste se habla de «daño causado por el incumplimiento» y en aquél (65.1) de daños «derivados del incumplimiento». En el Comentario 1 del artículo 7.4.2 Principios UNIDROIT se indica que su apartado (1) «reafirma además la necesidad de una relación causal entre el incumplimiento y el daño»<sup>452</sup>. Y en el Comentario 3 del artículo 7.4.4 Principios UNIDROIT se señala: «[a]unque esta naturaleza del perjuicio causado no se encuentre regulada expresamente en los

<sup>451</sup> MORALES MORENO señala entre «las aportaciones básicas de la doctrina “iusnaturalista”, la de que [p]ostula, igualmente, la indemnización integral del daño./ Esta última exigencia, que contrasta con las restricciones del Derecho romano, abre nuevas posibilidades a la indemnización del lucro cesante» [(2010) pp. 109, 110, *vid.* pp. 109-111].

<sup>452</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 241.

Principios, queda implícita en el artículo 7.4.2 (1), que se refiere al daño resarcible como aquél “derivado del incumplimiento”, lo que presupone un nexo causal suficiente entre el incumplimiento y el daño sufrido. Si el daño es demasiado indirecto, es muy probable que también sea incierto e imprevisible»<sup>453</sup>.

Creo que es más completa la regulación de la *Propuesta civil*, que la de la *Propuesta mercantil*.

#### 8.4 LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA: EL INCUMPLIMIENTO INEXCUSABLE (Y EL EXCUSABLE) A EFECTOS DEL REMEDIO DE LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS

[132] Se ocupa de ello la *Propuesta civil* (art. 1209 PC). La *Propuesta mercantil* contiene alguna norma al respecto (arts. 62.2, 65.1 *in fine* PM).

[133] En virtud del artículo 1209 PC:

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

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

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

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

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

*Lo dispuesto en este artículo no impide al acreedor el ejercicio de cualquier otro derecho distinto del de exigir indemnización de daños y perjuicios que le pueda corresponder conforme a este Código»<sup>454</sup>.*

[134] Sobre el párrafo I del artículo 1209 PC:

a) En el diseño legal del remedio de la indemnización de daños por el incumplimiento contractual es clave la decisión de si se da preferencia a un sistema basado en la culpa (responsabilidad

<sup>453</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 246. Para el artículo 74 primera regla CISG: *vid.* PANTALEÓN PRIETO, «Artículo 74 CISG» (1998) pp. 591, 603-604.

<sup>454</sup> Cfr. SALVADOR CODERCH, «Artículo 79 CISG» (1998) pp. 635-656.

subjetiva) o preferencia a un sistema que opere al margen de la culpa (responsabilidad objetiva)<sup>455</sup> o si se acogen ambos criterios operando a nivel de igualdad.

b) El Código civil acoge con carácter general y en el artículo 1101 un sistema de responsabilidad subjetiva: se responde por culpa y por dolo. Por su parte, el artículo 1105 CC dispone cuándo el deudor no responde del incumplimiento: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables»<sup>456</sup>. El artículo 1105 CC no alude expresamente a la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor. Sobre tal distinción es interesante la conocida STS, 1.ª, 30 de septiembre de 1983 (primera sentencia; Pte. Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena y López; Aranzadi RJ 4688) en la que se expone la tesis subjetiva y la objetiva y en la que se discutía sobre si hubo fuerza mayor. El Tribunal Supremo entiende que sí y dicta segunda sentencia<sup>457</sup>.

[i] STS, 1.ª, 30 de septiembre de 1983 (primera sentencia):

«Que en orden a la apreciación de la fuerza mayor en el ámbito jurídico, es de tener en cuenta que, aunque en el terreno doctrinal es opinión dominante, con proyección al campo jurisprudencial, la que viene a identificar las figuras del caso fortuito y la fuerza mayor, algún otro sector de la doctrina civilista entiende, que exis-

---

<sup>455</sup> Señala PANTALEÓN PRIETO que la indemnización de daños requiere que el acreedor tenga daños objetivamente imputables al incumplimiento y que éste sea subjetivamente imputable al deudor (puestos a cargo de éste) de conformidad con lo pactado o deducible del contrato o, supletoriamente, según lo que disponga el legislador en las reglas especiales o en las generales de los artículos 1102 a 1105 CC [ADC (1991) p. 1043]. En nota 55 (*op. cit.* p. 1043) afirma: «Espero que no será necesario insistir en que “imputación objetiva” no tiene nada que ver con “responsabilidad objetiva”, ni “imputación subjetiva” es igual a “responsabilidad subjetiva”: la imputación subjetiva del incumplimiento al deudor puede fundarse en criterios diferentes de la culpa-negligencia, como lo prueba, por ejemplo, en la generalidad de los ordenamientos el régimen de la responsabilidad por los hechos de los auxiliares en el cumplimiento».

<sup>456</sup> Sobre la tipología de casos fortuitos: *vid.* CARRASCO PERERA (2010) núms. 28-34, pp. 998-1006. Para las «disfunciones, defectos, averías en el sistema productivo», CARRASCO PERERA indica: «Cuanto más complejo es el hecho o conducta en que consiste el cumplimiento, mayor será la probabilidad de que el sistema productivo del deudor se vea afectado por contingencias internas a este sistema (“averías”) que impidan, retrasen o alteren el calendario o el volumen de los compromisos. Las averías nunca constituyen casos fortuitos, porque no son “sucesos” individualizables que advienen externamente al programa de cumplimiento. Las contingencias que tienen lugar en el interior del sistema productivo diseñado empresarialmente por el deudor para atender al cumplimiento de sus obligaciones ordinarias no son sucesos externos imprevisibles, sino riesgo natural de este sistema, y, por ende, deben ser asumidas por el deudor como coste necesario de su organización productiva. (...)» [(2010) núm. 30, p. 1000].

<sup>457</sup> En síntesis, se discutía si hubo o no fuerza mayor, pues, de acuerdo con la normativa aplicable al caso, si no se usa la marca durante cinco años consecutivos, la misma caduca, salvo que el no uso se deba a fuerza mayor. En el caso se discutía sobre una marca de un periódico.

ten diferencias entre uno y otra, consistentes en que los casos de fuerza mayor no sólo son imprevisibles, sino además inevitables o irresistibles (*vis cui resisti no potest*), manteniendo teorías subjetiva y objetiva, apreciando la primera, que mientras el caso fortuito es el acontecimiento que no puede preverse, pero que previsto pudiera haberse evitado, la fuerza mayor es el acontecimiento que aun cuando se hubiera previsto, habría sido inevitable, en cambio la segunda, atendiendo a la procedencia interna o externa del obstáculo impeditivo del cumplimiento de la obligación, configura al caso fortuito como acontecimiento que tiene lugar en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación, y a la fuerza mayor como el acontecimiento que se origina fuera de la empresa o círculo del deudor, con violencia insuperable tal que, considerado objetivamente, queda fuera de los casos fortuitos que deben preverse en el curso ordinario y normal de la vida, lo que conduce, en ambas apreciaciones, a que si en principio, y por punto general, la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor, no está expresamente recogida en nuestro CC, y concretamente en su artículo 1105, no obstante esta distinción es necesaria en determinados casos, como sucede en los supuestos de los artículos 1784 y 1905 de dicho Cuerpo legal, por tratarse de tipos cualificados<sup>458</sup>» (cdo. 3.º).

Por otro lado, he de recordar que Pantaleón Prieto (en 1991) propugnó una reinterpretación del artículo 1105 CC en clave objetiva, la cual no excluye la exigencia de que el deudor haya de actuar diligentemente a fin de no responder. Su reinterpretación conecta claramente con el artículo 79.1 CISG. Asimismo conecta con los artículos 7.1.7 (1) Principios UNIDROIT y 8:108 (1) PECL<sup>459</sup>. Y con todos estos preceptos conecta, a su vez, el artículo 1209 PC.

<sup>458</sup> Continúa el texto: «, y así lo entendió la sentencia de esta Sala, de 2 enero 1945 (...), cuando manifiesta que debe entenderse por “*vis maior*” “una fuerza que está fuera del círculo industrial de la empresa, que haya causado un daño material que exceda visiblemente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia de su manifestación”; por lo que, en definitiva, la fuerza mayor, en su singularidad, habrá que estudiarla en cada caso concreto –S. de 2 febrero 1926–, desde el momento en que su concepto jurídico debe deducirse del conjunto de circunstancias que motiven el hecho o acontecimiento que sobrepóniéndose a la voluntad del obligado y forzándole, lo determinan a quebrantar la obligación que le corresponda, ya que siendo la posibilidad de prever los sucesos un concepto teóricamente amplísimo, hay que entenderlo en su aplicación legal y práctica como excluyente de aquellos sucesos totalmente insólitos o extraordinarios, que, aunque no imposibles físicamente, y por tanto teóricamente previsibles, no son de los que puede calcular una conducta prudente, atenta a las eventualidades, que en el curso de la vida permite esperar, y en cuanto a la imposibilidad de evitar los sucesos previstos, si bien no excusa de prestar la diligencia necesaria para superar las dificultades que se presenten, no exige la llamada “prestación exorbitante”, es decir, aquella que exigiría vencer dificultades que pueden ser equiparadas a la imposibilidad, por exigir sacrificios absolutamente desproporcionados o violación de deberes más altos, pues basta para excusar el incumplimiento que éste no sea imputable al deudor, por haber procedido con la diligencia que las circunstancias requerían con arreglo al artículo 1104 del CC –S. de 9 noviembre 1949» (cdo. 3.º). Vid. ALBALADEJO (2004) pp. 181-183.

<sup>459</sup> En su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual, a juicio de PANTALEÓN PRIETO, procede suprimir las referencias a la culpa que «puedan crear la impresión de que sólo responde contractualmente el deudor (doloso) o negligente. Y sustituir la redacción del artículo 1105 CC por la del apartado 1 del artículo 79 CNUV [CISG] (o del art. 7.1.7

Según Pantaleón Prieto, la palabra «suceso» del artículo 1105 CC puede interpretarse como «impedimento ajeno al ámbito de control del deudor»<sup>460</sup>. Esto implica que el deudor ha de indemnizar, si el incumplimiento tiene causa en un impedimento que entra en su ámbito de control. Pero, no entrando dicho impedimento en su esfera de control, no por ello no habrá de responder el deudor, pues para exonerarse deben reunirse más requisitos. En concreto, el impedimento ha de ser razonablemente imprevisible al tiempo de la celebración del contrato<sup>461</sup> y, si el impedimento se previó con posterioridad a la celebración, ha de ser un impedimento inevitable en función de la diligencia exigible al deudor<sup>462</sup>. Reunidos todos estos presupuestos, el deudor se exonera. Concluye Pantaleón Prieto con la consideración de que «en nuestro Derecho de la responsabilidad contractual, la culpa-negligencia no ocupa un lugar ni exclusivo ni de primacía entre los criterios de imputación subjetiva del incumplimiento al deudor, ya que comparte su puesto con los criterios, igualmente generales, de la “*esfera de control del deudor*” (...) y del “*riesgo implícitamente asumido al contratar*”» (cursivas del autor)<sup>463</sup>.

Sobre los intentos de interpretar la imputación subjetiva de la responsabilidad contractual del Código civil «en clave básicamente objetiva», De Pablo Contreras informa de que «[e]n la jurisprudencia del Tribunal Supremo (...) hay sentencias que se muestran ya permeables a los [esos] planteamientos doctrinales recientes»<sup>464</sup>.

[i] Artículo 79 CISG:

«1. Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no

---

PCCI [Principios UNIDROIT], o del art. 3.108 PDCE) [PECL, el autor cita la primera versión de los PECL], al efecto de dejar perfectamente claro que también son criterios *ordinarios* de imputación de responsabilidad los que podríamos llamar criterios de la «*esfera de control del deudor*» (...) y del «*riesgo (externo a aquella esfera) implícitamente asumido al contratar*» [ADC (1993) p. 1740].

<sup>460</sup> PANTALEÓN PRIETO, ADC (1991) pp. 1064, 1067.

<sup>461</sup> PANTALEÓN PRIETO, ADC (1991) pp. 1064, 1068.

<sup>462</sup> PANTALEÓN PRIETO: «Y ha de ser un *suceso inevitable, en sí y en sus consecuencias, empleando la diligencia que, atendida la naturaleza del contrato y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, correspondería a un buen padre de familia*» [cursiva del autor; ADC (1991) p. 1068].

<sup>463</sup> PANTALEÓN PRIETO, ADC (1991) p. 1069. La lectura que propone del artículo 1105 CC: «Bastará leer así el artículo 1105 CC: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare el contrato, nadie responderá de los *impedimentos ajenos a su ámbito de control* que no hubieran podido preverse al tiempo de contratar [y evitarse, así pues, no contratando], o que [previstos *posteriormente*] fueran inevitables”» [ADC (1991) p. 1064; cursivas del autor].

<sup>464</sup> DE PABLO CONTRERAS (2008) 2.<sup>a</sup> ed., § 69 p. 212, *vid.* desde p. 211: expone la tesis de Jordano Fraga y la de PANTALEÓN PRIETO; menciona las SSTs 13 de julio de 1999, 14 de marzo de 2001, 3 de marzo de 1999, 4 de abril de 2000, 23 de noviembre de 2004. *Vid.* CARRASCO PERERA (2010) núms. 16-17 pp. 986-987; GÓMEZ POMAR, *InDret* (3/2007) p. 12; Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6.<sup>a</sup> ed. (2008) p. 783.

cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.»

[ii] Artículo 7.1.7 Principios UNIDROIT:

«(Fuerza mayor) (forcé majeure)

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

[iii] Artículo 8:108 PECL:

«Excuse Due to an Impediment

(1) A party's non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences». Cfr. artículo III.-3:104 DCFR<sup>465</sup>.

c) Según el artículo 1209.I PC, el deudor se exonera si se cumplen los siguientes requisitos:

c.1) En primer lugar, el impedimento que obsta al cumplimiento del contrato ha de ser ajeno a la voluntad del deudor y extraño a su esfera de control (art. 1209.I.1.º PC). Por «ajeno a la voluntad del deudor» puede entenderse que el obstáculo al cumplimiento no ha de deberse a dolo del deudor (lo que incluye la negligencia). Por «extraño a su esfera de control», implica concretar un ámbito (una esfera interna) que gestiona y organiza el deudor, y el impedimento que obsta al cumplimiento no ha de ubicarse en tal esfera. La esfera de control es un concepto indeterminado, a concretar en función de las circunstancias concurrentes del caso<sup>466</sup>. El deudor responde del incumplimiento que puede reconducirse a su esfera de control.

Atribuyo a cada una de las anteriores expresiones del artículo 1209.I.1.º PC un significado distinto, ya que están unidas mediante una «y». Comparando los tenores literales de los artículos 1209.I.1.º y 79.1 CISG, se comprueba que el artículo 79.1 CISG, a diferencia del artículo 1209.I PC, sólo emplea una expresión: la de «ajeno a la voluntad del deudor». Pantaleón Prieto ha criticado que la versión española de la CISG emplee la expresión «ajeno a la

<sup>465</sup> En el *Comment B* del artículo III.-3:104 DCFR se indica que este artículo puede aplicarse a cualquier obligación [VON BAR/CLIVE (2009) I pp. 783-784]. Cfr. *Comment B* del artículo 8:108 PECL [LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 379].

<sup>466</sup> *Vid.* las indicaciones de SALVADOR CODERCH para el artículo 79 CISG y cómo se determina el ámbito de control: «Artículo 79 CISG» (1998) pp. 638-639.

voluntad del deudor». En la versión inglesa de la CISG se emplea «beyond his control», expresión que en opinión de este autor es «más fiel a la finalidad perseguida por los redactores de la Convención»<sup>467</sup>. Pantaleón considera que hubiera sido más correcto que el artículo 79.1 CISG, en lugar de la expresión «ajeno a su voluntad», hubiere indicado «ajeno a su ámbito de control»<sup>468</sup>. Resaltado esto y retornando al cotejo entre los artículos 1209.I PC y 79.1 CISG, el artículo 1209.I PC recoge, como he indicado, las expresiones de «ajeno a la voluntad del deudor» y «extraño a su esfera de control», reflejando que el deudor puede responder por los criterios de dolo (culpa) y también por el criterio de la esfera de control que opera al margen de la culpa. En tales supuestos, si el incumplimiento del deudor causa daño, éste no se exonera. Con la interpretación propuesta, la expresión «ajeno a su voluntad» tiene un distinto alcance, según el texto jurídico en el que se encuentra (PC, CISG). Dicho esto, entra en el campo de las probabilidades que se haya pretendido unificar terminología y contenido en el art. 1209.I.1.º PC.

c.2) Junto a que el incumplimiento del deudor haya sido debido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control (art. 1209.I.1.º PC), se requiere para que el deudor se exonere, que no le correspondiera el deber de prever el impedimento o de evitarlo o superar sus consecuencias (art. 1209.I.2.º PC). La propia *Propuesta civil* dispone los elementos que permiten determinar si hay o no tales deberes del deudor. Son: 1) El contrato: las partes pueden distribuir quien asume el riesgo del incumplimiento debido a cierto/s impedimento/s. Si no hay expresa estipulación al respecto, ello se concreta mediante la interpretación contractual (arts. 1278 a 1281 PC; asunción implícita del riesgo). Ha de tenerse en cuenta el tipo contractual pactado; 2) Las reglas de la buena fe: estas reglas operan más allá de lo que las partes han estipulado (cfr. art. 1243 PC, cuyo equivalente es el art. 1258 CC). No obstante, las exigencias de la buena fe también están presentes en la interpretación del contrato (cfr. art. 1279.5 PC); y 3) Los usos: interpretativos e integradores (cfr. arts. 1243, 1279.4 PC). Pueden incluirse,

<sup>467</sup> PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1991) p. 1060 y nota 98; informa de la versión oficial francesa que emplea la expresión «indépendant de sa volonté». SALVADOR CODERCH también señala que las versiones españolas y francesas del artículo 79 CISG no «expresa[n] tan claramente este carácter *objetivo* de la responsabilidad» como las alemana e inglesa, si bien el artículo 79 CISG «descansa (...) [en] que la responsabilidad por el incumplimiento existe siempre que éste se deba a obstáculos surgidos dentro del ámbito que, según el contrato, queda bajo el dominio (de la voluntad, esfera de influencia, ámbito de control) del deudor» [«Artículo 79 CISG» (1998) p. 636].

<sup>468</sup> Además, PANTALEÓN PRIETO entiende que en la versión española de la CISG del artículo 79.1 «debería existir una conjunción “o” antes de las palabras “que lo evitase o superase” [la versión inglesa reza «or to have avoided or overcame it or its consequences»; cursiva del autor; *ADC* (1991) p. 1060].

a fin de determinar si el deudor debió prever o debió evitar el impedimento, las prácticas que habitualmente las partes hayan mantenido, entre sí, con anterioridad.

c.3) A diferencia del artículo 79.1 CISG, el artículo 1209.I.2.º PC no especifica expresamente que la previsibilidad del impedimento haya de valorarse al tiempo de la celebración del contrato. Pero debe entenderse que es en dicho momento, pues el artículo 1209.I.2.º PC se inicia «(...) de acuerdo con el contrato (...)». En cuanto a la inevitabilidad del impedimento o de sus consecuencias, ha de considerarse que ello se valora antes de la fecha del cumplimiento de la obligación contractual.

[135] Sobre el párrafo II del artículo 1209 PC:

a) Regula el efecto del impedimento temporal en el remedio indemnizatorio. Establece una regla lógica: mientras dure el impedimento que da lugar al incumplimiento y mientras se reúnan los requisitos del artículo 1209.I PC, de los daños objetivamente imputables a tal período el deudor no responde (se exonera). Desaparecido el impedimento, de los daños objetivamente imputables al periodo posterior, en el cual no se reúnen los requisitos del artículo 1209.I PC, el deudor ha de responder. El artículo 1209.II PC sólo se refiere al remedio indemnizatorio y no al resto de los remedios por incumplimiento [cfr. art. 1209.IV PC; sobre el impedimento temporal y sus efectos en el remedio del cumplimiento: *supra* [19] d)].

b) El Código civil no dispone una expresa regla general para el impedimento temporal como la que el artículo 1209.II PC ordena. No obstante, se entiende que el deudor se exonera de los daños imputables al impedimento temporal<sup>469</sup>.

c) Es correcto y adecuado contar con una disposición legal expresa como la del artículo 1209.II PC.

[i] Artículo 79 CISG:

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

[ii] Artículo 7.1.7 Principios UNIDROIT:

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

[iii] Artículo 8:108 PECL:

«(2) Where the impediment is only temporary the excuse provided by this Article has effect for the period during which the

<sup>469</sup> Vid. por ejemplo CARRASCO PERERA, «Artículo 1105 CC» (1989) pp. 650-651.

impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such». Cfr. artículo III.-3:104 (3) DCFR.

[136] Sobre el párrafo III del artículo 1209 PC:

a) Se establece de modo expreso otra regla novedosa frente al Código civil, si bien dicha regla, para el Derecho positivo, puede construirse sobre la buena fe del artículo 1258 CC.

b) Con fundamento en la colaboración que debe mediar entre los contratantes, el artículo 1209.III PC impone al deudor que conoce del hecho o de la circunstancia que le impide cumplir, que lo comunique a la otra parte, sin demora. Se trata de un deber legal. Con ello se da la posibilidad al acreedor para, si pudiera llevarlo a cabo y quiere, realice una solución alternativa evitando o reduciendo el daño. Si el deudor no efectúa tal comunicación, responde de los daños imputables a su omisión.

[i] Artículo 79 CISG:

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

[ii] Artículo 7.1.7 Principios UNIDROIT:

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

[iii] Artículo 8:108 PECL:

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

[137] Finalmente, sobre el párrafo IV del artículo 1209 PC:

a) En este párrafo se refleja la estructura que del incumplimiento y sus remedios se acoge en la *Propuesta civil*. La *Propuesta civil* recoge una noción amplia de incumplimiento

(art. 1188.I PC<sup>470</sup>) a la que asocia un conjunto de remedios (arts. 1190, 1191 PC), y cada uno de esos remedios tiene sus propios requisitos de aplicación. En consecuencia, según el concreto incumplimiento contractual habido, el acreedor puede disponer de un mayor o un menor número de remedios. El artículo 1209.IV PC viene a disponer, que si el incumplimiento del deudor es inexcusable a efectos del remedio indemnizatorio, ello «no impide al acreedor el ejercicio de cualquier otro derecho distinto del de exigir indemnización de daños y perjuicios que le pueda corresponder conforme a este Código» (art. 1209.IV PC)<sup>471</sup>. Reuniéndose los requisitos de esos otros remedios, el acreedor podrá ejercitarlos.

<sup>470</sup> Artículo 1188.I PC: «Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten»; *vid.* FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [24] ss. pp. 69 ss. Sobre la definición del artículo 1188.I PC, VAQUER ALOY señala, que literalmente no recoge el no cumplimiento sin más del deudor, siendo más clara la definición del incumplimiento de los Principios UNIDROT. VAQUER ALOY encaja en la no realización exacta de la prestación del artículo 1188.I PC, el concepto de falta de conformidad, el cual es objeto de su trabajo: «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», (...). 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 (...)./ Si nos mantenemos en la literalidad del artículo 1188 de la propuesta, y pese a que el precepto no la 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» [*ADC* (2011) p. 9]. Por su parte, sobre la definición del artículo 1188.I PC, SAN MIGUEL PRADEIRA: «Es cierto que no resulta imprescindible que se enuncien las distintas manifestaciones que puede revestir el incumplimiento, puesto que esta cuestión no plantea problemas en el Derecho español –al menos en el remedio resolutorio– pero su inclusión no estaría de más –aunque el adverbio «exactamente» sea suficientemente expresivo– pues alguna de las manifestaciones de lo que la Propuesta considera “incumplimiento” antes no eran propiamente incumplimiento. Me refiero a algunos supuestos de imposibilidad inicial que tradicionalmente son causa de inexistencia de contrato por falta de objeto y de la denominada “falta de conformidad”, que en el Código civil, en el ámbito de la compraventa, integran los denominados vicios ocultos y tienen un régimen especial constituido por las llamadas acciones de saneamiento (acción redhibitoria y acción de reducción del precio) y que en la Propuesta quedan claramente absorbidos por el incumplimiento y su régimen general. Además, en relación a esta falta de conformidad, regulada expresamente en la PMDOC en materia del contrato de compraventa (arts. 1474 y ss) que incluye el cumplimiento defectuoso, el cumplimiento parcial, y el *aliud pro alio*, podría resultar oportuno incluir dicha noción en las disposiciones generales del incumplimiento y posteriormente regular para cada tipo contractual su régimen especial en caso de falta de conformidad» [(2011) apartado III, 2, 2.1].

Para el Derecho vigente, CARRASCO PERERA define el incumplimiento contractual como sigue: «El término incumplimiento es puramente negativo y objetivo. Describe toda forma posible en la que el deudor deja de cumplir el deber contractual, mediante la no realización de la prestación debida o la realización en un modo distinto del debido, provocando insatisfacción del interés contractual del acreedor. No importa si existe o no existe causa de justificación, culpa, dolo o caso fortuito. “Incumplimiento” incluye toda modalidad admisible de falta de cumplimiento objetivo, sea provisional o definitivo» [en nota 1, reproduce el art. III.-1:101 (3) DCFR; (2010) núm. 1 p. 863].

<sup>471</sup> A propósito principalmente del cumplimiento e indemnización: FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [35]-[36] pp. 81-82, [41]-[43] pp. 90-92.

[i] Artículo 79 CISG:

«5. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir indemnización de daños y perjuicios conforme a la presente Convención»<sup>472</sup>.

[ii] Artículo 7.1.7 Principios UNIDROIT:

«(4) Nada de lo dispuesto en este artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido»<sup>473</sup>.

[138] *Propuesta mercantil.*—*Supra* [130] transcribí el artículo 65.1 PM. En virtud del artículo 62.2 PM:

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

[139] Sobre la *Propuesta mercantil*:

a) La segunda regla del artículo 62.2 PM es la misma regla que la del artículo 1209.III PC con ciertas diferencias. El artículo 66.2 PM señala que la notificación que el deudor ha de hacer al acreedor tiene que ser en plazo razonable, mientras que el artículo 1209.III PC dispone que el deudor ha de hacer la comunicación sin demora. El artículo 66.2 PM fija el punto a partir del cual se computa el plazo razonable, desde que el deudor tuvo o pudo tener conocimiento de la causa no imputable. El artículo 1209.III PC se refiere al «deudor que conozca la concurrencia de un hecho o circunstancia que impida cumplir», por lo que la comunicación sin demora debe hacerse desde que lo conozca.

Se constata una unidad sustancial entre las *Propuestas civil y mercantil*.

b) En su día señalé esta otra consideración, que me limito a recordar. La *Propuesta mercantil* ordena que el deudor no responde (no ha de indemnizar) si el incumplimiento tiene origen en una causa que no le es imputable. Sin embargo, no se determina un sistema general de imputación subjetiva en relación con el remedio

<sup>472</sup> A propósito principalmente del cumplimiento e indemnización: FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [37]-[38] pp. 82-85.

<sup>473</sup> Traté de esto en los Principios UNIDROIT, refiriéndome principalmente al remedio del cumplimiento: FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [39] pp. 85-87; y en relación con los PECL: *op. cit.*, [40] pp. 87-90.

de la indemnización de daños (cfr. primera regla del art. 62.2 PM, art. 65.1 *in fine* PM)<sup>474</sup>.

## 8.5 LA DEUDA DE COSA CIERTA Y DETERMINADA PROCEDENTE DE DELITO O FALTA: PÉRDIDA DE LA COSA E INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS

[140] Sólo se ocupa de esto la *Propuesta civil*. El artículo 1210 PC ordena:

«Cuando la deuda fuese de cosa cierta y determinada y procediere de delito o falta, no se eximirá el deudor del pago de su precio, cualquiera que hubiese sido el motivo de su pérdida, a menos que, ofrecida por él la cosa al que la debía recibir, se hubiese sin razón negado a aceptarla.»

[141] Sobre el artículo 1210 PC:

a) El artículo 1210 PC es copia del artículo 1185 CC, por lo que desde esta perspectiva no constituye una novedad frente al Código civil. La novedad se percibe al fijar la atención en la ubicación sistemática del precepto: en la Sección «De la indemnización de daños y perjuicios»; no, en una sección que trate «De la pérdida de la cosa debida», en la que se encuentra el artículo 1185 CC.

b) El artículo 1185 CC presupone la imposibilidad de entregar la cosa cierta y determinada, obligación de entrega cuya fuente es la comisión de un delito o falta<sup>475</sup>. La regla que aquél dispone es, que no pudiendo entregarse *in natura* la cosa cierta y determinada, se entregará al acreedor su precio (su valor equivalente). De la regla se exceptúa si, ofrecida la cosa al acreedor, éste se hubiera negado a recibirla sin razón y en dicha situación la cosa se pierde: en este caso el deudor no ha de pagar su precio (se libera).

Es conocida la discusión sobre si el pago del «precio» del artículo 1185 CC se justifica en la idea de la *perpetuatio obligationis* (cumplimiento)<sup>476</sup> o constituye una partida indemnizatoria

<sup>474</sup> Vid. FENYO PICÓN, *ADC* (2010) [43] pp. 92-93.

<sup>475</sup> RUDA GONZÁLEZ: «El deudor puede serlo en concepto de autor del delito o falta, o cómplice o encubridor, o ser el heredero de los anteriores. No se requiere que sea responsable criminal, directo o subsidiario (art. 110.1 CP), por lo cual parece que cabría incluir al que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta (art. 122 CP), con el argumento de que su deuda deriva también del delito o falta (...). Más no cabe extender el precepto a ilícitos no penales, sino civiles, dada la excepcionalidad del precepto (...)» [«Artículo 1185 CC» (2010) pp. 1318-1319].

<sup>476</sup> BADOSA COLL: «El especial significado de este artículo [1185] radica en que expone el mecanismo como opera la *perpetuatio obligationis*: la sustitución del «objeto» devenido imposible por su valor en dinero; secundariamente también consiste en ser uno de los contados artículos del CC que habla de la *mora credendi*» [«Artículo 1185 CC»

más<sup>477</sup>. La ubicación sistemática del artículo 1210 PC encierra un pronunciamiento legal sobre la expuesta discusión: pérdida la cosa, el pago de su precio no se justifica en la *perpetuatio obligationis*, sino que es partida de la indemnización de daños. Por ello, la norma se encuentra en la sección «De la indemnización de daños».

## 8.6 LA MITIGACIÓN DEL DAÑO POR EL ACREEDOR Y SUS EFECTOS

[142] La regula la *Propuesta civil* (art. 1211). La *Propuesta mercantil* no recoge la mitigación del daño como regla general. No obstante, he de recordar que el artículo 66.1 PM señala la posibilidad de que el acreedor pueda recurrir a una operación de reemplazo, pudiendo exigir del deudor la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, además de otros daños adicionales.

[143] Según el artículo 1211 PC:

*«No responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero deberá resarcir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas.»*

[144] Sobre el artículo 1211 PC:

a) El remedio indemnizatorio encierra el potencial peligro de que la cadena de daños de los que haya de responder el deudor

---

(1993) 2.<sup>a</sup> ed., tomo II, p. 261; *vid.* pp. 262-263]. Información: *vid.* DE PABLO CONTRERAS, quien entiende «que la prestación del equivalente es cumplimiento y no resarcimiento de daños» [(2008) 2.<sup>a</sup> ed. p. 193; §§ 61 y 62 pp. 191-195, § 64 A) p. 198]; SÁNCHEZ CASTRO: *supra* nota 70.

<sup>477</sup> PANTALEÓN PRIETO: «Tampoco tiene [la responsabilidad contractual], ni siquiera en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación una función de “reintegración, por equivalente, del derecho de crédito lesionado” (...): la indemnización a pagar por el deudor responsable no es, (...), un subrogado de la prestación devenida imposible; el pago de aquélla al acreedor no es un “cumplimiento por equivalente” de la obligación originaria –al que la lógica (¿y el art. 1156.III CC?) exige considerar extinguida–, sino cumplimiento, sin más, de la obligación de resarcir (en su caso, *in natura*) los daños causados al acreedor, nacida *ex novo* del supuesto de responsabilidad contractual. Desaparecido por completo el sistema procesal romano, no existe ninguna razón de peso para seguir conservando ese artificio inútil en que se ha convertido la *perpetuatio obligationis*» [ADC (1991) pp. 1020-1021; *vid.* además pp. 1052-1055]. Para referirse a la tesis que diferencia entre cumplimiento por equivalente e indemnización, PANTALEÓN PRIETO emplea la expresión de construcción «articulada» de la responsabilidad contractual.

incumplidor se extienda en exceso, lo cual, si así se admitiere, no es regla jurídicamente razonable. Para evitarlo, en el diseño legal del remedio de la indemnización de daños es clave ordenar unas normas que acoten con claridad en qué medida el deudor incumplidor ha de indemnizar (distinto es la dificultad de su puesta en práctica). Deben establecerse ciertos contrapesos a la obligación del deudor de indemnizar, que permitan ajustar la extensión de dicha obligación dentro de parámetros razonables.

Son contrapesos de la obligación de indemnizar del deudor las reglas, de imputación objetiva, de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar del deudor no doloso y, de la mitigación del daño. De los dos primeros contrapesos ya he dado cuenta. Procede referirme a la mitigación del daño<sup>478</sup>.

b) El artículo 1211 primera regla PC dispone que el deudor no asume el daño que, conectado con su incumplimiento, el acreedor podría haber evitado o reducido adoptando la/s oportuna/s medida/s mitigadora/s (juicio *a posteriori*). Este daño no evitado o reducido tiene que asumirlo el acreedor.

c) Aunque no es infrecuente el uso de la expresión deber de mitigar (*duty of mitigation*), la mitigación del daño no es un deber legal del acreedor. La mitigación tiene la naturaleza de carga del acreedor con los efectos que conlleva tal calificación<sup>479</sup>. Por tratarse de una carga, al acreedor corresponde la decisión de si efectúa o no la medida mitigadora del daño.

d) La identificación de la oportuna medida mitigadora del daño se lleva a cabo a través de la buena fe objetiva (norma de conducta), concretándose para cada caso<sup>480</sup>.

e) El artículo 1212 segunda regla PC ordena otro efecto de la mitigación del daño: el coste que al acreedor le haya supuesto

<sup>478</sup> En relación con el Derecho inglés y si han de limitarse los daños indemnizables, GREGORACI FERNÁNDEZ expone: «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 mitigate*; (4) *contributory negligence*» [ADC (2011) pp. 126-127]. En nota 2: «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 responsabilizar 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» (*op. cit.* p. 127).

<sup>479</sup> SOLER PRESAS, ADC (1995) p. 960; en relación con el artículo 77 CISG, de la misma autora: «Artículo 77 CISG» (1998) p. 622; también para el artículo 77 CISG: VIDAL OLIVARES, quien habla de carga contractual de conducta material [(2005), pp. 35, 37].

<sup>480</sup> En relación con el Derecho positivo, *vid.* SOLER PRESAS, ADC (1995) pp. 964-965.

adoptar la (razonable) medida mitigadora puede exigirlo del deudor. Cuenta con esa recuperación, incluso si la medida mitigadora resultó infructuosa, pues con ella no se logró evitar el daño o reducirlo.

f) La mitigación del daño es regla distinta de la de «concur-rencia de culpas» (concur-rencia de causas).

Soler Presas, quien ha dedicado particular atención al análisis de la mitigación del daño, destaca tal diferencia<sup>481</sup>. En la concur-rencia de culpas, demandante y demandado han de participar en la causación del daño<sup>482</sup>. «El deber de mitigar el daño surge en cabeza del acreedor del resarcimiento en un momento posterior. Su aplicación *presupone* que el daño ha sido causado exclusivamente por el comportamiento del demandado, sin que pueda imputarse la posterior extensión o propagación de las consecuencias de dicho daño a un nuevo curso causal introducido por el demandante./ En el primer caso [concur-rencia de culpas/causas], las pérdidas que deben excluirse del resarcimiento vendrán determinadas por la aplicación –objetiva– de los criterios de causalidad jurídica. En el segundo [mitigación del daño], serán las circunstancias –objetivas y subjetivas– del caso las que determinen qué medidas podía, luego debía, haber adoptado el demandante para mitigar las consecuencias que del mismo daño-base puedan derivarse en un futuro./ El fundamento de este deber *autónomo* de mitigar el daño causado con las medidas al alcance de quien lo sufre lo encontramos, pues, en el principio general de *la buena fe* (art. 7.1 CC)» (cursiva de la autora)<sup>483</sup>.

g) El Código civil no recoge de modo expreso la regla de la mitigación del daño, por lo que el artículo 1211 PC es otra novedad normativa de la *Propuesta civil*. No obstante, hace tiempo que algunos de nuestros autores señalan la mitigación del daño, como una regla más del remedio de la indemnización de daños, y la jurisprudencia la ha venido aplicando bajo diferentes expedientes jurí-

<sup>481</sup> SOLER PRESAS, *ADC* (1995) p. 963; «Artículo 77 CISG» (1998) pp. 621-622.

<sup>482</sup> SOLER PRESAS, *ADC* (1995) p. 963.

<sup>483</sup> SOLER PRESAS, *ADC* (1995) pp. 963-964. En su propuesta de reforma de la responsabilidad contractual, PANTALEÓN PRIETO es claro defensor de su inserción en el Código civil: «Es obvia la conveniencia de incorporar a nuestro Código civil normas relativas a la *contribución al incumplimiento o a sus efectos del acreedor dañado* o de algún suceso perteneciente a su esfera de control, así como el *deber (carga) del deudor de mitigar el daño*, análogas a las previstas en los artículos 7.4.7 y 7.4.8 PCCI [Principios UNIDROIT] y 4.504 PDCE [PECL, el autor cita la primera versión de los PECL]» [*ADC* (1993) p. 1743]. La contribución al incumplimiento o sus efectos por el acreedor dañado puede reconocerse en el artículo 1188.II PC, ubicado en las disposiciones generales del incumplimiento (sección 1.ª, capítulo VII, título I PC; di cuenta de ello: FENOY PICÓN, *ADC* (2010) [44]-[47] pp. 93-98), y en el artículo 1208 primera regla PC.

dicos<sup>484</sup>. Junto a esto, el artículo 77 CISG regula expresamente la mitigación del daño y sus efectos.

En mi opinión, teniendo en cuenta lo anterior y considerando en sí misma la regla de la mitigación del daño (como un contrapeso a la obligación de indemnizar del deudor) es acertada su codificación en la *Propuesta civil*.

[i] Artículo 77 CISG:

«La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.»

a) Honnold indica que el artículo 77 CISG es importante, cuando uno se basa en la regla general de que la indemnización de daños comprende «el valor de la pérdida sufrida “como consecuencia del incumplimiento”» (art. 74 CISG). Señala el ejemplo del vendedor que no entrega las materias primas destinadas al proceso productivo del comprador y este no realiza una compra de sustitución, pudiendo encontrarse dichas mercaderías en el mercado, con la consecuencia de que se interrumpe la producción del comprador. «El principio de reducción del artículo 77 mantiene que la pérdida por paralización que el comprador pudo haber previsto no es exigible según el artículo 74. El comprador también infringiría el principio de reducción del artículo 77, si utiliza a sabiendas materiales o maquinaria defectuosos que causen daños “consecuentes”»<sup>485</sup>.

Otro ejemplo (77 A) es el de un contrato en el que se estipula que el vendedor entregará (enviará) las mercaderías para cierto día. El establecimiento del comprador se localiza en lugar lejano al del vendedor, lugar en el que no había otros compradores para dichas mercaderías. Antes de la fecha de entrega, el comprador descubre que no puede utilizar las mercaderías y se lo comunica al vendedor, señalándole que no proceda al envío. Pero el vendedor lo realiza. El comprador no acepta las mercaderías y el vendedor las vende en el lugar de destino, obteniendo poco por la venta dada la escasa demanda en dicha zona. Honnold entiende que parece aplicable al caso el artículo 77 CISG<sup>486</sup>. Otro ejemplo más (77 B) es el de una compraventa en la que el vendedor ha de cortar vigas de acero según las especiales dimensiones indicadas por el comprador, quien las va a emplear en la construcción de un edificio que pertenece a un tercero. Antes de que el vendedor

<sup>484</sup> Vid. MORALES MORENO (2010) pp. 180-185; CARRASCO PERERA (2010) núms. 21-22, pp. 1259-1262 (este autor señala que la regla de la mitigación se propone formalmente por primera vez en la STS, 1.ª, 15 de noviembre de 1994) y «Artículo 1107 CC» (1989) pp. 734-736; vid. asimismo la nota anterior a esta. Con carácter general, sobre la mitigación de daños: SOLER PRESAS (1998) pp. 61-72.

<sup>485</sup> HONNOLD (1987 de la trad.) núm. 418, p. 458.

<sup>486</sup> HONNOLD (1987 de la trad.) núm. 418, p. 459.

comience su trabajo, el propietario del edificio denuncia el contrato que le vinculaba al comprador. Este informa de inmediato al vendedor, pidiéndole que no proceda al corte de las vigas, pero el vendedor lo realiza. El comprador se niega a aceptar las vigas, revendiéndolas el vendedor, quien obtuvo poco de esa venta debido a que las dimensiones especiales de las vigas las hacían prácticamente inservibles en otras construcciones.<sup>487</sup> Para este otro caso, Honnold entiende «que la letra y el espíritu del artículo 77 son aplicables»<sup>488</sup>.

[ii] Artículo 7.4.8 Principios UNIDROIT:

«(Atenuación del daño)

(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.

(2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño».

[iii] Artículo 9:505 PECL:

«Reduction of Loss

(1) The non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party could have reduced the loss by taking reasonable steps.

(2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss». Cfr. artículo III.-3:705 DCFR.

## 8.7 LA INDEMNIZACIÓN Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD (LIBERTAD DE PACTO) Y SUS LÍMITES. ALGUNOS ASPECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL

[145] El último precepto que la *Propuesta civil* dedica al remedio de la indemnización de daños y perjuicios (art. 1212) determina el campo en el que la autonomía de la voluntad puede actuar. El artículo 1212.I PC remite a los correspondientes preceptos del Capítulo IV del Título I del Libro IV, rubricado «De la cláusula penal» (arts. 1146 a 1152 PC). De este capítulo interesa, en particular, el artículo 1150 PC, cuyo equivalente es el artículo 1154 CC, sin perjuicio de otros preceptos a los que aludiré.

La *Propuesta mercantil* no emplea la expresión «cláusula penal», pero en su artículo 66.2 se la reconoce.

<sup>487</sup> HONNOLD (1987 de la trad.) núm. 418, pp. 459-460.

<sup>488</sup> HONNOLD (1987 de la trad.) núm. 418, p. 460.

[146] *Propuesta civil*.—Según el artículo 1212 PC:

*«Las partes podrán ampliar, reducir o suprimir el deber de indemnizar los daños y perjuicios en la forma que estimen procedente, y de acuerdo con los preceptos correspondientes del capítulo IV del este título [el I].*

*Son nulas las exclusiones o limitaciones de la responsabilidad procedente del dolo.»*

[147] Sobre el artículo 1212 PC:

a) Se permite a los contratantes modificar el deber de indemnizar los daños y perjuicios, sea ampliándolo o reduciéndolo frente al régimen legal de los artículos 1205 ss. PC. Incluso, se les permite suprimirlo (art. 1202.I PC; cfr. art. 1237 PC<sup>489</sup>). La *Propuesta civil* admite el pacto de agravación de la responsabilidad si se respetan las oportunas normas «De la cláusula penal». También admite los pactos de limitación y de exoneración de responsabilidad, si la responsabilidad no procede de dolo (art. 1212.II PC; cfr. art. 1102 CC).

b) Ubicado en la regulación de la cláusula penal, el artículo 1150 PC dispone:

*«El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido.»*

b.1) El precepto equivalente al artículo 1150 CC es, como anticipé, el artículo 1154 CC.

[i] La STS, 1.<sup>a</sup>, 5 de octubre de 2010 (Pte. Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos) menciona al artículo 1150 PC:

«6) Es cierto que, a diferencia de lo previsto en el primer párrafo de la Ley 518 del Fuero Nuevo de Navarra, que dispone que “La estipulación de pagar una cantidad como pena por el incumplimiento de una prestación lícita obliga al promitente, y la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial”, la tendencia doctrinal que aflora en el artículo 1150 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero de 2009, apunta a la posibilidad de moderación de las cláusulas penales incluso en supuestos en que se estipuló con carácter “inmoderado”: “El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemniza-

<sup>489</sup> Artículo 1237.I PC: «Las partes podrán obligarse mediante el contrato de tal modo que tengan por conveniente y establecer las estipulaciones que libremente deseen, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público». *Vid.* PANTALEÓN PRIETO, *ADC* (1993) p. 1743.

ciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente producido”, y también apunta en este sentido el apartado 2 del artículo 9:509 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando: “Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a un cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias”» [FD 4.º, 2, 26, 6); Cendoj, Roj STS 5144/2010]<sup>490</sup>.

b.1.1) Según el artículo 1154 CC: «[e]l Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

Su estricta interpretación conduce a considerar que sólo se aplica al cumplimiento parcial o irregular. Su supuesto de hecho es el de una cláusula penal pactada para el incumplimiento «total» de la obligación principal, sucediendo que el deudor lleva a cabo un cumplimiento parcial o irregular. No procede aplicar sin más la pena pactada, pues fue modulada para el incumplimiento total y no para el cumplimiento parcial o irregular habido. Ante esto, el artículo 1154 CC viene a interpretar la voluntad (presunta) de las partes y señala que el Juez modificará equitativamente (a la baja y no al alza, y no con el resultado de suprimir) la pena estipulada (con el fin de adaptarla al concreto caso; cfr. art. 1085 PCC 1851<sup>491</sup>).

<sup>490</sup> Continúa el texto: «, pero a su moderación se opondrá: a) Que, como sostiene la sentencia número 1065/2002, de 8 de noviembre, la facultad concedida al Juez por el artículo 1154 del Código Civil no es susceptible de recurso de casación, o lo que es lo mismo, no es revisable por el Tribunal Supremo por tratarse de un juicio de equidad. (...)». Caso: Se celebró contrato entre la editora de *Interviú* y doña Maite por el cual, a cambio de un precio, la última autorizaba un reportaje fotográfico de desnudos de su cuerpo. En la estipulación 3.ª del contrato se pactó una cláusula penal: «La publicación de cualquier fotografía del reportaje objeto de este contrato, que no haya sido previamente aprobada por doña Maite, así como su divulgación en cualquier otro medio de comunicación distinto de *Interviú* generará para Ediciones Seta, S.A. la obligación de indemnizar a doña Maite por el daño a su imagen e intimidad, pactando como cláusula penal inmoderable la cantidad de cincuenta millones de pesetas (50.000.000 de pesetas)». Resultó que en la portada del periódico «Claro de Madrid» apareció publicada una de las fotografías del reportaje fotográfico de desnudos de doña Maite publicado en *Interviú*. La demandante demandó a la editora de *Interviú*, suplicando su condena al pago de la cláusula penal pactada. En primera instancia se estimó íntegramente la demanda y la sentencia de apelación desestimó el recurso. La editora de *Interviú* interpuso recurso de casación. En el FD 4.º, 2, 26, 5) se señala: «La pena se pactó como “inmoderable”, lo que comporta que cubre tanto los comportamientos dolosos como los culposos, los incumplimientos totales o parciales, siendo precisamente esta la interpretación mantenida por la sentencia recurrida; más aún, la previsión contractual resulta especialmente útil precisamente en un supuesto como el que da lugar a este litigio, ante la dificultad, expresamente constatada por la sentencia de la primera instancia y ratificada por la Audiencia Provincial, de demostrar mediante prueba plena que el cumplimiento incumplidor [*sic*] respondió a una calculada política de la incumplidora dirigida a conseguir mayores ventas».

<sup>491</sup> Artículo 1085 PCC 1851: «El juez puede modificar equitativamente la pena estipulada cuando la obligación principal se hubiere cumplido en parte y no en el todo». GARCÍA GOYENA: «(...) / Es cierto que el acreedor, á falta de pacto especial, no puede ser pagado por partes contra su voluntad, segun el artículo 1094; pero el 1084 anterior supone

Ahora bien, el Juez no puede moderar la pena convenida (excesiva o desorbitada) para el incumplimiento total, si el incumplimiento del deudor fue total<sup>492</sup> (así la jurisprudencia hoy dominante sobre pena moratoria<sup>493</sup>), ni moderar la pena estipulada para el incumplimiento parcial o irregular, si el incumplimiento parcial o irregular habido es el previsto en la estipulación convenida<sup>494</sup>. El Código civil respeta la común voluntad de los contratantes (*pacta sunt servanda*), asegurando la seguridad y la certeza de la contratación, incluso si la cuantía que concreta la estipulación es excesiva, siempre que se hayan respetado los límites genéricos de la prohibición de la usura y de las cláusulas abusivas (cfr. art. 85.6 TRLGDCU).

b.1.2) Distinta a la norma del artículo 1154 CC es la que se dispone en el artículo 1150 PC. Según este, el Juez modificará equitativamente la pena convencional si esta es manifiestamente excesiva, y

pago ó cumplimiento parcial consintiendo el acreedor./ En tal caso no puede el acreedor tener una parte de la cosa y exigir íntegra la pena que la sustituye y representa./ Ni puede una misma cláusula dar siempre lugar á la misma pena, tanto contra el deudor que ha ejecutado casi de lleno su obligacion, como contra el deudor que ni siquiera ha comenzado á ejecutarlo./ El juez, para la modificacion de la pena, deberá tener en cuenta la posicion respectiva de las partes, y todas las demas consideraciones de equidad que puedan ilustrar su prudente arbitrio» [(1852) p. 583].

<sup>492</sup> ARANA DE LA FUENTE señala que así opina la doctrina dominante. La autora da también cuenta de la opinión de varios autores que por diversas vías propugnan resolver de modo justo o equitativo las penas convencionales exorbitantes [ADC (2009) pp. 1633-1636, *vid.* hasta p. 1640]. LACRUZ BERDEJO/SANCHO REBULLIDA señalan: «De lo que trata el artículo 1154 es de dividir la pena cuando se ha dividido el cumplimiento de la obligación —un problema más bien matemático—, pero no de abordar el estudio en equidad de la adecuación de la pena a los daños posibles o producidos, pues precisamente lo práctico de la pena es constituir, como ya he dicho, un *forfait* que permite prescindir de esa investigación» [Elementos II-1.º, 2.ª ed. (1985) p. 382]. *Vid.* también MARÍN GARCÍA, *InDret* (2/2009) pp. 9-11; CABANILLAS SÁNCHEZ, «Artículo 1154 CC» (1993) 2.ª ed., tomo II, pp. 160-161. Procede con distinto enfoque SCÆVOLA: «La costumbre de los Tribunales había ido relajando el rigor de las cláusulas de carácter penal, hasta el punto de declararlas inefectivas, por su sólo arbitrio, en cuantos casos lo consideraban conveniente. Contra esta costumbre nació en el Código francés la disposición concordante de nuestro artículo 1154, por el cual se permite á los Jueces modificar *equitativamente* la pena, pero sólo cuando la obligación principal hubiera sido cumplida en parte ó irregularmente por el deudor» [«Artículos 1153, 1154 y 1155 CC» (1902) tomo XIX pp. 838-839]. *Vid.* ESPÍN ALBA (1997) pp. 83-86, en particular p. 86, pp. 95-99.

<sup>493</sup> Da cuenta detallada de la jurisprudencia de los últimos doce años sobre la pena moratoria, ARANA DE LA FUENTE [ADC (2009)]. Según la jurisprudencia mayoritaria, no cabe moderar la pena moratoria porque el retraso es incompatible con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, únicos para los que se instituye la facultad judicial moderadora del artículo 1154 CC, pues, el tiempo de duración de la mora es un incumplimiento total (*op. cit.* pp. 1662-1676). Hay también otra línea jurisprudencial (minoritaria) que sí aplica a la pena moratoria la regla del artículo 1154 CC considerando al retraso un cumplimiento irregular e, incluso, destaca ARANA DE LA FUENTE, «la moderación de la pena convencional carece incluso de una motivación realmente digna de tal nombre» (*op. cit.* p. 1676, pp. 1676-1682). Sobre la aplicación judicial del artículo 1154 CC, DE CASTRO VÍTORES (2009) pp. 81-149. Para la cláusula comisoria y aplicación judicial del artículo 1154 CC: ARROYO I AMAYUELAS, «Artículo 1154 CC» (2010) pp. 1282-1283, y, para la pena moratoria: ARROYO I AMAYUELAS, *op. cit.* p. 1283. ESPÍN ALBA (1997) pp. 86-89 para la pena moratoria.

<sup>494</sup> Desde otra perspectiva, *vid.* ESPÍN ALBA (1997) pp. 70-71.

también la indemnización convenida, si esta es notoriamente desproporcionada, en relación con el daño efectivamente producido<sup>495</sup>. Esta regla supone que cualquier pena convencional, si es excesiva, será equitativamente moderada por el Juez, y cualquier indemnización notoriamente desproporcionada será equitativamente moderada por el Juez, teniendo en cuenta el daño real. El artículo 1150 PC no se limita al cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal como dispone el artículo 1154 CC<sup>496</sup>. El artículo 1150 PC es otra importante novedad de la *Propuesta civil* comparado con el Código civil.

Valorando el artículo 1150 PC, Arana de la Fuente considera que no tiene clara la conveniencia de modificar el artículo 1154 CC en el sentido del artículo 1150 PC, pero esto no le impide reconocer razones de peso a favor del artículo 1150 PC<sup>497</sup>: como que se procura el acercamiento de nuestro ordenamiento a la línea que predomina en Europa<sup>498</sup>; «la necesidad de solucionar supuestos extremos de penas manifiestamente excesivas, que puedan proporcionar un beneficio desproporcionado al acreedor en detrimento del deudor»<sup>499</sup>; y «evitar la inseguridad que provoca la moderación admitida por un sector jurisprudencial»<sup>500</sup>.

b.2) El artículo 1150 PC presenta proximidad con los artículos 7.4.13 (2) Principios UNIDROIT y 9:509 (2) PECL.

[i] Artículo 7.4.13 Principios UNIDROIT:

«(Pago estipulado para el incumplimiento)

(1) Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal

<sup>495</sup> Cfr. artículo 1152 *Code civil*; artículo 163, 1 y 3, CO suizo; artículo 812 CC portugués; artículo 1384 CC ital. 1942.

<sup>496</sup> Señala MARÍN GARCÍA que la *Propuesta civil* suprime la revisión judicial de la pena para el incumplimiento parcial, pues no lo menciona: «A mi juicio, esta omisión no es deliberada y se debe a un olvido de la Comisión General de Codificación, por lo que versiones futuras del texto harán referencia a ella sin perturbar su contenido actual. El afán de reformar el artículo 1154 CC ha conducido a una propuesta normativa deficitaria en este punto concreto (...)» [*InDret* (2/2009) p. 12].

<sup>497</sup> ARANA DE LA FUENTE, *InDret* (4/2010) p. 10.

<sup>498</sup> ARANA DE LA FUENTE, *InDret* (4/2010) pp. 10-11.

<sup>499</sup> ARANA DE LA FUENTE, *InDret* (4/2010) p. 11.

<sup>500</sup> ARANA DE LA FUENTE, *InDret* (4/2010) p. 11. Aclara que este problema no lo plantea la doctrina mayoritaria de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo. «En definitiva, la situación [se refiere a las sentencias que moderan la cláusula penal] implica un nivel de inseguridad jurídica superior al que se produciría si el Derecho positivo admitiera la moderación judicial de penas excesivas. En tal caso, como mínimo, las partes estarían en condiciones de conocer, al celebrar el contrato, la facultad judicial de modificar el monto de la cláusula penal pactada y podrían actuar en consecuencia» [*op. cit.* p. 14]. «Por otra parte, no creo que el problema fundamental resida en la atribución de un poder discrecional de moderación a los tribunales de instancia, sino en la forma de ejercerlo y, sobre todo, de controlarlo» [*op. cit.* p. 11].

incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente producido.

(2) No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.»

a) En el Comentario 1 del artículo se indica que, de modo intencionado, se da una definición amplia de los pactos en los que se determina el pago de una suma en caso de incumplimiento, se dirija a la «liquidación del monto del resarcimiento» (tradicción jurídica del *common law*) o a disuadir el incumplimiento (cláusula penal) o a ambos propósitos<sup>501</sup>. En el Comentario 3 se destaca, que el incumplidor ha de pagar la suma pactada al margen del daño sufrido, y que el incumplidor no puede alegar que el perjudicado por el incumplimiento tiene un daño menor o que no lo tiene<sup>502</sup>. También se indica, que el apartado (2) tiene por fin evitar posibles abusos que pueden surgir en estas cláusulas. La suma pactada puede ser objeto de reducción, pero no puede descartarse totalmente; ni puede incrementarse la suma pactada cuando sea menor que el daño sufrido<sup>503</sup>.

[iii] Artículo 9:509 PECL:

«Agreed Payment for Non-performance

(1) Where the contract provides that a party which fails to perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party shall be awarded that sum irrespective of its actual loss.

(2) However, despite any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances». Cfr. artículo III.-3:712 DCFR.

a) En el *Comment A* del artículo se indica que, pactada la cláusula, el juez no ha de fijarse en los daños sufridos por el perjudicado por el incumplimiento y ha de otorgar, ni más ni menos, que la suma fijada en el contrato; de esto se deduce que el perjudicado no ha de probar sus pérdidas<sup>504</sup>. Sin embargo (*Comment B*), permitir una completa libertad de pacto puede suponer abusos y, si media gran disparidad entre la suma especificada en el contrato y las pérdidas actuales del perjudicado por el incumplimiento, el Tribunal puede reducir la suma, incluso si ésta parecía razonable en el momento de perfección del contrato. El fin del precepto es controlar sólo las estipulaciones abusivas: el Juez ejercita la moderación sólo si es claro que la suma estipulada excede substancialmente de las pérdidas actuales. Tal facultad tiene un límite: el Juez ha de

<sup>501</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 259.

<sup>502</sup> Principios UNIDROIT (2004) p. 260.

<sup>503</sup> Principios UNIDROIT (2004) pp. 260-261. Cfr. artículo 7.1.6 Principios UNIDROIT (Cláusulas de exoneración) y Comentario 4, Principios UNIDROIT (2004) p. 212.

<sup>504</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 454.

respetar la intención de las partes de disuadir el incumplimiento; por tanto, no reducirá la suma a pagar a la pérdida actual. El tribunal ha de fijar algo intermedio<sup>505</sup>. Para determinar si la suma estipulada es excesiva, el juez se fijará en la relación entre la suma estipulada y las pérdidas actuales del perjudicado por el incumplimiento, en contraposición a las pérdidas exigibles en virtud de la previsibilidad del artículo 9:503 PECL; también habrá de tenerse en cuenta si la pérdida (actual) tiene origen en un comportamiento no razonable del perjudicado por el incumplimiento (no llevó a cabo la oportuna mitigación del daño)<sup>506</sup>.

c) Si la exclusión o la limitación de responsabilidad por daños se refiere al dolo, el artículo 1212.II PC dispone la nulidad (de pleno derecho) de tales estipulaciones. El artículo 1102 CC es el precepto equivalente más próximo al artículo 1212.II PC<sup>507</sup>.

d) Más allá de lo que ordena el artículo 1212 PC, me limitaré a aludir a la regulación de la contratación con condiciones generales (arts. 1261 a 1264 PC). La *Propuesta civil* califica de abusivas las cláusulas «que excluyan o limiten la responsabilidad legal del predisponente en caso de muerte o daños en la persona del adherente debidos a una acción u omisión de aquél»; «[l]as que excluyan o limiten la responsabilidad por incumplimiento (total o parcial) o por cumplimiento defectuoso del predisponente, en caso de dolo o culpa grave»; «[l]as que excluyan o limiten la responsabilidad del predisponente por actos de sus representantes y auxiliares, en caso de dolo o culpa grave»; «[l]as que impongan al adherente que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionada» [art. 1262.3.a), b), c) y h) PC].

Según el artículo 1262.2 PC: «[s]e presumen abusivas las condiciones generales que, en perjuicio del adherente, establezcan

<sup>505</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 454.

<sup>506</sup> LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 455.

<sup>507</sup> Sobre la pena y el incumplimiento doloso, MANRESA Y NAVARRO: «*La pena y la indemnización por dolo*.—Es, en nuestra opinión, otro caso de excepción á la regla general de incompatibilidad [se refiere a la regla del art. 1152 CC: pena sustitutoria], y lo entendemos así, no ya por el primer párrafo del art. 1102, que declara exigible la responsabilidad del dolo procedente en toda clase de obligaciones, sino principalmente por la segunda parte de dicho artículo, que se opone á la validez de toda renuncia anticipada de la acción para exigir tal responsabilidad. En efecto, esto supone que la ley no autoriza en modo alguno la impunidad del dolo por causa de convenios anteriores, y, por tanto, rechaza lo mismo la impunidad completa que la parcial, es decir, referida á aquellos perjuicios que no queden satisfechos con el importe de la pena convenida. Limitada así la cuestión, y no olvidando que, á falta de convenio especial, tiene la pena asignado el fin de reparar los perjuicios, concretamos así nuestra opinión: 1.º, que en caso de dolo en una obligación con cláusula penal, la prueba de aquél para reclamar más indemnización corresponde al actor; 2.º, que también, caso de pedirla, le corresponde la de existencia y cuantía de los perjuicios; y 3.º, que probando ambos extremos, podrá pedir la diferencia de dicha cuantía sobre el importe de la pena estipulada» [«Artículos 1152 y 1153 CC» (1901) tomo VIII pp. 225-226; más allá, por otro lado suele indicarse que no cabe que el Juez modere la cláusula penal con base en el art. 1154 CC si el incumplimiento fue doloso].

reglas distintas de las que, conforme al derecho dispositivo, le serían aplicables».

[148] *Propuesta mercantil*.—En virtud del artículo 66.2 PM:

«Si en el contrato se hubiere pactado que la parte que lo incumpla deberá pagar a la otra una suma determinada o determinable, la parte perjudicada por el incumplimiento tendrá derecho al pago de dicha suma sin tener que probar el daño y sin poder exigir, salvo pacto en contrario, una suma mayor por el daño excedente. La suma establecida podrá, en todo caso, ser modificada por el juez si fuera notoriamente desproporcionada al daño efectivamente sufrido.»

[149] Sobre el artículo 66.2 PM:

a) A diferencia de la regulación de la *Propuesta civil*, en la de la *Propuesta mercantil* no se diferencia de modo expreso entre «penas convencionales» e «indemnizaciones convenidas», sino que se refiere a una estipulación, descrita por su contenido.

b) Una de las ventajas de estipular una cláusula, cuyo contenido consista en la obligación del deudor de pagar una suma para el caso de incumplimiento y cláusula de carácter sustitutorio, es que el acreedor puede exigir tal suma sin tener que probar el daño efectivamente sufrido por el incumplimiento (ni su cuantía). El carácter sustitutorio de la estipulación justifica que el acreedor no puede exigir del deudor el mayor daño real derivado del incumplimiento, en relación con la cuantía resultante de aplicar la estipulación; esto, salvo pacto en contrario (norma dispositiva)<sup>508</sup>. El artículo 66.2 PM dispone esto que acabo de describir (cfr. arts. 1146 y 1147 PC)<sup>509</sup>.

<sup>508</sup> Para el Código civil, GÓMEZ POMAR: «El CC se limita a señalar que, salvo que se pacte como cumulativa o estrictamente sancionadora, la pena liquida o sustituye la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento (...). Corolario del carácter sustitutorio es la limitación del alcance de la indemnización de daños al importe de la pena, aun cuando los daños realmente producidos sean superiores, con la excepción del incumplimiento doloso, y siempre y cuando el incumplimiento producido corresponda al supuesto de hecho de la pena pactada y no sea un incumplimiento de naturaleza distinta (...). En la jurisprudencia, la inviabilidad de la reclamación del daño superior ha sido reconocida por las SSTS (...)» [*InDret* (3/2007) pp. 27-28].

<sup>509</sup> a) Artículo 1146.I PC: «La prestación convenida para el incumplimiento o el cumplimiento retrasado o defectuoso sustituirá a la indemnización de daños sin necesidad de probarlos, salvo que las partes le hubiesen asignado sólo carácter penal». Cotejando el artículo 1146.I PC con el artículo 66.2 PM, este se refiere al pago de una suma para el caso de incumplimiento, y el primero a la «prestación convenida»; es frecuente que la promesa del deudor para el caso de su incumplimiento consista en el pago de suma de dinero, pero puede también pactarse que el deudor ejecutará, para el caso de incumplimiento, una prestación diferente a la del pago de una suma (dar, hacer; *vid.* Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos-II*, 6.ª ed. (2008) p. 457). En segundo lugar, el artículo 66.2 PM se refiere al incumplimiento del deudor sin mayor especificación; puede entenderse que incluye cualquier modalidad de incumplimiento, siendo los contratantes quienes determinan si la estipulación se aplica al no cumplimiento, al cumplimiento retrasado, o a la falta de conformidad, o a todos ellos (interpretación contractual); el artículo 1146 PC se preocupa de precisar los

c) El artículo 66.2 *in fine* PM prevé norma similar a la del artículo 1150 PC. Según el artículo 66.2 *in fine* PM, el Juez puede modificar en todo caso la suma estipulada si es notoriamente desproporcionada en relación con el daño efectivo. Debo llamar la atención sobre cierta diferencia expresiva entre los artículos 66.2 *in fine* PC y 1150 PC, de importante alcance. El artículo 66.2 PM dispone que la suma estipulada «podrá» ser modificada por el Juez, lo que ha de entenderse en el sentido de que la modificación es decisión discrecional (no arbitraria) del Juez (a petición de parte). El artículo 1150 PC ordena que «[e]l juez modificará», al igual que el artículo 1154 CC. Puede entenderse que, reunidos los requisitos dispuestos en el artículo 1150 PC, el Juez está obligado a modificar la pena (además, apreciación de oficio)<sup>510</sup>.

## IX. VALORACIÓN FINAL

[150] En la regulación de los remedios del incumplimiento (contractual), la *Propuesta civil* contiene importantes novedades comparado con la correspondiente normativa del Código civil. La *Propuesta civil* da expresa solución a cuestiones no reguladas en el Código civil sobre las que se han pronunciado los autores y el Tribunal Supremo; codifica líneas jurisprudenciales asentadas; normativiza ciertas interpretaciones doctrinales sobre las que posiblemente sea correcto decir que van siendo compartidas por un mayor

---

distintos tipos de incumplimiento en relación con los cuales puede estipularse una cláusula penal; en este precepto se emplea la expresión cumplimiento defectuoso, cuando en otros se emplea la de falta de conformidad (cfr. art. 1197 PC). b) Artículo 1147 PC: «La fijación convencional de la indemnización impide al acreedor exigir una cantidad mayor por el daño excedente, salvo que otro hubiera sido el pacto de las partes». MARÍN GARCÍA considera que el artículo 1147 PC «se antoja reiterativo porque recoge una consecuencia necesaria de la función liquidatoria propia de cualquier cláusula penal –la imposibilidad del acreedor de reclamar el daño excedente–. Su novedad radica en facultar a las partes para que alteren la regla de defecto y pacten que el deudor deba resarcir al acreedor perjudicado si la cuantía de la pena es inferior al daño sufrido. Tal regulación disiparía cualquier clase de duda que pudiera existir sobre la validez de este pacto» [*InDret* (2/2009) p. 6]. *Vid.* la nota que precede a esta.

<sup>510</sup> Señala ARANA DE LA FUENTE, que según una antigua y vigente línea jurisprudencial, el artículo 1154 CC contiene un deber para el juez de modificar la pena si se da el supuesto de hecho normativo, lo que ha de aplicar de oficio; hay otra línea jurisprudencial minoritaria que considera que en el artículo 1154 CC se regula una facultad del Juez y no un deber, y su aplicación exige que sea solicitada por aquel a quien interesa [*ADC* (2009) pp. 1613-1614]. GÓMEZ POMAR: «Desde tiempo casi inmemorial, el Tribunal Supremo repite que la moderación no es facultativa sino obligatoria en los casos de cumplimiento parcial, irregular o defectuoso (...). Lo no aclarado plenamente por la jurisprudencia del TS es cuándo el incumplimiento se calificará como parcial o irregular a los efectos de la moderación (...)» [*InDret* (3/2007) p. 29]. Considera que se trata de una obligación del juez (la de moderar): SCÆVOLA [«Artículos 1153, 1154 y 1155 CC» (1902) tomo XIX p. 839]. *Vid.* ESPÍN ALBA (1997) pp. 66-70.

número de autores. Bastantes de sus normas tienen su equivalente, o en la CISG, o/y en los Principios UNIDROIT, o/y PECL. Pero, todo esto no supone que la *Propuesta civil* constituya una brusca y total ruptura con el Derecho positivo, pues la comparación ha de hacerse con cómo se está aplicando e interpretando el Código civil, así como con las propuestas de reforma que los autores proponen.

La *Propuesta civil* supone, ante todo, una puesta al día de la regulación de los remedios por el incumplimiento contractual, que valorándola en términos genéricos considero adecuada, sin perjuicio de la oportunidad de algunas modificaciones que he apuntado, en esta fase de debate público.

[151] La *Propuesta mercantil* también se ubica en la línea de la actualización normativa de los remedios del acreedor por el incumplimiento contractual del deudor, siendo de menor alcance que la de la *Propuesta civil*.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 12.<sup>a</sup> ed., ed. Edisofer, Madrid (2004).
- ALBIEZ DOHRMANN, Jochen (dir.): *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, coords. M.<sup>a</sup> Luisa Palazón Garrido/M.<sup>a</sup> del Mar Méndez Serrano, ed. Atelier, Barcelona (2011).
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: *La cláusula rebus sic stantibus*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (2003).
- 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», *InDret* (4/2010) 19 pp.
- «La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria», *ADC* (2009) pp. 1579-1686.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «Artículo 1154 CC», *Comentarios al Código civil*, dir. Andrés Domínguez Luélmo, ed. Lex Nova, Valladolid (2010) pp. 1281-1283.
- BADOSA COLL, Ferran: «Artículo 1098 CC», *Comentario del Código civil*, tomo II, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid (1993) pp. 28-30.
- «Artículo 1185 CC», *Comentario del Código civil*, tomo II, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid (1993) pp. 261-263.
- BARROS BOURIE, Enrique: «Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid (2009) pp. 11-78.
- BECH SERRAT, Josep Maria: «Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias», *InDret* (1/2010) 48 pp.

- BLASCO GASCÓ, Francisco de P.: «La imputación objetiva en el pensamiento jurídico del Prof. Vicente L. Montés Penadés», *Estudios jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, tomo I, coords. Francisco de P. Blasco Gascó/Mario E. Clemente Meoro/Francisco Javier Orduña Moreno/Lorenzo Prats Albertosa/Rafael Verdera Server, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (2011) pp. 323-347.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Artículo 28 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Civitas, Madrid (1998) pp. 229-234.
- «Artículo 1153 CC», *Comentario del Código Civil*, tomo II, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid (1993) pp. 159-160.
- «Artículo 1154 CC», *Comentario del Código Civil*, tomo II, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid (1993) pp. 160-161.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: «Artículo 71 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 560-568.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (2010).
- «Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina», *InDret* (1/2006) 27 pp.
- «Comentario del artículo 1101 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dir. Manuel Albaladejo, tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 al 1124 del Código civil, ed. Edersa, Madrid (1989) pp. 630-666.
- «Comentario del artículo 1106 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dir. Manuel Albaladejo, tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 al 1124 del Código civil, ed. Edersa, Madrid (1989) pp. 666-709.
- «Comentario del artículo 1107 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dir. Manuel Albaladejo, tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 al 1124 del Código civil, ed. Edersa, Madrid (1989) pp. 709-752.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español común y foral*, tomo II, vol. 1, 4.ª ed., Madrid (1939).
- CASTILLA BAREA, Margarita: *La imposibilidad de cumplir los contratos*, ed. Dykinson, Madrid (2000).
- CLEMENTE MEORO, Mario E.: «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación española», *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LXV, núm. 2131, mayo de 2011, 16 pp.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN CIVIL): «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa», *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)* (mayo de 2005) núm. 1988 pp. 108-124.
- «Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LXIII (enero de 2009) suplemento.
- «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», Gobierno de España/Ministerio de Justicia (2009) (además de la Propuesta publicada por el Ministerio de Justicia en su *Boletín* de enero de 2009, Suplemento, incluye la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del

- Código civil en materia de contrato de compraventa publicada por el Ministerio de Justicia en su *Boletín* de mayo de 2005).
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN (SECCIÓN MERCANTIL): «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la parte General sobre Contratos mercantiles», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LX, (1 de febrero de 2006) núm. 2006, pp. 605-618.
- COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW: *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, Prepared by the Commission on European Contract Law, Ole LANDO/Hugh BEALE (ed.), The Hague, Kluwer Law International (2000). Esta obra está traducida al español: *Principios de Derecho contractual europeo (los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, Partes I y II, a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo, Fernando Martínez Sanz, Colegios Notariales de España (2007).
- DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: «El contrato de servicios y la propuesta de modernización del Código civil español», *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LXV, núm. 2134 (septiembre de 2011) 17 pp.
- DE CASTRO VÍTORES, Germán: *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, ed. Dykinson (2009).
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, ed. Civitas (1971), ed. fac. (1985).
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual», *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones*, coord. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, 2.ª ed. Colex (2008) pp. 183-228.
- DE VRIES, Gerard: «Right to Specific Performance: Is There a Divergence between Civil-and Common-Law Systems and, If So, How Has It Been Bridged in the DCFR?», *ERPL*, vol. 17, núm. 4 (2009) pp. 581-597.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: José Luis Lacruz Berdejo/Francisco de Asís Sancho Rebullida/Jesús Delgado Echeverría/Francisco Rivero Hernández, *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, *Parte General, Delito y Cuasidelito*, 2.ª ed., ed. Librería Bosch (1985) Barcelona.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: «La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LXV, núm. 2130 (abril de 2011) 9 pp.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6.ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2008).
- *El escándalo de daño moral*, ed. Thomson/Civitas, Cizur Menor (2008).
- «Commodum ex negotiatione», *ADC* (2007) pp. 1601-1617.
- «Reforma de los Códigos y Derecho Europeo», *ADC* (2003) pp. 1565-1574.
- «Artículo 61 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid, (1998) pp. 492-496.
- «Artículo 62 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 496-499.
- «Artículo 64 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid, (1998) pp. 502-508.
- DÍEZ-PICAZO, Luis/ROCA TRÍAS, E./MORALES, A.M.: *Los principios del Derecho europeo de contratos*, ed. Civitas, Madrid (2002).
- DURÁN RIVACOBA, Ramón: «Apunte sobre la propuesta de reforma del Derecho de obligaciones y contratos», *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, coords. José Carlos Sánchez González/Francisco Javier Gardeazábal del Río/

- Pedro José Garrido Chamorro, ed. Civitas/Consejo General del Notariado/Thomson (2010) pp. 219-253.
- EBERS, Martín: «La reforma y europeización del Derecho alemán de obligaciones», *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, coords. Ferran Badosa Coll/Esther Arroyo i Amayuelas, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (2006) pp. 40-78.
- ESPÍN ALBA, Isabel: *La cláusula penal: especial referencia a la moderación de la pena*, ed. Marcial Pons (1997).
- FENOY PICÓN, Nieves: «El incumplimiento contractual y sus remedios en la Propuesta Española de Modernización del Código Civil de 2009», *Incumplimiento contractual, Nuevas perspectivas*, coord. Íñigo de la Maza Gazmuri, Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho Privado VII, ed. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho (2011) pp. 27-46.
- «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento» *ADC* (2010) pp. 47-136.
- «Artículo 1486 CC», *Comentarios al Código civil*, dir. Andrés Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova, Valladolid (2010) pp. 1620-1623.
- «Sentencia de 5 de junio de 2008: Lucro cesante: el beneficio (neto) de la venta; Lucro cesante: la pérdida de volumen del negocio: el vendedor puede llevar a cabo la venta frustrada por el incumplimiento del comprador y la posterior venta en la que el vendedor enajenó la máquina destinada a cumplir la primera venta. Interés positivo. En el tráfico mercantil, el fin de la actividad económica es la obtención del beneficio empresarial, por lo que la frustración de una venta necesariamente acarrea la pérdida de su beneficio. Daño emergente. Art. 1106 CC. Venta de reemplazo. Sistema abstracto de valoración de los daños», *CCJC*, núm. 80, mayo-agosto (2009) pp. 571-590.
- «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores», *ADC* (2009) pp. 157-280.
- *El sistema de protección del comprador*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid (2006).
- «Comentario a la STS de 10 de julio de 2003: Ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria del artículo 1124 CC; Incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador; Inexistencia de vicios ocultos; Incumplimiento resolutorio: incumplimiento esencial», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 68, mayo-agosto (2005) pp. 509-555.
- «Comentario a la de STS de 14 de abril de 1998: Contrato verbal; atípico, con grandes analogías con el arrendamiento *ad meliorandum* o *ad aedificandum*, y mixto; oneroso pero con un importante componente de liberalidad; plazo de duración de la relación obligatoria: no determinado; denuncia del contrato; acción reivindicatoria; gastos de construcción; gastos necesarios y no gastos útiles; derecho de retención, posesión de buena fe», *CCJC*, núm. 48, septiembre-diciembre (1998) pp. 1075-1095.
- *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España Centro de Estudios Registrales, Madrid (1996).
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Miguel Ángel: *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Iurgium, Madrid (2001).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos: «La Cláusula Rebus Sic Stantibus (Comentario a la sentencia de 17 de mayo de 1957)», *ADC* (1958) pp. 1267-1275.

- FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón: «La formación del contrato en la propuesta para la modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LXV, núm. 2131, mayo de 2011, 18 pp.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Artículos 1484 a 1490 CC», *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XIX, artículos 1445 al 1541 del Código civil, 2.ª ed., Madrid (1991) pp. 361-394.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid (1852) [al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Zaragoza (1974)].
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *ADC* (2010) pp. 1621-1642. También publicado en *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LXV, núm. 2130, abril de 2011, 15 pp.
- «Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», *Derecho de daños*, Fundación coloquio Jurídico Europeo, Madrid (2009) pp. 79-133.
  - «La ejecución forzosa de la obligación derivada del precontrato en la Ley de enjuiciamiento civil. Algunas cuestiones», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, ed. Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2003) pp. 1881-1902.
- GÓMEZ CALLE, Esther: «Artículo 162 TRLGDCU», *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex (2011) pp. 1374-1398.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret* (3/2007) 49 pp.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: «Daños indemnizables en el derecho contractual inglés: hacia una revisión de la remoteness rule», *ADC* (2011) pp. 125-156.
- «*The Achilles: La Remoteness Rule* sometida a debate en la *House of Lords*», *Incumplimiento contractual: nuevas perspectivas*, coord. Iñigo de la Maza Gazmuri, Cuadernos de análisis jurídico, Colección Derecho privado, VII, ed. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho (2011) pp. 295-311.
- HONNOLD, John O.: *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid (1987 de la trad.).
- JEREZ DELGADO, Carmen: *La anulación del contrato*, ed. Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2011).
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «La responsabilidad del mayor daño sufrido por el acreedor pecuniario a causa de la mora del deudor», *ADC* (2010) pp. 753-806.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis/SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: José Luis Lacruz Berdejo/Francisco de Asís Sancho Rebullida/Jesús Delgado Echeverría y Francisco Rivero Hernández, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1.º, *Parte General, Delito y Cuasidelito*, 2.ª ed., Barcelona (1985).
- LAMARCA MARQUÉS, Albert (dir.): *Código civil alemán y Ley de introducción al Código civil. Bürgerliches Gesetzbuch, traducción*, ed. Marcial Pons (2008).

- LANDO, Ole/CLIVE, Eric/PRÜM, André/ZIMMERMANN, Reinhard: *Principles of European Contract Law, Part III*, ed. Kluwer Law International, London (2003). Esta obra está traducida al español, *Principios de Derecho contractual europeo, Parte III*, (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo») ed. Ole Lando/Hugh Beale, ed. española a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Emdid Irujo, Fernando Martínez Sanz, ed. Colegios Notariales de España (2007).
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Artículo 1108 CC», *Comentarios al Código civil*, dir. Andrés Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova, Valladolid (2010) pp. 1221-1224.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Algunas reflexiones sobre el daño moral contractual. Especial alusión a la venta de viviendas», *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. II, coords. Joan Manuel Abril Campoy/M.<sup>a</sup> Eulalia Amat Llari, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (2006) pp. 1715-1738.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: «Artículo 45 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 405-414.
- «Artículo 46 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 414-423.
- «Artículo 47 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 423-426.
- «Artículo 48 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 427-434.
- «Artículo 49 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 435-444.
- «Artículo 50 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 444-455.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: «Artículos 1152 y 1153 CC», *Comentarios al Código civil español*, con la colaboración de varios juristas y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas, tomo VIII, Madrid (1901) pp. 222-227.
- «Artículos 1484, 1485 y 1486 CC», *Comentarios al Código civil español*, con la colaboración de varios juristas y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas, tomo X, Madrid (1905) pp. 206-217.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio: «La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret* (2/2009) 17 pp.
- MARKESINIS, Basil S./UNBERATH, Hannes/JOHNSTON, Angus: *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2 ed., Hart Publishing (2006).
- MARTÍN CASALS, Miquel/SOLÉ FELIU, Josep: «Comentario a la STS de 31 de octubre de 2002: Responsabilidad decenal. Ruina funcional. Daños morales derivados de incumplimiento contractual. Daño moral derivado de la lesión de bienes inmateriales», *CCJC*, núm. 61 (2003) pp. 245-269.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M.<sup>a</sup>: *La alteración de las circunstancias contractuales. Un análisis jurisprudencial*, ed. Thomson/Civitas, Madrid (2003).
- McKENDRICK, Ewan: *Contract Law*, 8th ed., Palgrave Macmillan (2009).
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Artículo 7.1 CC», *Comentario del Código civil*, tomo I, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo Ponce de

- León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid (1993) pp. 37-56.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo: «El sistema de remedios para el caso de imprevisión o cambio de circunstancias», *Incumplimiento contractual: Nuevas Perspectivas*, coord. Íñigo de la Maza Gazmuri, Cuadernos de análisis jurídico, Colección de Derecho Privado VII, ed. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho (2011) pp. 83-105.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente: «Artículo 81 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 660-670.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Indemnización del lucro cesante en caso de incumplimiento del contrato», *Incumplimiento contractual: nuevas perspectivas*, coord. Íñigo de la Maza Gazmuri, Cuadernos de análisis jurídico, Colección Derecho privado, VII, ed. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho (2011) pp. 263-293.
- «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos en el marco del Derecho europeo», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, dir. Klaus Jochen Albiez Dohrmann, coords. M.<sup>a</sup> Luisa Palazón Garrido/M.<sup>a</sup> del Mar Méndez Serrano, ed. Atelier, Barcelona (2011) pp. 400-422.
  - *Incumplimiento del contrato y lucro cesante. Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número por el Excmo. Sr. D. Antonio Manuel Morales Moreno y contestación del Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León*, Madrid (2010).
  - «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», *La modernización del Derecho de obligaciones*, ed. Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006) pp. 17-54.
  - «Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria», *La modernización del Derecho de obligaciones*, ed. Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) pp. 55-92.
  - «El derecho a la reparación o sustitución de la cosa no conforme y la naturaleza de la obligación del vendedor», *La modernización del Derecho de obligaciones*, ed. Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006) pp. 189-202.
  - «Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: La compraventa», *ADC* (2003) pp. 1609-1651.
  - «Artículo 1486 CC», *Comentario del Código civil*, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, tomo II, Ministerio de Justicia, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid (1993) pp. 959-962.
  - «Artículo 1490 CC», *Comentario del Código civil*, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, Ministerio de Justicia, tomo II, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid (1993) pp. 967-970.
- NIETO ALONSO, Antonia: «Daños morales derivados del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una obligación contractual. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *ADC* (2006) pp. 1115-1197.
- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa: «El remedio resolutorio en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones en España: un estudio desde el Derecho Privado europeo», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, dir. Klaus Jochen Albiez Dohrmann, coord.

- M.<sup>a</sup> Luisa Palazón Garrido/M.<sup>a</sup> del Mar Méndez Serrano, ed. Atelier, Barcelona (2011) pp. 423-447.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Artículo 78 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo, ed. Civitas (1998) pp. 628-634.
- «Artículo 74 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 579-609.
- «Las nuevas bases de responsabilidad contractual» *ADC* (1993) pp. 1719-1745.
- «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC* (1991) pp. 1019-1091.
- «Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación», *Centenario del Código civil*, Asociación de Profesores de Derecho civil, tomo II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid (1990) pp. 1561-1591.
- «Resolución por incumplimiento e indemnización», *ADC* (1989) pp. 1143-1168.
- PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan: *La protección aquiliana del Derecho de Crédito*, Fundación Benficientia et Peritia Iuris, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid (2005).
- PISULINSKI, Jerzy/ZOLL, Fryderick/SZPUNAR, Maciej: «Article 8:301 ACQP», *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract II, General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Sellier, European Law Publishers, Munich (2009) pp. 411-420.
- PUIG BRUTAU, José: Traducción y comentario de Derecho español a la obra *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza* de Lon L. Fuller y William R. Perdue, ed. Bosch, Barcelona (1957).
- PUYALTO FRANCO, María José: «Algunas reflexiones a propósito de la modernización de la legislación mercantil en materia de contratos», *La codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, dir. Carles E. Florensa i Tomàs, coord. Josep M. Fontanelles Morell, ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires (2011) pp. 535-549.
- ROCA TRÍAS, Encarnación: «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LXV, núm. 2132 (junio de 2011) 23 pp.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María: «La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual», *RJUAM*, núm. 15 (2007) pp. 239-263.
- «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)», *ADC* (2003) pp. 829-848.
- «La reparación del daño moral en el marco del futuro Derecho contractual europeo», *Estudios en Homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, coords. Albertosa del Río/Moliner Navarro, vol. II, Universitat de València (2008) pp. 937-968.
- RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: «La propuesta de anteproyecto de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos. Diferencias y similitudes en el cumplimiento», *Revista jurídica del notariado*, núm. 76 (2010) pp. 271-300.
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel: «Sobre la Cláusula Penal en el Código civil», *ADC* (1993) pp. 511-587.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert: «Artículo 1185 CC», *Comentarios al Código civil*, dir. Andrés Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova, Valladolid (2010) pp. 1318-1319.

- SALVADOR CODERCH, Pablo: «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos», *InDret* (4/2009) 60 pp. También publicado en *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LXV, núm. 2130 (abril de 2011) 48 pp.
- «Comentario del artículo 79 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 635-656.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», trabajo publicado en este mismo *ADC* [*ADC* (2011) fascículo IV]; agradezco a la autora su amabilidad en haber podido consultarlo; lo cito indicando el año (2011) y el correspondiente apartado del trabajo.
- «The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CISG in Case of Hardship and the Use of the Unidroit Principles», *ERPL* (1-2011) pp. 144-153.
- «Artículo 1124 CC», *Comentarios al Código civil*, dir. Andrés Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova, Valladolid (2010) pp. 1247-1251.
- «Artículo 1503 CC», *Comentarios al Código civil*, dir. Andrés Domínguez Luelmo, ed. Lex Nova, Valladolid (2010) pp. 1638-1639.
- *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Fundación Benificencia et Peritia Iuris, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid (2004).
- «La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea», *ADC* (2002) pp. 1115-1132.
- SÁNCHEZ CASTRO, Juan David: «El cumplimiento por equivalente: ¿un modo de evitar los requisitos imprescindibles en toda pretensión indemnizatoria?», *ADC* (2010) pp. 1725-1787.
- SCÆVOLA, Mucius Q.: «Artículos 1153, 1154 y 1155 CC», *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la edición oficial*, tomo XIX, Madrid (1902) pp. 830-840.
- «Artículo 1486 CC», *Código civil concordado y comentado extensamente con arreglo á la edición oficial*, tomo XXIII, Madrid (1906) pp. 614-626.
- SCHULZE, Reiner: «El *acquis communautaire* y el marco común de referencia para el derecho contractual europeo», *Principios de Derecho contractual europeo y principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales. Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007*, ed. Dykinson, Madrid (2009) pp. 51-61.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «La extensión de la obligación de indemnizar: algunas reflexiones en torno al art. 1107 CC», *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, coords. Francisco de P. Blasco Gascó/Mario E. Clemente Meoro/Francisco Javier Orduña Moreno/Lorenzo Prats Albentosa/Rafael Verdura Server, tomo II, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (2011) pp. 2489-2506.
- SOLÉ FELIU, Josep: «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español», *InDret* (1/2009) 42 pp.
- SOLER PRESAS, Ana: «El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de noviembre de 1994)», *ADC* (1995) pp. 951-969.
- *La Valoración del daño en el Contrato de Compraventa*, ed. Aranzadi, Pamplona (1998).

- «Artículo 77 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Civitas, Madrid (1998) pp. 621-628.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE: *Principles of European Law. Sales (PEL S)*, prepared by Ewoud Hondius/Viola Heutger/Christoph Jeloschek/Hanna Sivesand/Aneta Wiewiorowska, Sellier, Munich (2008).
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, ed. by Christian von Bar/Eric Clive, vol. I, ed. Sellier, Munich (2009). Cit. VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) I.
- TORRELLES TORREA, Esther: «Artículo 117 TRLGDCU», *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 1080-1086.
- «Artículo 119 TRLGDCU», *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 1090-1097.
- «Artículo 120 TRLGDCU», *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 1097-1105.
- UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado): *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*, Roma (2004), versión española bajo la dirección de Alejandro A.M. Garro, ed. Thomson/Aranzadi. Cit. Principios UNIDROIT (2004).
- VAQUER ALOY, Antoni: «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?», *ADC* (2011) pp. 5-39; también publicado en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, dir. Klaus Jochen Albiez Dohrmann, coords. M.<sup>a</sup> Luisa Palazón Garrido/M.<sup>a</sup> del Mar Méndez Serrano, ed. Atelier, Barcelona (2011) pp. 369-399.
- VELASCO, A.: «La prestación agobiante en las obligaciones de carácter mercantil», *RDM*, vol. 5, núm. 5 (1948) pp. 431-437.
- VERDERA SERVER, Rafael: *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia (1995).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro: «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos español», *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 16 (julio de 2011) pp. 243-302.
- *La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código civil*, ed. Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso (2006).
- «La gestión razonable de los efectos del incumplimiento en la compraventa internacional», *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. 18, núm. 1, Valdivia (2005).
- «La noción de persona razonable en la compraventa internacional», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, ed. Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2003) pp. 3277-3306.
- VIGURI PEREA, Agustín: *Los contratos comerciales internacionales. Análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho comparado (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios UNIDROIT y Convención de*

- Viena), ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (2007).
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: «Criterios de Imputación en la responsabilidad contractual», *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LXV, núm. 2132 (junio de 2011) 9 pp.
- ZIMMERMANN, Reinhard: «Los medios de tutela en caso de incumplimiento, considerados desde el trasfondo de los Principios de Derecho Contractual Europeo», *El nuevo Derecho alemán de obligaciones: un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, traducción de Esther Arroyo y Amayuelas, ed. Bosch, Barcelona (2005) (2008 de la trad.) pp. 41-86. Cit. «Los medios de tutela».
- «La evolución de la responsabilidad por falta de conformidad en el Derecho alemán de la compraventa», *El nuevo Derecho alemán de obligaciones: un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, traducción de Esther Arroyo y Amayuelas, ed. Bosch, Barcelona (2005) (2008 de la trad.) pp. 87-137. Cit. «La evolución de la responsabilidad».
- «El nuevo derecho alemán sobre la prescripción y el capítulo 14 de los Principios de Derecho Contractual Europeo», *El nuevo Derecho alemán de obligaciones: un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, traducción de Esther Arroyo y Amayuelas, ed. Bosch, Barcelona (2005) (2008 de la trad.) pp. 139-181. Cit. «El nuevo derecho alemán sobre la prescripción».
- ZWEIGERT, Konrad/KÖTZ, Hein: *An Introduction to Comparative Law*, translated from the German by Tony Weir, 3rd. rev. ed., Oxford, Clarendon.

# La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno? \*

LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA \*\*

Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*Este trabajo analiza el régimen jurídico de la resolución por incumplimiento en la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos elaborada por la Comisión General de Codificación. Se compara la Propuesta con la Convención de Viena de Compraventa internacional de Mercaderías, los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, los Principios de derecho contractual europeo y el proyecto de Marco Común de Referencia. El tratamiento que recibe la resolución por incumplimiento en la Propuesta es correcto, pero puede ser mejorado en algunos aspectos.*

## PALABRAS CLAVE

*Incumplimiento. Remedios. Resolución por incumplimiento esencial. Resolución tras el transcurso del plazo adicional. Incumplimiento anticipado. Notificación de la resolución. Efectos de la resolución.*

---

\* Este trabajo tiene su origen en la ponencia pronunciada en el *I Colloque franco-espagnol sur le Droit des Obligations. Les avant-projets de réforme du Droit des Obligations*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, los días 17 y 18 de febrero de 2011.

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

**ABSTRACT**

*This paper analyses the legal framework of the termination for non-performance in the Proposal to Modernize the Law of Obligations and Contracts prepared by the Spanish Law Commission. The essay compares it with the Vienna Convention on International Sale of goods, the Unidroit Principles of international commercial contracts, the Principles of European Contract Law and the draft of Common Frame of Reference. The treatment of the termination for non-performance in the Proposal is in general terms correct and portrays a modern regulation. There is nevertheless room for improvement in some aspects.*

**KEYWORDS**

*Non-performance. Remedies. Termination for non-performance. Termination for fundamental non-performance. Termination after fixing additional time for performance. Anticipated non-performance. Notice of termination. Effects of termination.*

**SUMARIO:** I. *Introducción.*—II. *El significado de la resolución por incumplimiento:* 1. La resolución como remedio legal frente al incumplimiento. 2. La resolución por incumplimiento y su relación con el resto de remedios: 2.1 La elección del remedio por el acreedor (el denominado *ius electionis*) y la compatibilidad de la resolución con el remedio indemnizatorio. 2.2 El *ius variandi* del acreedor.—III. *¿Cuándo procede la resolución?: los incumplimientos resolutorios:* 1. El incumplimiento resolutorio en el CC. 2. Los incumplimientos resolutorios en la Propuesta de modernización: 2.1 Noción unitaria y neutra de incumplimiento. 2.2 La resolución por incumplimiento esencial. 2.3 La resolución por transcurso infructuoso del plazo adicional para cumplir. 2.4 La resolución por riesgo patente de incumplimiento.—IV. *¿Cómo hay que proceder para resolver el contrato?: el ejercicio de la resolución.*—V. *Los efectos de la resolución:* 1. Los efectos liberatorios. 2. Los efectos restitutorios.—VI. *Valoración de la Propuesta. ¿Lo mejor es enemigo de lo bueno?*

**I. INTRODUCCIÓN**

A finales de 2009, el Ministerio de Justicia publicó la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, elaborada por la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación (en adelante, la Propuesta o PMDOC)<sup>1</sup>. En dicha Propuesta, el título dedicado a las obligaciones, tiene un capítulo consagrado al incumplimiento, que se inicia con una sección que contiene las «Disposiciones generales», seguida de otras cuatro

<sup>1</sup> Comisión General de Codificación. Sección de Derecho civil, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, 2009.

secciones destinadas a cada uno de los remedios contractuales (acción de cumplimiento, reducción del precio, resolución por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios).

En el presente escrito, pretendo realizar un análisis crítico de estas normas de la Propuesta de modernización sobre incumplimiento; más concretamente, de la regulación que se propone del remedio resolutorio. Para ello voy a tener en cuenta de dónde partimos —es decir, el Código civil español de 1889 y su evolución jurisprudencial a lo largo de más de un siglo de aplicación— y adónde hemos querido llegar, lo que me lleva a analizar no sólo la Propuesta, sino también las tendencias del moderno derecho de contratos que han servido de inspiración a los redactores de la misma. De hecho, en la exposición de motivos de la Propuesta se plantea, como uno de sus objetivos, la aproximación del derecho español a este nuevo derecho contratos<sup>2</sup>, constituido, básicamente, por la Convención de Viena de 1980, de compraventa internacional de mercaderías (en adelante, CISG), los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante, Principios UNIDROIT) y los Principios de Derecho Contractual Europeo (en adelante, PECL).

Puedo anticipar ya que, en la materia que me ocupa, la Propuesta de modernización supone, sin ninguna duda, un importante paso hacia delante, que contrasta con la actual redacción del Código civil. La Propuesta proporciona un tratamiento del incumplimiento y sus remedios muy satisfactorio. Ahora bien, el hecho de que valore muy positivamente la Propuesta no impide que, en un análisis detallado, realice ciertas sugerencias que creo que mejorarían la regulación de la resolución por incumplimiento y del incumplimiento en general, de ahí la pregunta que titula este trabajo: ¿acaso lo mejor es enemigo de lo bueno?

---

<sup>2</sup> *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Exposición de motivos, p. 19. Luis Díez-PICAZO, «La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos (una presentación)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, 2011, pp. 2 y 3.

Téngase en cuenta que, por las fechas de elaboración de la propuesta (1994 a 2008), sus redactores no tuvieron en cuenta el proyecto de Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR) que se publicó en 2009 ni, por supuesto, el informe publicado en mayo de 2011 por el Grupo de expertos en Derecho contractual europeo, que ha elaborado un estudio sobre la viabilidad de un derecho de contratos europeo para consumidores y usuarios [Expert Group on European Contract Law, *Feasibility study for a future instrument in European Contract Law*, disponible en [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility\\_study\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf) (visitado el 9 de octubre de 2011)]. Dicho estudio presenta una interesante propuesta de regulación del contrato de compraventa y de los contratos de servicios asociados al contrato de compraventa (instalación y mantenimiento) cuando se celebran entre empresarios o entre un empresario y un consumidor. Recientemente se ha publicado la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, de 11 de octubre de 2011 (en adelante, CESL).

Para cumplir con el objetivo propuesto, he estructurado el estudio en cuatro apartados. En el primero de ellos, me ocupo del significado de la resolución por incumplimiento; de su ubicación, como un remedio que la ley ofrece al acreedor en caso de incumplimiento, y de su encaje en el sistema de responsabilidad contractual diseñado en la Propuesta. El segundo apartado está dedicado al incumplimiento resolutorio, es decir, a las características que debe reunir el incumplimiento para que el acreedor disponga del remedio resolutorio o, dicho en otras palabras, a determinar cuáles son las causas por las cuales se puede proceder a la resolución. El tercero determina qué procedimiento debe seguirse para que opere la resolución, es decir, cuál es el modelo de resolución que se contempla en la Propuesta de modernización. Para finalizar, en el apartado cuarto, expongo cuáles son los efectos de la resolución según la Propuesta y, finalmente, formulo unas conclusiones acerca de la posibilidad de replantear alguno de los aspectos regulados en la Propuesta.

## II. EL SIGNIFICADO DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Hay que reconocer que el Código civil de 1889 presenta importantes deficiencias en la denominada «responsabilidad contractual», entendida en sentido amplio; es decir, en la reglamentación del incumplimiento y los remedios que el ordenamiento pone a disposición del perjudicado por el mismo<sup>3</sup>. De hecho, el Código civil español, al igual que otros códigos decimonónicos, no contiene una regulación ordenada del incumplimiento, y los remedios frente al mismo aparecen regulados de forma asistemática. Como ejemplo para ilustrar esta afirmación, baste señalar el caso de la resolución por incumplimiento, que se regula en un único precepto, el artículo 1124, que se encuentra ubicado entre las obligaciones condicionales<sup>4</sup>. Por este motivo, una de las líneas básicas de la Propuesta está constituida por la reforma planteada en esta materia; concretamente, se contempla un sistema de responsabilidad contractual basado en una noción unitaria de incumplimiento y se establece un régimen articulado de remedios frente al mismo. Según la Propuesta, hay incumplimiento cuando el deudor «no realiza exactamente la prestación principal o cualquiera otro de los deberes que de la relación obligatoria

<sup>3</sup> *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Exposición de motivos, p. 22.

<sup>4</sup> Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 1103, lo califica como el precepto más importante del derecho de contratos español.

resulten»<sup>5</sup>. Ante esta situación, el acreedor puede acudir a los remedios que le ofrece el ordenamiento, que, según el artículo 1190 PMDOC, son: la pretensión de cumplimiento (*vid.* arts. 1192 a 1196), la reducción del precio (arts. 1197 y 1198), la resolución del contrato (arts. 1199 a 1204) y la indemnización de daños y perjuicios (arts. 1205 a 1212)<sup>6</sup>. Junto a ellos, el artículo 1191 PMDOC contempla la figura de la suspensión de la ejecución de la propia prestación hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Téngase en cuenta, no obstante, que esta nueva forma de contemplar el incumplimiento y los remedios no es novedosa, sino que está inspirada claramente en la CISG (aunque referida exclusivamente al contrato de compraventa), en los Principios UNIDROIT<sup>7</sup> y en los PECL<sup>8</sup> (posteriormente, se ha mantenido en el DCFR)<sup>9</sup>.

Es importante resaltar que el hecho de que, en el sistema concebido por la Propuesta, todos los remedios tengan como presupuesto el incumplimiento no significa que todos ellos concurren en cualquier supuesto de incumplimiento, puesto que cada uno tiene sus propios presupuestos de ejercicio<sup>10</sup>. También es relevante tener en cuenta que aunque ninguno de los remedios que aparecen en la Propuesta resulta totalmente novedoso para el derecho español, lo cierto es que su diseño, en algunos casos, dista mucho del que se le dio en el Código civil en 1889<sup>11</sup>. Así, por ejemplo, según la Propuesta, la pretensión de

<sup>5</sup> Artículo 1188 PMDOC.

<sup>6</sup> *Vid. Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, cit., Exposición de motivos, VIII, pp. 22 y 23.

<sup>7</sup> El capítulo 7 está dedicado al incumplimiento y contempla como remedios frente al mismo: la suspensión del cumplimiento (art. 7.1.3), el derecho a reclamar el cumplimiento (arts. 7.2.1 a 7.2.5), la resolución (arts. 7.3.1 a 7.3.5) y el resarcimiento (arts. 7.4.1 a 7.4.13).

<sup>8</sup> El capítulo 8, dedicado al incumplimiento y a los remedios en general, comienza declarando que, en caso de incumplimiento de una obligación por una de las partes, la otra puede acudir a cualquiera de los remedios previstos en el capítulo 9 para el caso de incumplimiento [art. 8:101 (1)]. Dichos remedios son: el derecho al cumplimiento (arts. 9:101 a 9:103), el derecho a suspender el cumplimiento (art. 9:201), el derecho a resolver el contrato (arts. 9:301 a 9:309), el derecho a la reducción del precio (art. 9:401), y el derecho a la indemnización de daños y perjuicios (arts. 9:501 a 9:510). Cuando se está en presencia de un incumplimiento excusable conforme a lo previsto en el art. 8:108, queda excluido el recurso al cumplimiento y a la indemnización de daños y perjuicios [art. 8:101 (2)].

<sup>9</sup> El DCFR dedica el capítulo 3 del libro III sobre las obligaciones a los remedios frente al incumplimiento. El III.-3:101 dispone que, ante el incumplimiento de una obligación, el acreedor dispone de los remedios previstos en dicho capítulo [III.-3:101 (1)]. Los remedios son: el derecho a reclamar el cumplimiento (III.-3:301 a 3:303), el derecho a suspender el cumplimiento de la obligación recíproca (III.-3:401), la resolución (III.-3:502 a 3:514), el derecho a reducir el precio (III.-3:601), y el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios (III.-3:701 a 3:713). Tratándose de un incumplimiento excusable, el acreedor dispone de los remedios mencionados, exceptuando el derecho a exigir el cumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios [III.-3:101 (2)].

<sup>10</sup> *Vid.* Exposición de motivos, pp. 22 y 23.

<sup>11</sup> Ahora bien, también es importante reconocer que, a pesar de esta diferencia de diseño, una parte importante de la doctrina española y de las decisiones jurisprudenciales, claramente inspiradas en los textos internacionales que he mencionado, han sido capaces de realizar una interpretación correctora del Código civil y de aproximar el derecho espa-

cumplimiento contempla dos modalidades –la reparación y la sustitución–, que no aparecen en el texto codificado; la reducción del precio se contempla como un remedio general, mientras que el Código civil la concibe principalmente en el marco de las acciones edilicias (acción *quanti minoris*); y la suspensión del cumplimiento de la propia prestación, en la Propuesta, es un remedio sustantivo, mientras que su equivalente en el ordenamiento español actual es la *exceptio non adimpleti contractus*, de naturaleza claramente procesal.

## 1. LA RESOLUCIÓN COMO REMEDIO LEGAL FRENTE AL INCUMPLIMIENTO

Hoy ya nadie discute en España que la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1124 CC es un remedio legal frente al incumplimiento<sup>12</sup> y que su ubicación, en la sección primera del capítulo III, bajo la rúbrica «De las obligaciones puras y condicionales», es claramente desafortunada<sup>13</sup>. Además, la regulación que recibe esta figura, limitada al precepto mencionado, ha resultado ser insuficiente y ha planteado importantes problemas en su aplicación, dando lugar a una jurisprudencia muy numerosa y no precisamente unánime<sup>14</sup>. Todo ello ha desembocado en que la revisión de la figura de la resolución por incumplimiento en el derecho español se ha centrado, en primer lugar, en reubicarla y aclarar que se trata de un remedio legal frente al incumplimiento y, en segundo lugar, en desarrollar su régimen.

Así, con buen criterio y claramente inspirada en los textos del moderno derecho de obligaciones<sup>15</sup>, la PMDOC cambia de ubicación

---

ñol de contratos a este nuevo sistema de ordenación de los remedios. *Vid.* por todos, Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, que hace una breve y lúcida exposición de esta superación en las pp. 37-38 y 336; y Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, XLVI, 1993, pp. 1719-1745, p. 1727.

<sup>12</sup> Por todos, Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 812; Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., p. 1731; Mario CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1998, §§ 1 y 3; y Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., pp. 1103-1104.

<sup>13</sup> Encarna ROCA TRÍAS, «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2132, 2011, p. 5, llega a decir que el artículo 1124 CC es una norma extravagante en este contexto.

<sup>14</sup> Luis Díez-PICAZO, «La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos (una presentación)», cit., p.7, habla de una jurisprudencia proteica.

<sup>15</sup> *Vid.* sobre todo, los Principios UNIDROIT (arts. 7.3.1 a 7.3.6) y los PECL (arts. 9:301 a 9:309). Aunque la CISG también responde en cierta medida a esta estructura, presenta especialidades, al regular exclusivamente el contrato de compraventa.

Ultimamente, siguiendo la estela de los textos que le preceden, el DCFR dedica el libro III a las obligaciones y su capítulo III a los remedios frente al incumplimiento. Entre ellos se sitúa la resolución por incumplimiento (*termination*), regulada en III.-3:501 a 3:514.

la resolución por incumplimiento y la sitúa en el capítulo del incumplimiento, entre los remedios legales puestos a disposición del contratante perjudicado por el mismo<sup>16</sup>. Además, pretende ofrecer una regulación completa de esta figura, de tal manera que una de las secciones del capítulo dedicado al incumplimiento está destinada al remedio resolutorio (arts. 1199 a 1204), ocupándose allí de todos los aspectos relativos a la misma (causas de resolución, forma de ejercicio y efectos). De hecho, hay autores que llegan a afirmar que la regulación de la resolución es la parte más importante de la Propuesta<sup>17</sup>, que en general ha sido bien recibida por los especialistas en la materia<sup>18</sup>.

## 2. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y SU RELACIÓN CON EL RESTO DE REMEDIOS

Una vez establecido que la resolución es simplemente uno de los remedios de los que dispone el acreedor ante el incumplimiento del deudor, otra de las cuestiones que hay que analizar es la relación que ésta mantiene con el resto de los remedios que integran la responsabilidad contractual, entendida en sentido amplio.

### 2.1 La elección del remedio por el acreedor (el denominado *ius electionis*) y la compatibilidad de la resolución con el remedio indemnizatorio

En el derecho español actual, el artículo 1124 CC declara: «el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos». Dicho precepto se inspira en el artículo

<sup>16</sup> Respecto de la ubicación de la resolución, CLEMENTE MEORO resalta el hecho de que aparece situada en el régimen general de las obligaciones, cuando se trata de un remedio claramente contractual (Mario CLEMENTE MEORO, «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2131, 2011, p. 3).

<sup>17</sup> Como reconocen los trabajos que se van publicando sobre la Propuesta, se trata de la modificación más importante que contiene el proyecto de reforma (por todos, Luis Díez-PICAZO, «La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos (una presentación)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, 2011, p. 6 y Encarna ROCA TRÍAS, «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2132, 2011, p. 15).

<sup>18</sup> Véase Encarna ROCA TRÍAS, «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos», cit., p. 15 y Mario E. CLEMENTE MEORO, «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española», cit., p. 16.

1184 CC francés, que se expresa en unos términos muy similares<sup>19</sup>. De la lectura de este precepto se extraen dos conclusiones. La primera de ellas es que el Código civil contrapone el ejercicio de la resolución a la pretensión de cumplimiento o de ejecución forzosa<sup>20</sup>. Parece, por tanto, que, producido el incumplimiento, el acreedor ha de optar entre la resolución (si el incumplimiento reúne las características exigidas para que se trate de un incumplimiento resolutorio; *vid. infra* 2) o el cumplimiento del contrato; es lo que se conoce como *ius electionis*.

La segunda conclusión es que la indemnización de daños y perjuicios es compatible con el ejercicio del remedio resolutorio. La razón para reconocer la compatibilidad de ambos remedios es muy sencilla: la resolución tutela el interés del acreedor insatisfecho, permitiéndole recuperar los recursos invertidos en el contrato; a pesar de ello, con la resolución el acreedor no ve totalmente satisfecho el interés protegido por el contrato; eso sólo se consigue a través de la indemnización. Por este motivo, el derecho a la indemnización de daños y perjuicios queda vigente a pesar de la resolución del contrato.

Aunque sobre lo anterior hay consenso en la doctrina española, lo cierto es que ha existido una discusión acerca del interés indemnizable en caso de resolución. Durante un tiempo prevaleció la idea de que lo procedente era indemnizar el interés negativo (o interés de la confianza; es decir, el interés del contratante que resuelve el contrato en ser colocado en la misma situación en la que se encontraría si el contrato incumplido no se hubiera celebrado), basándose en que, con la resolución, se pretende volver a la situación anterior a la celebración del contrato<sup>21</sup>. Se consideraba que el contratante que opta por la resolución renuncia al cumplimiento, por lo que es incompatible con el interés positivo. En cambio, la doctrina hoy mayoritaria defiende que la resolución por incumplimiento es compatible con una indemnización que cubra el interés contractual positivo o interés de cumplimiento, colocando al contratante que opta por la resolución en la misma situación en la que se encontraría si el contrato se hubiera cumplido. La indem-

<sup>19</sup> Artículo 1184 CC francés: «La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts».

<sup>20</sup> Salvo en el caso de disconformidad en las ventas de bienes muebles de consumo, en las que la acción de resolución es subsidiaria de la de cumplimiento (art. 121 TRLGDCU). Vid. Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1104.

<sup>21</sup> Por todos, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario a la STS de 17 de junio de 1986», *CCJC*, núm. 11, 1986, pp. 3773- 3788, p. 3782 y Francisco JORDANO FRAGA, «Comentario a la STS de 26 de noviembre de 1987», *CCJC*, núm. 15, 1987, pp. 5183-5207, p. 5192.

nización cubre, por tanto, el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener: daño emergente y lucro cesante. La doctrina dominante considera que no hay contradicción entre resolver y reclamar el interés contractual positivo, pues no es cierto que el contratante que opta por resolver quiera que todo suceda como si el contrato no se hubiera celebrado<sup>22</sup>. La indemnización en este caso debe estar dirigida a permitir que el contratante que resuelve obtenga satisfacción por lo que MORALES MORENO ha denominado «interés en obtener o realizar la prestación al precio establecido en el contrato». Por eso, la indemnización se concreta en la operación de reemplazo y, además, en la reparación de otros posibles daños<sup>23</sup>.

La Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos afronta ambas cuestiones —el *ius electionis* del perjudicado por el incumplimiento y la compatibilidad de la resolución con el remedio indemnizatorio— de forma atinada y claramente inspirada en los textos del moderno derecho de contratos.

El primer acierto de la Propuesta se encuentra en la ubicación del artículo 1190 PMDOC, precepto que se ocupa de establecer los remedios disponibles. Este precepto forma parte de la sección dedicada a las disposiciones generales en el capítulo dedicado al incumplimiento, de tal forma, que, inmediatamente después de la definición del incumplimiento (art. 1188 PMDOC), aparecen los remedios frente al mismo<sup>24</sup>. El segundo acierto está en contemplar un abanico de remedios entre los que el acreedor puede elegir, siempre que se den los presupuestos de cada uno de ellos<sup>25</sup>. Así, como bien señala el artículo 1190 PMDOC, en caso de incumplimiento, el *ius electionis* del acreedor no se limita a los remedios de la resolución y el cumplimiento exclusivamente, sino que puede elegir entre: exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios (arts. 1205 a 1212). A ello hay que añadir lo dispuesto en el artículo 1191 PMDOC, que, en el caso de relaciones obligatorias sinalagmáticas, permite al acreedor suspender la ejecución de la propia prestación hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la

<sup>22</sup> Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Resolución por incumplimiento e indemnización», *ADC*, XLII, 1989, pp. 1143-1168, p. 1153 y «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., p. 1734; Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 816; Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, cit., pp. 43-44 y CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, p. 58.

<sup>23</sup> Antonio Manuel MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010, pp. 187 y 188.

<sup>24</sup> *Vid.* igualmente el artículo 8:101 (1) PECL y III.3:101 (1) DCFR.

<sup>25</sup> Álvaro VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 16, 2011, pp. 243-302, pp. 269-270 y p. 273.

contraprestación. La Propuesta ha optado por dejar que sea el acreedor el que elija entre todos los remedios cuál es el que más conviene a sus intereses, sin establecer una jerarquía entre ellos, al igual que los textos que le sirven de inspiración. Ahora bien, la Propuesta establece una importante excepción para los casos de falta de conformidad en el contrato de compraventa, puesto que en tal caso sí se organizan los remedios jerárquicamente, de tal forma que el comprador tiene que insistir en el cumplimiento antes de acudir al remedio resolutorio (*vid.* art. 1482 y ss.)<sup>26</sup>.

Por su naturaleza, resulta claro que ciertos remedios son incompatibles, por lo que el acreedor necesariamente ha de optar. Así, no puede pretender a la vez la resolución y el cumplimiento del contrato, o la resolución y la reducción del precio<sup>27</sup>. Sin embargo, la indemnización de daños y perjuicios admite un ejercicio conjunto con el resto de remedios. El propio artículo 1190 PMDOC declara expresamente la compatibilidad del remedio indemnizatorio con el resto de remedios (y lo reitera el art. 1205 PMDOC al iniciar la regulación de la indemnización de daños y perjuicios). Aunque no había ninguna duda, también en la regulación de la resolución el artículo 1202 PMDOC establece que, resuelto el contrato, el perjudicado por el incumplimiento tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que éste le haya causado. Ésta es la solución que ya contemplaba el Código civil español, y es la que hoy predomina en derecho comparado<sup>28</sup> y en los textos internacionales sobre derecho de contratos (CISG<sup>29</sup>, Principios UNIDROIT<sup>30</sup>, PECL<sup>31</sup> y DCFR<sup>32</sup>).

<sup>26</sup> Álvaro VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», cit., p. 274.

En la exposición de motivos se reconoce que, aunque la jerarquización de los remedios en el caso de la compraventa no está expresamente formulada, resulta del artículo 1485, y la razón para establecerla está en el intento de conservar el contrato y dar al vendedor la oportunidad de subsanar su incumplimiento (aunque éste tenga carácter esencial, añadido yo).

En el CESL, en los contratos celebrados entre empresarios, el vendedor tiene derecho a subsanar un cumplimiento defectuoso antes de que la otra parte pueda acudir a otros remedios, como la resolución del contrato o la reducción del precio. En los contratos entre empresario y consumidor, el consumidor dispone libremente de la opción entre exigir la reparación o la sustitución, el derecho a suspender el cumplimiento de su prestación, la resolución del contrato, la reducción del precio y la indemnización de daños y perjuicios.

<sup>27</sup> Luis DÍEZ-PICAZO, Encarna ROCA, Antonio Manuel MORALES, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 350.

<sup>28</sup> Así, ordenamientos que antes no lo admitían han procedido a su reconocimiento. Por ejemplo, ha sido incorporado al BGB en la reforma de 2001 (*vid.* § 325 BGB). Antes se consideraba que la resolución era incompatible con el remedio de la indemnización.

<sup>29</sup> Artículos 45 (2) y 75 CISG.

<sup>30</sup> Los Principios UNIDROIT declaran expresamente que el ejercicio de la resolución no excluye la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios [art. 7.3.5 (2)] y también establecen una norma concreta sobre indemnización en caso de resolución (art. 7.4.5).

<sup>31</sup> Arts. 8:102 y 9:506 PECL.

<sup>32</sup> Esta solución aparece consagrada también en el DCFR: III.-3:102, III.-3:509 y III.-3:706, III.-3:707.

Además, el artículo 1202 PMDOC, dando respuesta a una de las discusiones doctrinales, declara expresamente: «Se presume que el daño causado es como mínimo igual a los gastos realizados y al detrimento que sufra por las obligaciones contraídas en consideración al contrato resuelto», con lo que resulta evidente que los autores de la Propuesta optan por la solución de indemnizar el denominado interés positivo y establecen una presunción de daño provocado por el incumplimiento<sup>33</sup>.

## 2.2 El *ius variandi* del acreedor

Cuando el acreedor puede optar entre diferentes remedios, surge la cuestión de qué sucede una vez que ha elegido uno de ellos; concretamente, cabe preguntarse si puede cambiar de opinión y optar por otro de los remedios inicialmente disponibles o si, por el contrario, se encuentra vinculado por la elección hecha en un primer momento y no puede después abandonar la opción inicial y ejercitar otro remedio. Es lo que se conoce como *ius variandi*, cuya reglamentación debe tener en cuenta los intereses en juego. La seguridad del tráfico y la protección de los intereses del otro contratante exigen que el *ius variandi* sea limitado<sup>34</sup>.

En esa línea, en el caso español, el artículo 1124 CC contempla un *ius variandi* limitado<sup>35</sup>: si el perjudicado opta por el cumplimiento y éste resulta imposible, todavía puede pedir la resolución; en cambio, si opta por la resolución, como regla general, no puede exigir después el cumplimiento<sup>36</sup>.

Pues bien, la Propuesta se inclina por seguir reconociendo un *ius variandi* limitado, aunque ligeramente diferente a lo previsto en

<sup>33</sup> VIDAL OLIVARES considera que es un desacierto que la PMDOC haya omitido una regla de fijación de una indemnización mínima consistente en la diferencia entre el precio del contrato y el de la operación de reemplazo o el precio de mercado, cuando no fuere posible o razonable tal sustitución. Aún así, reconoce que el hecho de que no se haya expresado esta regla, que se encuentra en los textos que han inspirado a los redactores de la Propuesta, no impide que los jueces fijen la indemnización utilizando este criterio (Álvaro VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», cit., pp. 289).

<sup>34</sup> Es importante no confundir este *ius variandi* en la elección de remedios con la posibilidad de que el acreedor conceda un plazo adicional al deudor para que cumpla, transcurrido el cual, el acreedor dispone de todos los remedios frente al incumplimiento (vid. *infra* 2.2.3). La figura de la concesión de un plazo adicional al deudor para que cumpla no es propiamente un remedio frente al incumplimiento, sino la oportunidad que se da al deudor para cumplir antes de acudir al sistema de remedios. Vid. la CISG (arts. 47 y 63); los Principios UNIDROIT (art. 7.1.5); los PECL (art. 8:106); y el DCFR (III.-3:103).

<sup>35</sup> Luis Díez-PICAZO, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», cit., p. 809.

<sup>36</sup> Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pp. 403-405.

el Código civil. Concretamente, contempla este *ius variandi* para el caso de que el acreedor opte por el remedio del cumplimiento y el recurso a este remedio resulte infructuoso. Con mayor acierto que el Código civil de 1889, considera que no es necesario que el cumplimiento resulte imposible para que el acreedor pueda abandonar su elección y optar por otro remedio, sino que basta con que el acreedor no vea satisfecho su interés. Así, el artículo 1194 PMDOC declara: «(e)l acreedor que hubiese pretendido el cumplimiento de una obligación no dineraria y no hubiere obtenido oportunamente la satisfacción de su derecho podrá desistir de su pretensión y ejercitar las restantes acciones que la ley le reconoce»<sup>37</sup>. De los textos calificados como moderno derecho de contratos, únicamente se refiere expresamente a este *ius variandi* el artículo 7.2.5 de los Principios UNIDROIT, que contempla la posibilidad de un cambio de remedio para el caso de que el acreedor haya optado por el cumplimiento y, tratándose de obligaciones no dinerarias, no lo haya obtenido porque no resulte factible la ejecución de un mandato judicial<sup>38</sup>. En este último caso, el acreedor puede acudir a cualquier otro remedio<sup>39</sup>.

Sólo cabe hacer una objeción a la Propuesta, y tiene que ver con la ubicación del *ius variandi*. El artículo 1194 PMDOC está colocado entre los preceptos que se ocupan de la regulación del remedio del cumplimiento. Quizá hubiera sido más oportuno ubicarlo en el apartado de disposiciones generales, puesto que afecta a todos los remedios, al permitir al acreedor optar por cualquiera de los inicialmente previstos<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Mario CLEMENTE MEORO, «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española», cit., p. 7, resalta el hecho de que sólo se contempla el *ius variandi* en el caso de obligaciones no dinerarias. Este autor lleva a cabo una interpretación del artículo 1200.1 PMDOC que le permite defender la existencia de *ius variandi* también en las obligaciones dinerarias. No creo, sin embargo, que sea necesaria hacer una interpretación de este tipo, porque, como defenderé más adelante, al otorgar un plazo adicional al deudor para que cumpla, el acreedor no ha optado todavía por ningún remedio (*vid. infra* 2.2.3).

<sup>38</sup> Álvaro VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», cit., p. 280. Este autor considera que la PMDOC no ofrece una adecuada protección al deudor que está dispuesto a cumplir y se encuentra preparando la ejecución de la prestación.

<sup>39</sup> En el DCFR, aunque no se dice expresamente, en el Comentario (C) a III.-:3:102 relativo a la acumulación de remedios se hace referencia a la posibilidad de un cambio de remedio. Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, Christian von Bar y Eric Clive (ed.), vol. 1, Sellier-European Law Publisher, Múnich, 2009, pp. 777 y 778.

<sup>40</sup> *Vid.* la Sección general del capítulo III del libro III del DCFR dedicado a los remedios por incumplimiento.

### III. ¿CUÁNDO PROCEDE LA RESOLUCIÓN?: LOS INCUMPLIMIENTOS RESOLUTORIOS

Para comprender mejor el alcance de la PMDOC en materia de incumplimiento resolutorio, conviene recordar, previamente, cómo están las cosas en el Derecho español actual y después analizar en qué consiste el incumplimiento resolutorio en la Propuesta.

#### 1. EL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO EN EL CC

El Código civil español carece de una definición del incumplimiento en general y, más aún, del incumplimiento que permite a uno de los contratantes optar por la resolución del contrato. Como presupuesto de la resolución, el artículo 1124 CC únicamente hace referencia al hecho de que «uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe». Probablemente, la razón por la cual el legislador español no especificó las características que debe revestir el incumplimiento para ser causa de resolución se encuentra en el modelo de resolución que contempla. El Código civil español opta por un sistema judicial; esto significa que la resolución la declara el juez después de comprobar que ésta resulta procedente (*vid. infra* 3). Aunque inicialmente no resultaba imprescindible efectuar la determinación legal del incumplimiento resolutorio, porque se deja a la apreciación del juez que conoce del caso concreto, basta con echar un simple vistazo a los estudios doctrinales y a los repertorios de jurisprudencia para comprobar la enorme discusión y litigiosidad que ha suscitado la ausencia de previsión legal acerca del incumplimiento resolutorio<sup>41</sup>.

Existe acuerdo en la jurisprudencia y en la doctrina en afirmar que no basta cualquier incumplimiento para provocar la resolución, sino que ésta sólo resulta procedente cuando se está en presencia de un incumplimiento importante o significativo. Ahora bien, se han empleado fórmulas muy diferentes para expresarlo y se han tenido en cuenta muy diversos factores en la determinación de la existencia o no de un incumplimiento resolutorio<sup>42</sup>, de manera, además, contradictoria en ocasiones. Así, hay sentencias que distinguen entre obligaciones principales y accesorias, para afirmar que no procede

<sup>41</sup> Son muy gráficas las palabras de Luis Díez PICAZO, *Los incumplimientos resolutorios*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 13, que dice que constituye un «enigma» la determinación de en qué casos los incumplimientos contractuales pueden ser causa de resolución. *Vid.* Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1115.

<sup>42</sup> Mario CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 18.

la resolución por el incumplimiento de estas últimas<sup>43</sup>; pero también hay ocasiones en las que el Tribunal Supremo declara la resolución cuando el incumplimiento de una obligación accesoria provoca el incumplimiento de la principal, o cuando dicho incumplimiento provoca «graves» consecuencias en el contrato<sup>44</sup>. En otros momentos, el Tribunal Supremo se ha referido a un incumplimiento «grave», lo cual tenía ciertas connotaciones culpabilísticas; y, últimamente, ha abandonado este término y emplea otros que tienen un carácter más objetivo. Así, por un lado, tratándose de incumplimientos totales y definitivos, cuando el cumplimiento ya no es posible o ya no es útil para satisfacer el interés del acreedor, el Tribunal Supremo acuerda la resolución y afirma que se está en presencia de un incumplimiento esencial; el carácter esencial del incumplimiento se determina atendiendo al resultado que el incumplimiento provoca en la relación contractual<sup>45</sup>. El propio Tribunal Supremo reconoce que el concepto de incumplimiento esencial que maneja tiene una clara inspiración en la CISG, en los PECL y en los Principios UNIDROIT (*vid. infra* 2.1)<sup>46</sup>. Por otro lado, en los casos de incumplimientos que plantean dudas respecto a su entidad (mero retraso, cumplimiento parcial o defectuoso), el Tribunal Supremo recurre a fórmulas muy variadas para determinar la importancia del incumplimiento. Así, en ocasiones, afirma que es necesario que exista «propio y verdadero» incumplimiento, que sea «esencial» o «de importancia y trascendencia para la economía del contrato». Otras veces declara que el incumplimiento ha de suponer «la falta de obtención de la finalidad perseguida por las partes a través del contrato»; o «la quiebra de la finalidad económica del contrato», «la frustración del fin práctico perseguido», o bien, la frustración de un «interés legítimamente atendible»<sup>47</sup>.

Por lo que respecta a la doctrina, ésta se muestra hoy unánime a la hora de afirmar que la resolución sólo procede cuando se está en presencia de un incumplimiento que revista cierta importancia, al que denomina «incumplimiento resolutorio»<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> *Vid.*, por ejemplo, SSTS 31 de julio de 2002 (RJ 2002/8435) y 14 de mayo de 2007 (RJ 2007/3404).

<sup>44</sup> CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, cit., p. 20.

<sup>45</sup> CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, cit., p. 22. *Vid.* más detalles sobre el incumplimiento esencial en la jurisprudencia, Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, cit., pp. 857-863.

<sup>46</sup> SSTS 5 de abril de 2006 (RJ 2006/1921), 30 de octubre de 2008 (RJ 2008/5806) y 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009/525).

<sup>47</sup> SSTS 10 de octubre de 2004 (RJ 2004/6571), 3 de marzo de 2005 (RJ 2005/4731) y 20.9. 2006 (RJ 2006/8401, entre otras).

<sup>48</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 842. Quizá haya sido Fernando PANTALEÓN PRIETO uno de los autores que con más acierto se ha

También parece haber consenso en la jurisprudencia y en la doctrina a la hora de afirmar que la falta de delimitación del incumplimiento en el Código civil español permite fundar la resolución en cualquier manifestación del mismo, de tal manera que no sólo está disponible en los casos de incumplimiento total y definitivo (imposibilidad), sino también en los supuestos de retraso, de cumplimiento defectuoso o de cumplimiento parcial<sup>49</sup>.

Sin embargo, la cuestión que más discrepancias ha ocasionado es la relativa a la exigencia o no de culpa para que exista incumplimiento resolutorio. Tradicionalmente, la noción de incumplimiento se ha elaborado en torno a la valoración de la conducta del deudor y a la exigencia de culpabilidad para que exista incumplimiento. Han sido muchos los autores españoles que han afirmado que sólo procede el recurso a la resolución prevista en el artículo 1124 CC cuando el incumplimiento es imputable al deudor<sup>50</sup> y todavía hoy quedan autores que mantienen esta solución, aunque reconocen que hay discrepancias doctrinales<sup>51</sup>. Según esta concepción tradicional del incumplimiento y de la resolución, los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable caen fuera del ámbito de aplicación del artículo 1124 CC español, pues no se concibe como un problema de responsabilidad, entendida en sentido estricto, sino de riesgos<sup>52</sup>.

---

enfrentado a esta cuestión. Concretamente, el autor ha declarado que el presupuesto de la resolución es «un incumplimiento de entidad y circunstancias tales que, razonablemente, teniendo en cuenta el deber infringido y las exigencias de la buena fe, no quepa exigir al acreedor que continúe vinculado por el contrato». Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual» cit., pp. 1732-1733.

<sup>49</sup> Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, cit., p. 239; Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 828.

Respecto al denominado «cumplimiento defectuoso», hay que tener en cuenta que, a pesar de que el Código civil contiene, en materia de compraventa, las reglas tradicionales sobre el tratamiento de los vicios ocultos y la concesión al deudor de las llamadas acciones edilicias (la acción redhibitoria y la acción de reducción del precio), el Tribunal Supremo, en ocasiones, ha considerado que concurría un caso de falta de conformidad y ha aplicado las reglas generales del incumplimiento.

<sup>50</sup> M. MIGUEL TRAVIESAS, «Obligaciones recíprocas», *RDP*, 192, 1929, pp. 273-288, p. 278; Ramón M. ROCA SASTRE, «El riesgo en el contrato de compraventa», en *Estudios de Derecho Privado I*, Bosch, Barcelona, 1948, pp. 389-403, p. 394 y Federico PUIG PEÑA, *La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico bilateral*, *RGLJ*, 221, 1966, pp.9-26, pp. 14 y 19.

<sup>51</sup> Afirman que el tenor del artículo 1124 CC español parece ofrecer una base a la exigencia de culpabilidad. Por todos, Rafael ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3.ª ed., Comares, Granada, 2008, pp. 152 a 168.

<sup>52</sup> A falta de una regulación expresa de la atribución de riesgos, los autores tradicionales aplican o bien la doctrina de los riesgos (Ángel CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 188; Tomás OGÁYAR AYLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 del CC*, Aranzadi, Pamplona, 1983, pp. 17 y 167 a 170; y, ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., pp. 167 y 168), o bien acuden a los principios inspiradores del propio artículo 1124 CC o del artículo 1274 CC, que regula la causa –entendiendo que la imposibilidad supone una sobrevenida desaparición de la causa, que justifica la resolución–, si bien reconocen que su opinión no ha sido

Por el contrario, existe otro sector doctrinal, hoy claramente mayoritario, que considera que el remedio resolutorio no exige que el incumplimiento sea subjetivamente imputable al deudor. Se produce una redefinición del incumplimiento, al margen de la culpa, y la resolución deja de ser vista como una sanción al contratante incumplidor y se concibe como un medio de protección y defensa de la parte de la relación obligatoria que sufre el incumplimiento<sup>53</sup>. Esta nueva concepción del incumplimiento y de la resolución por incumplimiento supone que sean tratados como problemas de incumplimiento algunos de los que tradicionalmente se situaban en la doctrina de los riesgos.

En cuanto a la jurisprudencia, según ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, procede la resolución cuando estamos en presencia de «un hecho obstativo que de modo definitivo e irreformable impide el cumplimiento», que puede deberse a culpa o a caso fortuito<sup>54</sup>. A pesar de ello, en el resto de manifestaciones del incumplimiento (cuando no hay imposibilidad), durante muchos años, la jurisprudencia ha exigido la presencia de una «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento» para que proceda la resolución, lo que implica la exigencia del requisito de la culpabilidad del deudor.

Ahora bien, a partir de la década de los ochenta, el Tribunal Supremo ha ido matizando su doctrina y se puede decir que, hasta hoy, han convivido tres líneas jurisprudenciales: una primera, totalmente minoritaria, sigue exigiendo el requisito de la voluntad deliberadamente rebelde (entre otras muchas, la STS 18 de noviembre de 1994); otra matiza la exigencia de este requisito (bien porque lo presume por el mero hecho del incumplimiento o de la frustración del contrato para conceder la resolución, o bien porque le basta con una actitud contraria al cumplimiento)<sup>55</sup>; finalmente, la tercera de las líneas jurisprudenciales, hoy claramente mayoritaria, prescinde

---

adoptada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que considera que la imposibilidad sobrevenida no imputable es una justa causa de resolución del artículo 1124 CC español, y afirma que forma parte del supuesto de hecho de la norma el «hecho obstativo que de modo absoluto impide el cumplimiento». Por todos, FRANCISCO JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, p. 315, nota 114.

<sup>53</sup> El primer intento importante en este sentido le corresponde a Juan José PINTÓ RUIZ, «En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)», 2.ª parte, *RJC*, 1953, pp. 424 a 446. Posteriormente, por todos, Luis Díez-PICAZO, «Resolución (D.º Civil)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5889-5899, p. 5890; Fernando PANTALEÓN, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., pp. 1732 y 1733; Mario CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, cit., p. 89; y Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1116.

<sup>54</sup> SSTs 25 de noviembre de 1946 (RJ 1946/1183), 19 de enero de 1990 (RJ 1990/16) y 24 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9210). Vid. Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato y modalidades de su ejercicio*, cit., pp. 178 a 198.

<sup>55</sup> STS 19 de junio de 1985 (RJ 1985/2830).

de este elemento y atiende a la frustración del contrato para conceder la resolución<sup>56</sup>.

En resumen, a pesar de la indefinición del Código civil, es posible concluir que se ha producido una evolución en el ordenamiento español en materia de resolución por incumplimiento y que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia hoy mayoritaria se ha impuesto la idea de que la resolución es un mecanismo de protección del acreedor en aquellos casos en los que exista un incumplimiento importante o esencial, que puede revestir cualquier manifestación (imposibilidad, retraso, cumplimiento parcial, defectuoso...), sin exigir que el mismo sea subjetivamente imputable al deudor<sup>57</sup>.

## 2. LOS INCUMPLIMIENTOS RESOLUTORIOS EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN

En nuestro país, las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales han puesto de manifiesto que una regulación eficiente de la resolución por incumplimiento exige que en ella se determine en qué consiste el incumplimiento que da lugar a la resolución. La Propuesta de modernización del Código civil español, siguiendo el modelo que proporciona el moderno derecho de contratos, opta por definir el incumplimiento en general como presupuesto de todos los remedios y, posteriormente, en la regulación de cada uno de los remedios, especifica los requisitos que se deben reunir para cuidar a cada uno de ellos<sup>58</sup>.

En la Propuesta, siguiendo los pasos marcados por los textos que la inspiran, junto a la resolución por incumplimiento esencial, se concede el recurso a la resolución cuando, existiendo retraso o falta de conformidad, transcurre infructuosamente el plazo adicional otorgado al deudor para que cumpla y cuando hay un riesgo patente de incumplimiento esencial.

Siguiendo un orden lógico, voy a analizar primero qué se entiende por incumplimiento en la Propuesta y después los requisitos que éste debe reunir cuando se trata de acudir al remedio resolutorio.

<sup>56</sup> SSTS 11 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8290) y 31 de mayo de 2007 (RJ 2007/4336). Vid. Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, «El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español», *RJC*, 2, 2009, pp. 479-496, pp. 475-478.

<sup>57</sup> Entre otros, Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 656; Fernando PANTALEÓN, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., pp. 1732-1733; y Lis Paula SAN MIGUEL, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, cit., pp. 126-127.

<sup>58</sup> Encarna ROCA, «El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos», cit., p. 8.

## 2.1 Noción unitaria y neutra de incumplimiento

Según el artículo 1188 PMDOC, hay incumplimiento «cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten»<sup>59</sup>. Esta definición se refiere a un incumplimiento «unitario» y «neutro», y está claramente inspirada en los textos del moderno derecho de contratos.

Es una noción «unitaria» de incumplimiento porque pretende englobar todas las manifestaciones que éste puede revestir<sup>60</sup>. En este propósito de abarcar todas las apariencias del incumplimiento, la Propuesta coincide con los textos en los que se inspira, pero, a diferencia de lo previsto en los Principios de UNIDROIT y en los PECL, la propuesta española no especifica qué formas o tipos de incumplimiento existen y, por tanto, no declara expresamente que todos ellos quedan cubiertos por el concepto de incumplimiento. Así, mientras que el artículo 7.1.1. Principios UNIDROIT afirma que el incumplimiento «consiste en la falta de ejecución por una de las partes de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío» y, de forma similar, el artículo 1:301 PECL sostiene que el incumplimiento (*non-performance*) consiste en cualquier incumplimiento de una obligación derivada del contrato incluyendo expresamente el cumplimiento tardío o defectuoso<sup>61</sup>, la PMDOC se limita a declarar que existe incumplimiento cuando no se realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes, sin aclarar que incluye el retraso en el cumplimiento y el cumplimiento defectuoso o la falta de conformidad. A pesar de ello, luego existen menciones concretas a determinadas manifestaciones del incumplimiento; así, por ejemplo, en las normas sobre resolución

<sup>59</sup> Nieves FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuesta de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC*, LXIII, 2010, pp. 42-136, p. 69, pone de relieve que esta definición del incumplimiento es similar a la de los PECL y a la que proporciona Díez-PICAZO (Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 654).

<sup>60</sup> *Vid.* las reflexiones de Antoni VAQUER ALOY sobre la redacción del artículo 1188 PMDOC («El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?»), *ADC*, LXIV, 2011, pp. 5-39, p.9). Álvaro VIDAL OLIVARES se refiere a una noción amplia y objetiva («El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», cit. p. 263).

<sup>61</sup> Por lo que respecta al DCFR, en el III.-1:102 (3), define el incumplimiento de una obligación como cualquier falta de cumplimiento de dicha obligación, sea o no excusable, incluyendo el cumplimiento retrasado y cualquier otra forma de cumplimiento que no se corresponda con los términos que regulan la obligación.

El artículo 87 (I) CESL, define el incumplimiento en el contrato de compraventa y especifica las diferentes manifestaciones que puede revestir.

por incumplimiento se refiere expresamente a los supuestos de retraso y falta de conformidad (*vid.* art. 1.200 PMDOC; o el art. 1.197 PMDOC, que regula el remedio de la reducción del precio en los casos de falta de conformidad).

Es cierto que no resulta imprescindible que se enuncien las distintas manifestaciones que puede revestir el incumplimiento, puesto que esta cuestión no plantea problemas en el Derecho español –al menos en el remedio resolutorio–, pero su inclusión no estaría de más –aunque el adverbio «exactamente» sea suficientemente expresivo–, pues alguna de las manifestaciones de lo que la Propuesta considera «incumplimiento» no eran consideradas antes propiamente incumplimiento<sup>62</sup>. Me refiero a algunos supuestos de imposibilidad inicial<sup>63</sup>, que tradicionalmente se han considerado causa de inexistencia de contrato por falta de objeto, y de la denominada «falta de conformidad», que en el Código civil, en el ámbito de la compraventa, integra los denominados vicios ocultos y tiene un régimen especial constituido por las llamadas acciones de saneamiento (acción redhibitoria y acción de reducción del precio) y que en la Propuesta quedan claramente absorbidos por el incumplimiento y su régimen general<sup>64</sup>.

Además, en relación a esta falta de conformidad, regulada expresamente en la PMDOC en materia del contrato de compraventa (arts. 1474 y ss), y que incluye el cumplimiento defectuoso, el cumplimiento parcial, y el *aliud pro alio*<sup>65</sup> podría resultar oportuno

<sup>62</sup> FENOY PICÓN considera que la opción por la que se ha decantado la Propuesta es correcta. Nieves FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuesta de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos generales. El incumplimiento», cit., p. 75.

<sup>63</sup> *Vid.* artículo 1460 PMDOC: «La imposibilidad de entregar la cosa por causa anterior a la celebración del contrato no impide al comprador que hubiera confiado razonablemente en su posibilidad ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos». La imposibilidad inicial constituye incumplimiento cuando resulta razonable que el acreedor confíe en la posibilidad del cumplimiento. Más detalles en Álvaro VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», cit., pp. 267 y 278.

<sup>64</sup> Mario CLEMENTE MEORO, «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española», cit., p.5; y Álvaro VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», cit., pp. 265-266.

No obstante, es cierto que el Tribunal Supremo, con cierta creatividad, ha logrado considerar que se estaba en presencia de un incumplimiento en supuestos que inicialmente encajaban en la noción de vicio oculto (*vid.* Luis Díez PICAZO, «La Propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos», cit., p. 3 y Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, «El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español», cit., p. 483).

<sup>65</sup> Mario CLEMENTE MEORO, «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española», cit., p. 6. Sobre la noción

tuno incluir dicha noción en las disposiciones generales del incumplimiento y, posteriormente, regular para cada tipo contractual su régimen especial en caso de falta de conformidad<sup>66</sup>.

En segundo lugar, la noción de incumplimiento de la Propuesta se caracteriza como «neutra»<sup>67</sup>. Ello es así porque la causa por la cual se ha dejado de cumplir no afecta a la propia existencia del incumplimiento<sup>68</sup>. Esta concepción neutra del incumplimiento, que se corresponde con la evolución que ha experimentado nuestro derecho, está claramente inspirada en los Principios UNIDROIT, cuyo artículo 7.1.1 admite la existencia de incumplimiento sin necesidad de precisar cuál ha sido la causa del mismo<sup>69</sup>, y algo similar sucede en los PECL, que definen el incumplimiento con independencia de que sea o no excusable (art. 1:301 PECL)<sup>70</sup>. La construcción objetiva del incumplimiento elimina la distinción entre incumplimientos imputables, a los que se les aplicaría la doctrina del incumplimiento, e incumplimientos no imputables, a los que se les aplicaría la doctrina de los riesgos<sup>71</sup>. Si bien la existencia o no de causas de exoneración puede afectar a la aplicación de determinados remedios, según la Propuesta no afecta a la resolución por incumplimiento, que opera como en el resto de manifesta-

---

de falta de conformidad en la propuesta, *vid.* Antoni VAQUER ALOY, «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?», *cit.*, especialmente, pp. 11 a 22.

<sup>66</sup> *Vid.* VAQUER ALOY, «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?», *cit.*, pp. 38 y 39.

<sup>67</sup> Nieves FENYO PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuesta de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *cit.*, p. 70.

<sup>68</sup> Ahora bien, aun existiendo incumplimiento, según declara el artículo 1088 segundo párrafo: «(n)adie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque». *Vid.* Nieves FENYO PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuesta de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *cit.*, pp. 93-98.

<sup>69</sup> Esto es así, salvo que el mismo haya sido causado por una acción u omisión del propio acreedor o por un acontecimiento del que éste haya asumido el riesgo (art. 7.1.2 Principios Unidroit).

<sup>70</sup> Según se resalta en los comentarios, el término *non-performance* claramente se distingue del término *breach of contract*, que sólo abarca el incumplimiento no excusable (por ejemplo, conforme a las reglas de la *frustration*).

Recientemente, el DCFR, en III.-1:102 (3) define el incumplimiento de una obligación como cualquier falta de cumplimiento de la misma, sea o no excusable. El carácter excusable o no del incumplimiento lo determina el III.-3:104; y tanto si el incumplimiento es excusable como si no, el acreedor dispone del remedio resolutorio.

<sup>71</sup> Ahora bien, siguen siendo necesarias normas que, en determinados contratos (*v.gr.*, compraventa), establezcan en qué momento se produce la traslación de los riesgos al otro contratante. En este sentido, la Propuesta de modernización del Código civil español contiene una nueva redacción para el artículo 1452, que elige el momento de la entrega como momento de transmisión de riesgos al comprador, teniendo en cuenta que el vendedor ha hecho todo lo que le incumbe en el cumplimiento de su obligación de entrega, según la modalidad de entrega prevista. *Vid.* más detalles sobre transmisión del riesgo en la PMDOC en Álvaro VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», *cit.*, pp. 268-269.

ciones del incumplimiento. Esto último marca una diferencia de la Propuesta con lo que establecen los PECL, que, en los casos de imposibilidad excusable (según lo previsto en el art. 8:108 PECL), disponen que el contrato queda automáticamente resuelto en el momento de producirse la imposibilidad [art. 9:303 (4) PECL]<sup>72</sup>. En esta materia la Propuesta sigue la línea de los Principios UNIDROIT, que no establece ninguna especialidad para la resolución en los casos de que el incumplimiento sea «excusable»<sup>73</sup>.

## 2.2 La resolución por incumplimiento esencial

El artículo 1199 PMDOC comienza la sección dedicada a la resolución por incumplimiento declarando: «cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial». Por tanto, el remedio resolutorio estará disponible cuando el incumplimiento (definido conforme se ha visto en el apartado anterior) tenga carácter esencial.

De la lectura del precepto surgen inmediatamente dos comentarios. El primero de ellos tiene que ver con la evolución que ha sufrido el Derecho español, en el que la doctrina y la jurisprudencia más actual, a pesar de la falta de determinación legal, coinciden en exigir que se esté en presencia de un incumplimiento esencial para admitir el recurso a la resolución. Así, podríamos decir que el precepto supone la legalización de la solución actual.

El segundo de los comentarios surge de la comparación de este precepto con las soluciones que establecen los textos del denominado nuevo derecho de la contratación, que admiten el recurso al remedio resolutorio cuando se está en presencia de un incumplimiento importante o «esencial». En este caso, al igual que en la PMDOC, el acreedor perjudicado por el incumplimiento dispone inmediatamente de la resolución por incumplimiento. Así, lo establecen los artículos 49 (1) (a) y 64 (1) (a) CISG<sup>74</sup>, el artículo 7.3.1 (1) Principios

<sup>72</sup> Sigue su estela el DCFR: en caso de impedimento excusable permanente, se extingue la obligación y su recíproca [III. 3:104 (4)]. En la Propuesta del Grupo de expertos en derecho contractual europeo, se prevé la resolución automática del contrato si el incumplimiento se debe a un impedimento excusable y permanente [vid. art. 91 (2)].

<sup>73</sup> El artículo 7.1.7 Principios UNIDROIT define la «fuerza mayor» y en su apartado (4) aclara que ésta no impide el ejercicio del derecho de resolución.

<sup>74</sup> Artículo 49 (1): «El comprador podrá declarar resuelto el contrato:

(a) Si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato».

UNIDROIT<sup>75</sup>, el artículo 9:301 (1) PECL<sup>76</sup> y, recientemente, el DCFR, III.-3:503 (1)<sup>77</sup>. Las diferencias entre ellos las encontramos a la hora de establecer los criterios para determinar cuándo se está en presencia de un incumplimiento esencial.

Comenzaré por la CISG, que claramente ha sido la fuente de inspiración de los redactores de los Principios UNIDROIT y de los PECL. El artículo 25 de la CISG declara que hay un incumplimiento esencial cuando éste: «cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación». Esta definición es independiente de la forma que revista el incumplimiento (falta total de cumplimiento, retraso, cumplimiento defectuoso, cumplimiento parcial...) y gira en torno a dos requisitos: (1) debe privar sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato<sup>78</sup>; y (2) dicho resultado debe resultar previsible para el deudor<sup>79</sup>.

Siguiendo la senda marcada por la CISG, los Principios UNIDROIT definen el incumplimiento esencial y establecen ciertos criterios para determinar cuándo la falta de cumplimiento constituye un incumplimiento esencial. En concreto, el precepto que regula la resolución por incumplimiento esencial [*vid.* art. 7.3.1 (2)] menciona cinco aspectos que deben tenerse en cuenta para determinar el carácter esencial del incumplimiento. El primero de ellos es muy similar al artículo 25 CISG, pues se refiere a un incumplimiento que priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que

---

Artículo 64 (1): «El vendedor podrá declarar resuelto el contrato:

(a) Si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato».

<sup>75</sup> Artículo 7.3.1.(1): «Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.»

<sup>76</sup> Artículo 9:301 (1): «A party may terminate the contract if the other party's non-performance is fundamental.»

<sup>77</sup> DCFR III. – 3:502: Termination for fundamental non-performance

(1) A creditor may terminate if the debtor's non-performance of a contractual obligation is fundamental.

<sup>78</sup> El interés protegido no es el interés subjetivo del perjudicado por el incumplimiento, sino el interés que se deriva de los concretos términos del contrato; es decir, de los fines perseguidos por ambas partes, tal y como concibieron el contrato al concluirlo.

<sup>79</sup> Cuando se discutió la redacción de este precepto, no se llegó a un acuerdo en cuanto al momento en el cual la parte incumplidora tenía que prever tal resultado. *Vid.* John HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3.<sup>a</sup> ed., Kluwer Law International, La Haya, 1999, § 183. Hay dos momentos posibles: el momento de la conclusión del contrato y el momento en que tiene lugar el incumplimiento. En mi opinión, atendiendo a los intereses de las partes y a la distribución de los riesgos del incumplimiento que se realiza en el momento de celebración del contrato, éste debe ser el momento relevante para determinar la previsibilidad.

tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado. Este criterio no atiende a la concreta obligación incumplida, sino a las consecuencias que tiene su incumplimiento, y tiene en cuenta la previsibilidad de las mismas. El segundo criterio hace referencia al hecho de que la ejecución estricta de la prestación insatisfecha forme parte de la esencia del contrato. Este aspecto atiende no tanto a las consecuencias del incumplimiento sobre el contrato, cuanto al carácter esencial que las partes del contrato han atribuido al cumplimiento de una obligación. El tercer criterio hace mención a un incumplimiento intencionado o temerario. El cuarto criterio se refiere al hecho de que el incumplimiento dé razones al acreedor para desconfiar de que la otra parte cumplirá en el futuro. Y el quinto criterio toma en cuenta el hecho de que la resolución del contrato haga sufrir al deudor una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

Los PECL también definen el incumplimiento esencial, pero no lo incluyen en la regulación de la resolución, como se ha visto que hacen los Principios UNIDROIT, sino que, para determinar cuándo se está en presencia de un incumplimiento esencial, es necesario acudir a los artículos introductorios al capítulo sobre incumplimiento y remedios en general; concretamente, al artículo 8:103 PECL. Según este último precepto, para determinar si un incumplimiento es esencial, hay que tener en cuenta tres criterios que ya resultan familiares, pues coinciden, salvo alguna omisión, con los previstos en los Principios UNIDROIT. El primero de ellos se refiere al hecho de que la estricta observancia de la obligación incumplida forme parte de la esencia del contrato. El segundo contempla el caso en que el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tiene derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no lo haya previsto o no haya podido razonablemente prever tal resultado. Y el tercero contempla los casos en los que el incumplimiento es intencionado y da al acreedor motivos para creer que no puede confiar en el futuro cumplimiento.

Por último, según el DCFR, el incumplimiento es esencial (a) cuando priva sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, aplicado a la totalidad o a una parte importante del cumplimiento, a menos que, en el momento de la conclusión del contrato, el deudor no hubiera previsto ni podido prever razonablemente dicho resultado; o (b) cuando es intencional o temerario y da razones al acreedor para creer que no se producirá

el cumplimiento futuro del deudor<sup>80</sup>. Todo ello lo recoge en el precepto que regula la resolución por incumplimiento esencial [II.-3:503 (2)]<sup>81</sup>.

A la vista de estos textos, lo primero que sorprende de la Propuesta es la ausencia de una definición del incumplimiento esencial; es evidente, pues, que los redactores de la Propuesta no han querido seguir en este punto a los textos que les han servido de modelo. Quizá han considerado que no era necesario<sup>82</sup>. Sin embargo, no me parece del todo adecuada esta solución: dada la discusión que siempre se ha suscitado en nuestro país en torno a los requisitos que debe reunir el incumplimiento resolutorio, sería muy oportuno establecer unos criterios para determinar la existencia de incumplimiento esencial.

En este sentido, a mi juicio, tanto el texto de los PECL como del DCFR son buenos modelos a tener en cuenta porque simplifican en tres y dos respectivamente, los criterios a tener en cuenta y suprimen, con acierto, el quinto de los criterios previstos en el artículo 7.3.1 (2) Principios UNIDROIT, que, más que un criterio para delimitar un supuesto de incumplimiento esencial, se trata de un criterio que establece un límite al ejercicio del remedio resolutorio<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> En el comentario A del III.-3502, se hace notar las diferencias que presenta con el artículo 8:103 PECL. Los autores del DCFR consideran que el criterio de la estricta observancia de la obligación incumplida como esencia del contrato, para determinar cuándo se está en presencia de un incumplimiento esencial, no constituye un criterio que merezca ser aplicado como una regla general a todos los contratos, y por tanto lo suprime. Además, la definición del incumplimiento esencial se hace en los preceptos relativos a la resolución por incumplimiento. *Vid.* Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 853.

<sup>81</sup> También el CESL opta por definir el incumplimiento esencial, si bien lo hace en las disposiciones generales sobre obligaciones y remedios de las partes. El artículo 87 comienza definiendo el incumplimiento en el párrafo (1), y en el párrafo (2) establece en qué consiste el incumplimiento esencial. Lo hace en unos términos muy parecidos a la CISG:

«Un incumplimiento de una obligación por una parte será esencial si:

(a) priva substancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que en el momento de su celebración la parte incumplidora no previera ni cabe esperar que hubiera previsto ese resultado; o

(b) sea de tal naturaleza como para que resulte evidente que no se puede confiar en el futuro cumplimiento de la parte incumplidora.»

<sup>82</sup> Luis Díez-PICAZO, considera que la falta de definición no plantea inconvenientes y que el precepto puede integrarse con las afirmaciones jurisprudenciales e incluso con la doctrina emanada de la CISG los PECL («La Propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos», cit.). Mario CLEMENTE MEORO también propone acudir a la CISG y a los PECL para integrar la noción de incumplimiento esencial [«La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española», cit., p. 5].

<sup>83</sup> Álvaro VIDAL OLIVARES también prefiere la definición de los PECL («El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», cit., pp. 286 y 287).

Además, en el caso de que se procediera a definir el incumplimiento esencial, creo que el precepto en cuestión no debería ubicarse en las reglas relativas a la resolución, sino en las disposiciones generales del incumplimiento (como hacen la CISG y los PECL)<sup>84</sup>. Esta segunda ubicación es preferible, puesto que la noción de incumplimiento esencial no sólo afecta al remedio resolutorio, sino que también puede resultar relevante de cara a otros remedios frente al incumplimiento (por ejemplo, para poder optar por la sustitución del bien en caso de cumplimiento defectuoso en determinados tipos contractuales).

### 2.3 La resolución por transcurso infructuoso del plazo adicional para cumplir

Hasta aquí podría haber llegado la «modernización» de la normativa sobre el incumplimiento resolutorio en el derecho español, pero habría quedado incompleta. En todos los textos de lo que denominamos moderno derecho de contratos se plantea la posibilidad del recurso al remedio resolutorio cuando existe un incumplimiento subsanable y el deudor no lo subsana en el plazo adicional que para ello le concede el acreedor. Las diferencias con la resolución en caso de incumplimiento esencial son evidentes. Mientras que, tratándose de un incumplimiento esencial, el acreedor dispone de un derecho de resolución inmediato —es decir, producido el incumplimiento, el acreedor puede valerse directamente del remedio resolutorio— en el caso de incumplimiento no esencial, la resolución sólo está disponible tras el transcurso infructuoso del plazo adicional de cumplimiento fijado por el acreedor<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> Idea que ya anticipé en Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, «La modernización del derecho de obligaciones y la resolución por incumplimiento en los ordenamientos español y chileno», en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, *Incumplimiento contractual nuevas perspectivas*, Cuadernos de Análisis jurídico, Colección de Derecho privado, VII, ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2011, pp. 107 a 170, pp. 145-150. A ello se suma María Luisa PALAZÓN GARRIDO, «El remedio resolutorio en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones en España: un estudio desde el Derecho Privado Europeo», en Klaus JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2001, pp. 423 a 447, p. 436. Y parece que defiende una solución similar Encarna ROCA Y TRÍAS, «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos», cit., p. 9.

<sup>85</sup> En caso de incumplimiento esencial, una correcta ponderación de los intereses en juego lleva a reconocer que el acreedor tiene un derecho inmediato de resolución (puesto que el cumplimiento ya no es posible o útil). En cambio, por lo que respecta a los casos de incumplimiento no esencial, nos encontramos con un conflicto entre el interés del deudor en el mantenimiento del contrato y el interés del acreedor en ponerle fin. Una correcta ponderación de ambos intereses en juego lleva al establecimiento del requisito del otorgamiento al deudor de una última oportunidad para cumplir y evitar la resolución [Peter SCHLECTRIEM, «Terminations of contracts under the Principles», en BONELL, M. J., BONE-

De forma muy acertada, la Propuesta incluye esta segunda modalidad de resolución que hasta ahora no estaba reconocida en el derecho español<sup>86</sup>. Según establece el artículo 1200 (1) PMDOC: «En caso de retraso o falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquél le haya fijado para ello, no cumpliere o subsanare la falta de conformidad». A ello hay que añadir que, conforme a lo previsto en el tercer párrafo de este mismo precepto, no es necesaria la fijación de un plazo adicional de cumplimiento si el deudor declara que no cumplirá sus obligaciones.

En principio, esta modalidad de resolución está prevista para los casos de incumplimiento no esencial<sup>87</sup>, pero nada impide al acreedor valerse de ella si, ante un incumplimiento esencial, el acreedor pretende dar una última oportunidad al deudor, o bien si duda del carácter esencial del incumplimiento.

Para regular esta segunda modalidad de incumplimiento resolutorio, la Propuesta se inspira en la CISG, en los Principios UNIDROIT y en los PECL, aunque presenta sus peculiaridades.

En primer lugar, hay que destacar que la Propuesta contempla esta modalidad de resolución para los casos de retraso y de falta de conformidad (existe cumplimiento, pero éste es defectuoso)<sup>88</sup>. Esto supone una ampliación del supuesto inicialmente previsto en la CISG, que, claramente inspirada en la figura de la *Nachfrist* alemana, sólo considera la resolución por transcurso infructuoso del plazo adicional en los casos de falta de entrega de las mercaderías o de falta de pago del precio o de recepción de las mercaderías por el comprador<sup>89</sup>. Los Principios UNIDROIT, los PECL y el DCFR se refieren a la posibilidad de resolver el contrato en casos de retra-

---

LLI, F. (ed.), *Contratti Commerciali internazionali e principi UNIDROIT*, Giuffrè, Milán, 1997, pp. 249-269, p. 265].

<sup>86</sup> Un ensayo de cómo podría ser esa nueva regulación en Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, cit., pp. 477 a 480.

En Derecho español, Rafael ÁLVAREZ VIGARAY fue uno de los primeros en denunciar la falta de una figura de este tipo en el ordenamiento español, (*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., p. 260). Fernando PANTALEÓN, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», cit., p. 1733.

<sup>87</sup> Luis DÍEZ-PICAZO, «La Propuesta de modernización del derecho de las obligaciones y contratos», cit., p. 8 y Mario CLEMENTE MEORO, «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española», cit., pp. 5 y 6.

<sup>88</sup> Es importante recordar que la regulación de la falta de conformidad en la Propuesta no está en las normas generales del incumplimiento, sino en el contrato de compraventa (arts. 1474 y ss.).

<sup>89</sup> Vid. artículos 49 (1) (b) y 64 (1) (b) CISG. En los trabajos preparatorios de la CISG se contempló la posibilidad de extender la resolución no sólo a los supuestos de falta de entrega, sino también a los casos de entrega de mercaderías no conformes. Finalmente, se abandonó esta posibilidad ante el miedo del abuso por parte del comprador. Vid. John HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* § 288.

so no esencial cuando el deudor no cumpla en el plazo adicional fijado por el acreedor<sup>90</sup>. Frente a esto, me parece apropiado que la Propuesta amplíe la resolución a los casos de falta de conformidad, pero creo que sería muy conveniente establecer expresamente, como hacen los Principios UNIDROIT<sup>91</sup>, que la resolución no resulta procedente en los casos en los que el incumplimiento es poco relevante, porque, aunque es cierto que la resolución no es un remedio excepcional<sup>92</sup> que exige un incumplimiento esencial, es necesario que tampoco se considere procedente ante cualquier incumplimiento, sino que se exija que el mismo revista cierta entidad (*vid.* art. 1486 PMDOC para el contrato de compraventa)<sup>93</sup>.

La segunda cuestión que quiero resaltar se refiere a la regulación que la Propuesta ofrece de la figura de la concesión de un plazo adicional al deudor para que cumpla. La incorporación de esta figura en la Propuesta supone una importante novedad en el Derecho español y, por tanto, es preciso que el legislador sea especialmente cuidadoso con ella. En ese sentido, aunque el punto de partida de la Propuesta es loable, considero que hay algunos aspectos de la misma que, quizá, se podrían mejorar.

Empezando por la ubicación de la normativa, a mi juicio, las reglas sobre la concesión de un plazo adicional al deudor no deberían estar en las normas sobre la resolución por incumplimiento, sino en las disposiciones generales del incumplimiento,

<sup>90</sup> Artículo 7.3.1 (3) Principios UNIDROIT: «En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el artículo 7.1.5».

Artículo 9:301 (2) PECL: «In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract under Article 8:106 (3).»

DCFR III.-3:503. Termination after notice fixing additional time for performance:

(1) A creditor may terminate in a case of delay in performance of a contractual obligation which is not in itself fundamental if the creditor gives a notice fixing an additional period of time of reasonable length for performance and the debtor does not perform within that period.»

Recientemente, contemplan esta modalidad de resolución el texto elaborado por el Grupo de expertos en derecho contractual europeo (*vid.* arts. 116 y 137) y los artículos 115 y 135 CESL.

<sup>91</sup> Mientras que el artículo 7.1.5 (3) Principios Unidroit declara que, en caso de retraso no esencial, el acreedor puede resolver el contrato al final del período adicional de cumplimiento, el párrafo (4) de este mismo precepto establece: «El párrafo (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora».

<sup>92</sup> Sobre el carácter no excepcional de la resolución, *vid.* Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 814.

<sup>93</sup> Idea que ya anticipé en «La modernización del derecho de obligaciones y la resolución por incumplimiento en los ordenamientos español y chileno», cit., 154. Está de acuerdo con esta propuesta Álvaro VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», p. 288.

En el Derecho español, esta previsión ya existe para la venta de consumo (art. 121 TRLGDCU); *vid.* Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1129.

puesto que se trata de una figura que afecta a todos los remedios frente al incumplimiento<sup>94</sup>. En este sentido, sería muy conveniente que la reglamentación de esta figura especificara cuáles son las consecuencias que tiene la fijación de dicho plazo adicional respecto a los remedios de los que dispone el acreedor en caso de incumplimiento<sup>95</sup>. Mi propuesta a este respecto sería que se estableciera expresamente que, durante la vigencia del plazo, el acreedor mantiene la posibilidad de suspender el cumplimiento de su propia obligación y de exigir una indemnización de daños, pero que no dispone del resto de remedios<sup>96</sup>. Igualmente sería importante que se precisara que, transcurrido el plazo sin que el deudor cumpla, el acreedor dispone de todos los remedios frente al incumplimiento, puesto que, con esta concesión de un plazo adicional, no se está optando propiamente por uno de ellos<sup>97</sup>. Además, habría que aclarar que no es necesario dejar transcurrir el plazo si el deudor anuncia que no cumplirá<sup>98</sup>. Respecto a la duración del plazo adicional, creo que la solución de no establecer un plazo concreto, sino de exigir un plazo de duración razonable, es la mejor solución, pues permite atender a las circunstancias concretas del caso<sup>99</sup>.

<sup>94</sup> *Vid.* CISG (arts. 47 y 63); Principios UNIDROIT (art. 7.1.5); PECL [art. 8:106 (3)] y DCFR (III.-3:103).

<sup>95</sup> *Vid.* SAN MIGUEL PRADERA, «La modernización del derecho de obligaciones y la resolución por incumplimiento en los ordenamientos español y chileno», cit., p. 154. Está de acuerdo en ello ÁLVARO VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», cit., p. 288.

<sup>96</sup> La CISG declara que, durante la vigencia del plazo, el acreedor no puede ejercitar ningún remedio frente al incumplimiento, salvo la indemnización de los daños y perjuicios por la demora en el cumplimiento [arts. 47 (2) y 63 (2) CISG].

En los Principios UNIDROIT se establece expresamente que, durante la vigencia del plazo, el acreedor puede suspender el cumplimiento de su prestación y reclamar la indemnización de daños y perjuicios, pero no puede ejercitar ningún otro remedio, incluida la resolución (art. 7.1.5). De forma muy similar lo contemplan los PECL [art. 8:106 (2)] y el DCFR [III.-3:103 (2)].

<sup>97</sup> Así lo especifican el artículo 7.1.5 (2) Principios UNIDROIT, el artículo 8:106 (2) PECL y DCFR III.-3:103 (3).

El hecho de que la concesión de plazo adicional esté prevista con motivo de la resolución podría llevar a pensar que, con la concesión del plazo, el acreedor está ya optando por la resolución, pero eso no es así, puesto que, al finalizar el plazo, el acreedor tiene a su disposición todos los remedios; nada le impide optar por la reducción del precio o por el cumplimiento, si así lo desea. De ahí mi propuesta de que se regule esta figura entre las disposiciones generales del incumplimiento.

<sup>98</sup> Así lo reflejan expresamente todos los textos analizados: CISG [arts. 47 (2) y 63 (2)]; los Principios UNIDROIT [art. 7.1.5 (2)], los PECL [art. 8:106 (2)] y DCFR [III.-3:103 (3)].

<sup>99</sup> Artículos 47 (1) y 63 (1) CISG; artículo 7.1.5 (3) Principios UNIDROIT; artículo 8:106 (3) PECL.

Por su parte, el DCFR sólo se refiere a la duración razonable del plazo, con motivo de la regulación de la resolución en los casos de retraso [III.-3:503 (2)].

Ya en la regulación del remedio resolutorio, es acertado especificar, como hace el artículo 1200 PMDOC, que no es necesario fijar plazo si el deudor ha anunciado que no cumplirá. Además, sería conveniente que se aclarara qué sucede si la duración del plazo fijado por el acreedor no es razonable. Las soluciones posibles son dos: que la fijación del plazo sea ineficaz para declarar la resolución, o bien que el acreedor disponga del remedio resolutorio cuando transcurra un plazo razonable desde que notificó la concesión de un plazo adicional de cumplimiento<sup>100</sup>. Me inclino por la segunda de las soluciones, puesto que se respeta la voluntad del acreedor otorgando plazo, y, simplemente, éste se prolonga hasta una duración razonable, de tal forma que los intereses de ambas partes quedan suficientemente protegidos<sup>101</sup>.

Además, puesto que está previsto que la resolución se ejercite mediante notificación al deudor (*vid. infra* 3), sería conveniente especificar si, en la misma notificación de concesión de un plazo adicional para cumplir, el acreedor puede declarar la resolución en caso de transcurso infructuoso del plazo, de tal manera que la resolución opere automáticamente una vez transcurrido el plazo<sup>102</sup>, o si, por el contrario, siempre será necesario que se realice la notificación de la resolución una vez que ha transcurrido infructuosamente el plazo adicional. No encuentro inconvenientes para que en una misma notificación el acreedor otorgue un plazo adicional para el cumplimiento y declare la resolución para el caso en el que el deudor deje transcurrir el plazo sin proceder al cumplimiento. Tal es, de hecho, la solución por la que se ha optado en los textos del llamado nuevo derecho de los contratos<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> Esta última es la solución por la que se decantan los Principios UNIDROIT, en su artículo 7.1.5 (3); los PECL, en el art. 8:106 (3); y el DCFR [III. 3:503 (2)].

<sup>101</sup> Recientemente, el texto elaborado por el Grupo de expertos en derecho contractual europeo opta por considerar que la fijación del plazo resulta ineficaz (*vid. arts. 116 y 137*); solución que desaparece en el CESL.

<sup>102</sup> Mario CLEMENTE MEORO, «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española», cit., p. 8, se cuestiona si, además, es necesario notificar la resolución en caso de concesión de un plazo adicional.

<sup>103</sup> Ésta es la solución por la que opta el artículo 7.1.5 (3) Principios UNIDROIT: «La parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple». La misma solución aparece en el artículo 8:106 (3) PECL.

El DCFR también lo admite y especifica el momento en el que tiene efecto la resolución. Así III. – 3:507(2) establece: «Where a notice under III. – 3:503 (Termination after notice fixing additional time for performance) provides for automatic termination if the debtor does not perform within the period fixed by the notice, termination takes effect after that period or a reasonable length of time from the giving of notice (whichever is longer) without further notice».

Más recientemente, en 2011, el texto propuesto por el Grupo de expertos en derecho contractual europeo también recoge esta solución (*vid. arts. 116 y 137*) y el CESL en los artículos 115 (3) y 135 (3).

## 2.4 La resolución por riesgo patente de incumplimiento

La Propuesta introduce otra novedad entre los supuestos de resolución por incumplimiento: se trata de la resolución por incumplimiento anticipado.

Según lo previsto en el artículo 1200 PMDOC: «También podrá el acreedor resolver el contrato cuando exista un riesgo patente de incumplimiento esencial del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado»<sup>104</sup>. Son casos en los que todavía no se ha producido el incumplimiento, pero existe riesgo de que este se produzca y de que éste, además, tenga carácter esencial. En estos casos, si el acreedor quiere resolver el contrato, previamente tiene que conceder un plazo razonable al deudor para que cumpla u otorgue garantía de que va a cumplir. Transcurrido el plazo, el acreedor puede resolver el contrato. Pues bien, no es necesario otorgar plazo o esperar a que éste transcurra si el deudor ha declarado o declara que no cumplirá<sup>105</sup>.

Esta posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento anticipado está claramente inspirada en el artículo 72 CISG, aunque con pequeñas diferencias, pues el texto de la PMDOC establece como requisito general la concesión del plazo al deudor, mientras que la CISG sólo lo prevé en los casos en que «hubiera tiempo para ello»<sup>106</sup>.

<sup>104</sup> El único precedente en nuestro derecho se encuentra en el artículo 1503 CC, en el marco del contrato de compraventa de inmuebles y únicamente a favor del vendedor, si concurren unos presupuestos muy concretos; además no prevé la concesión de un plazo al comprador para que cumpla o asegure el cumplimiento: «Si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá promover inmediatamente la resolución de la venta.

Si no existiere ese motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1124.»

<sup>105</sup> Aunque el tenor literal del precepto únicamente dice que no es necesario conceder un plazo cuando el deudor ha declarado que no cumplirá, con buen criterio, incluye Mario CLEMENTE MEORO el caso en el que, una vez concedido el plazo, el deudor declara que no cumplirá [«La resolución por incumplimiento en la Propuesta para Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española», p. 6].

<sup>106</sup> Artículo 72 CISG: «1. Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.

2. Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

3. Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones.»

Los PECL también admiten una resolución por incumplimiento anticipado, pero no contemplan la figura de la concesión de un plazo al deudor para que cumpla o dé garantías de cumplir.

#### IV. ¿CÓMO HAY QUE PROCEDER PARA RESOLVER EL CONTRATO?: EL EJERCICIO DE LA RESOLUCIÓN

Los estudios de derecho comparado sobre la forma de ejercicio de la resolución suelen contraponer dos modelos: el modelo de resolución mediante sentencia judicial y el modelo de resolución mediante declaración de voluntad del acreedor<sup>107</sup>. En cada uno de estos modelos se arbitra un mecanismo de protección al deudor que se expone a una resolución del contrato. Mientras que, en el modelo judicial, se exige una sentencia que declare la resolución, de tal manera que es el juez quien controla que el acreedor no abusa del remedio resolutorio, el modelo de declaración unilateral de resolución, para proteger al deudor de un ejercicio abusivo, exige al acreedor que notifique al deudor su voluntad de resolver el contrato, y, en ciertos casos, que previamente otorgue al deudor una última oportunidad de cumplir y evitar la resolución. Además, si posteriormente se demuestra que el remedio resolutorio resultaba improcedente, se considerará que el acreedor ha incumplido el contrato y que debe responder por ello.

El artículo 1199 II PMDOC establece: «La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte». Por tanto, parece que la Propuesta opta por el modelo de resolución extrajudicial<sup>108</sup>, que, por otro lado, es el que se ha impuesto en el denominado moderno derecho de contratos, donde la preeminencia de la resolución mediante declaración unilateral del acreedor es evidente. Así, la CISG declara, en el artículo 26, que «la declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte». Por su parte, los Principios UNIDROIT especifican

---

Article 9:304: Anticipatory Non-Performance: «Where prior to the time for performance by a party it is clear that there will be a fundamental non-performance by it the other party may terminate the contract».

Y, recientemente, el DCFR ofrece una mejor regulación de la resolución por incumplimiento anticipado distinguiendo dos supuestos:

III. – 3:504: «Termination for anticipated non-performance. A creditor may terminate before performance of a contractual obligation is due if the debtor has declared that there will be a non-performance of the obligation, or it is otherwise clear that there will be such a non-performance, and if the non-performance would have been fundamental.

III. – 3:505: Termination for inadequate assurance of performance. A creditor who reasonably believes that there will be a fundamental non performance of a contractual obligation by the debtor may terminate if the creditor demands an adequate assurance of due performance and no such assurance is provided within a reasonable time».

<sup>107</sup> Por todos, Peter SCHLECHTRIEM, «Terminations of contracts under the Principles», cit., p. 249. En España, Rafael ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, pp. 215 y ss.; y Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, pp. 36-38.

<sup>108</sup> No obstante, no parece descartarse una resolución judicial, puesto que en los preceptos relativos a los efectos de la resolución, se hace referencia a la acción resolutoria (art. 1202 CC).

en el artículo 7.3.2 (1) que: «(e)l derecho de una parte a dar por terminado el contrato se ejercerá mediante comunicación a la otra parte». En términos muy similares, los PECL disponen que el derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita a través de una comunicación a la otra parte [art. 9:303 (1)]. Y, como no podía ser de otra manera, el DCFR sigue la línea marcada por los demás textos mencionados (III.-3:507 DCFR).

Este modelo de resolución previsto en la Propuesta contrasta con lo que estableció el legislador español en 1889, que —con una clara inspiración francesa— se decantó por el modelo de resolución judicial<sup>109</sup>. Así se desprende claramente del tenor literal del artículo 1124 CC español, que establece: «el tribunal decretará la resolución que se reclame». Sin embargo, sería un error afirmar que el modelo de resolución diseñado en la Propuesta supone una auténtica novedad, puesto que, en el Derecho español, la forma de ejercicio de la resolución por incumplimiento ha sufrido una clara evolución en este sentido, por obra, fundamentalmente, de la jurisprudencia. De hecho, desde los primeros años de aplicación del Código civil, el Tribunal Supremo admitió la posibilidad de una resolución sin intervención judicial<sup>110</sup>. Esto significa que, en el Derecho español, es posible ejercitar la resolución por incumplimiento mediante una declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva de que, si la declaración de resolución hecha por una de las partes se impugna por la otra, quede aquélla sometida al examen y sanción de los tribunales, que habrán de declarar, en definitiva, que la resolución está bien hecha o que, por el contrario, no se ajusta a derecho<sup>111</sup>. Ahora bien, el hecho de que la superación del modelo judicial de resolución en España se haya llevado a cabo por los operadores jurídicos sin que haya ido acompañada de una modificación de los textos legales sobre la materia, ha supuesto que esta modalidad no tenga bien arbitrados los pasos que debe seguir el contratante que pretende la resolución<sup>112</sup>.

<sup>109</sup> Rafael ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., p. 220 y Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, cit., pp. 810 a 812.

<sup>110</sup> Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 813, se refiere a la «matización sobre el carácter necesariamente judicial».

<sup>111</sup> Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 813, y Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, p. 1141.

Efectivamente, desde muy temprano, encontramos pronunciamientos del Tribunal Supremo que admiten una resolución mediante declaración unilateral del acreedor dirigida al deudor. Como muestra se puede citar: SSTS 24 de octubre de 1941 (RJ 1941/1091); 28 de enero de 1943 (RJ 1943/121) y todas las sentencias que han seguido esta línea. *Vid.* Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, pp. 359 a 362.

<sup>112</sup> Rafael ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, cit., p. 260 y Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *La resolución de los contratos*

Frente a esto, en la Propuesta se ha optado por reconocer legalmente la resolución mediante notificación, pero, a diferencia de lo que sucede en los textos en los que se ha inspirado, la Propuesta no concreta en qué consiste esa notificación y qué características debe reunir; por ejemplo, si existe algún requisito de forma, cuándo produce efectos, quién corre con el riesgo de su pérdida y retraso o si puede ser retirada o revocada. Alguna de estas preguntas tiene una respuesta más o menos fácil, acudiendo, por analogía, a las normas establecidas en la Propuesta para regular la declaración de voluntad contractual, pero en algunos casos hubiera sido, quizá, conveniente que el legislador diera una solución específica para la notificación de la resolución.

Respecto a la forma de la notificación, en la Propuesta de modernización se mantiene el principio de libertad de forma que rige en el Código civil de 1889<sup>113</sup>. Por tanto, si no se ha especificado nada, se puede entender que la notificación de la resolución no está sometida a requisitos formales<sup>114</sup>. Ahora bien, a pesar de la ausencia de formalismo, es importante que el contratante que declara la resolución se asegure la posibilidad de probar la existencia de la voluntad resolutoria<sup>115</sup>.

En cuanto al momento de eficacia de la notificación de la resolución, si se acude a las normas que regulan las declaraciones contractuales, se puede afirmar que la notificación de la resolución producirá efectos cuando llegue al contratante incumplidor (siendo suficiente con que llegue al lugar que tenga designado para ello, a su establecimiento o a su domicilio)<sup>116</sup>. Ahora bien, a

---

*bilaterales por incumplimiento*, p. 367, con un intento de perfilar las características de la resolución mediante declaración del acreedor en el Derecho español (pp. 369 a 514).

<sup>113</sup> Cfr. artículo 1239 PMDOC, que declara respecto de la forma de los contratos:

«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se haya manifestado, salvo que por ley o por voluntad de las partes, se exija para su validez que conste por escrito u otro requisito adicional.

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

<sup>114</sup> Por ejemplo, el artículo 1504 CC, cuya supresión o modificación no está prevista en la Propuesta, exige que la resolución tenga lugar mediante requerimiento judicial o acta notarial, en el caso de compraventa de bienes inmuebles y resolución por falta de pago del precio. Mario CLEMENTE MEORO, «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española», cit., p. 8. *Vid.* más detalles sobre este caso y otros en los que la resolución debe cumplir ciertos requisitos formales en Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, cit., pp. 491 a 514.

<sup>115</sup> Sobre la forma de la declaración de resolución, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, cit., pp. 480-514.

<sup>116</sup> Cfr. los artículos 1247 y 1257 PMDOC, que, respecto de la oferta y la aceptación en la formación del contrato, declaran que «tendrá(n) efectividad cuando lleguen al destinatario». A su vez, el artículo 1257 PMDOC establece que: «A los efectos de este capítulo,

pesar de que la notificación no es eficaz hasta que llega a su destinatario, lo cierto es que existe desde que es emitida por el acreedor. Esta distinción entre existencia y eficacia permite plantearse la posibilidad de una retirada de la notificación cuando ha sido emitida por el acreedor, pero todavía no ha llegado a su destinatario, y una revocación de la notificación cuando ya ha llegado a su destinatario y, por tanto, es eficaz. La Propuesta se decanta claramente por la posibilidad de retirar la notificación siempre que dicha retirada llegue a su destinatario antes que la propia notificación de la resolución o al mismo tiempo que ésta<sup>117</sup>. Por lo que respecta a la revocación, la notificación de resolución tiene carácter irrevocable<sup>118</sup>.

Si se admite que la notificación de la resolución es eficaz desde el momento en que llegue al contratante incumplidor, parece razonable deducir que, desde que el acreedor emite la notificación hasta que ésta llega al deudor, la pérdida o retraso que pueda sufrir la notificación, en principio, es de cuenta del declarante, a no ser que la misma se deba a una circunstancia de la que hubiera de responder el destinatario. Sin embargo, tanto la CISG como los PECL –a mi juicio, acertadamente– hacen correr al destinatario de la declaración con los riesgos de pérdida, error o retraso en su transmisión, siempre y cuando la comunicación se haya realizado por un medio adecuado a las circunstancias [art. 27 CISG<sup>119</sup> y 1:303 (4) PECL]. La razón es sencilla: puesto que la notificación de la resolución tiene su origen en la falta de cumplimiento de su destinatario, parece conveniente que sea él quien corra con los riesgos de pérdida o retraso de la notificación. Sería bueno que la Propuesta se planteara una solución de este tipo<sup>120</sup>.

---

para entender que una comunicación ha llegado a su destinatario, basta que haya llegado al lugar que tenga designado para ello, a su establecimiento o a su domicilio.»

Esta solución difiere de la que se extrae del actual 1262 II CC, que establece como momento relevante el momento de conocimiento por su destinatario, aunque no siempre es necesario que dicho conocimiento se produzca, puesto que se admite que la declaración surta efectos cuando, habiendo sido emitida, el destinatario «no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe».

<sup>117</sup> A esta conclusión se llega de la lectura de los artículos 1247 y 1254 PMDOC, que prevén la posibilidad de una retirada de la oferta o la aceptación, respectivamente, siempre que la retirada llegue a su destinatario «antes o al mismo tiempo» que la oferta o la aceptación, según corresponda.

<sup>118</sup> Sobre posibles excepciones al carácter irrevocable de la notificación de resolución, *vid.* Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, cit., pp. 401 a 405.

<sup>119</sup> Este precepto de la CISG se aplica a las declaraciones que tengan lugar en la ejecución del contrato y como consecuencia de la existencia de perturbaciones en la ejecución.

<sup>120</sup> Más detalles en Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, cit., pp. 390-394.

## V. LOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

Para finalizar con el análisis del régimen de la resolución por incumplimiento en la Propuesta, voy a ocuparme de los efectos de la resolución. Ya sólo el hecho de que la Propuesta dedique unos preceptos a la regulación de los efectos de la resolución es un gran acierto, pues, en el artículo 1124 CC, esta cuestión apenas se mencionó y ello ha generado una gran discusión en la doctrina y una falta de homogeneidad en la jurisprudencia. Voy a centrarme en los dos tipos de efectos que pueden distinguirse en la resolución por incumplimiento: los efectos liberatorios y los efectos restitutorios.

### 1. LOS EFECTOS LIBERATORIOS

Según establece el artículo 1202 I PMDOC: «La resolución libera a ambas partes de las obligaciones contraídas en virtud del contrato, pero no afecta a las estipulaciones relativas a la decisión de controversias, ni a cualquiera otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la resolución»<sup>121</sup>.

La incorporación de un precepto de este tipo es totalmente acertada. Permite aclarar algo que en la doctrina española había generado cierta discusión debido a la ausencia de previsión legal expresa al respecto. La resolución se predica de un contrato plenamente válido y eficaz; por tanto no puede equipararse a la nulidad y sus efectos no pueden ser los mismos<sup>122</sup>. De ahí que se aclare que la resolución provoca la liberación de las partes en cuanto a las obligaciones derivadas del contrato, pero que no supone la completa desaparición del contrato, pues se mantienen las cláusulas relativas a la solución de controversias, y cualesquiera otras previstas para el caso de resolución (por ejemplo, la cláusula penal)<sup>123</sup>.

### 2. LOS EFECTOS RESTITUTORIOS

Junto al efecto liberatorio, la Propuesta atribuye a la resolución por incumplimiento efectos restitutorios. A ello dedica los artículos 1203 y 1204 PMDOC. Esto supone un gran avance respecto a

<sup>121</sup> Este precepto está claramente inspirado en el artículo 81.1 CISG. *Vid.* las diferencias con el artículo 7.3.5 Principios UNIDROIT y el artículo 9:305 PECL, que conciben la extinción de las obligaciones para el futuro.

<sup>122</sup> Mario CLEMENTE MEORO, «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española», cit., p. 10.

<sup>123</sup> La formulación coincide con lo previsto en los artículos 81.1 CISG; 7.3.5 Principios UNIDROIT y 9:305 PECL.

la situación actual en derecho español, que, ante la falta de previsión legal, ha llevado a buscar la solución en la aplicación analógica de normas de diversa índole, si bien estas, al no estar expresamente previstas para la resolución, no siempre dan una solución ajustada<sup>124</sup>. Concretamente, el artículo 1203 PMDOC declara:

«Resuelto el contrato, deberán restituirse las prestaciones ya realizadas y los rendimientos obtenidos de ellas. Si ambas partes están obligadas a la restitución, deberá realizarse simultáneamente.

Cuando no sea posible la restitución específica del objeto de la prestación o de los rendimientos obtenidos, deberá restituirse su valor en el momento en que la restitución se hizo imposible. Sin embargo, la parte que resuelva el contrato no estará obligada a restituir el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo no obstante haber observado la diligencia debida<sup>125</sup>.

El que restituye tiene derecho al abono de los gastos necesarios realizados en la cosa objeto de restitución. Los demás gastos serán abonados en cuanto determinen un enriquecimiento de aquel a quien se restituye.»

A su vez, el artículo 1304 PMDOC especifica: «En la resolución de los contratos de ejecución continuada o sucesiva, la obligación de restituir no alcanza a las prestaciones realizadas cuando entre prestaciones y contraprestaciones exista la correspondiente reciprocidad de intereses conforme al contrato en su conjunto».

Estos preceptos no siguen el modelo que les ofrecen los Principios UNIDROIT y los PECL; las soluciones de la Propuesta difieren de las de los textos internacionales en su planteamiento. Mientras que, para estos últimos, la regla general es que la resolución no tiene efecto retroactivo, sino que éste es una excepción para justificar en ciertos casos la restitución de las prestaciones ya realizadas<sup>126</sup>; en el caso de la Propuesta la regla de la que se parte es la contraria; es decir, la resolución tiene efectos retroactivos, salvo en los casos de contratos de ejecución continuada o sucesiva, en los que el alcance de la retroacción es limitado. Curiosamente, el DCFR se ha apartado en este punto de la senda marcada por los PECL y contempla una eficacia retroactiva de la resolución (III 3:510)<sup>127</sup>.

<sup>124</sup> Vid. Mario CLEMENTE MEORO, «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española», cit., pp. 10-11.

<sup>125</sup> Vid. artículo 82.2 CISG.

<sup>126</sup> Vid. artículos. 9:306 a 9:309 PECL. Hay un mayor reconocimiento de los efectos restitutorios en el artículo 7.3.6 Principios UNIDROIT.

<sup>127</sup> III. – 3:510: «Restitution of benefits received by performance

(1) On termination under this Section a party (the recipient) who has received any benefit by the other's performance of obligations under the terminated contractual relation-

Por lo que respecta al objeto de la restitución, la Propuesta exige que se restituyan las prestaciones y los frutos obtenidos de ellas (intereses, en el caso de dinero)<sup>128</sup>. Además, el que restituye tiene derecho a que se le abonen los gastos necesarios realizados en la cosa objeto de restitución y, respecto de los demás gastos, sólo se abonarán en la medida en que determinen un enriquecimiento del que recibe la restitución.

Por último, la Propuesta da una solución para los casos en los que no resulte posible la restitución de la prestación o de los rendimientos obtenidos. Cuando esto suceda, el obligado a restituir entregará el valor en el momento en que la restitución se hizo imposible<sup>129</sup>. Ahora bien, no existe obligación de restituir el valor cuando sea el contratante que resuelve el que no pueda devolver la prestación y la destrucción o pérdida del objeto se haya producido a pesar haber empleado la diligencia exigible.

## VI. VALORACIÓN DE LA PROPUESTA ¿LO MEJOR ES ENEMIGO DE LO BUENO?

Según un viejo proverbio francés, «lo mejor es enemigo de lo bueno»<sup>130</sup>, o dicho en otras palabras, puede suceder que querer

ship or terminated part of the contractual relationship is obliged to return it. Where both parties have obligations to return, the obligations are reciprocal.

(2) If the performance was a payment of money, the amount received is to be repaid.

(3) To the extent that the benefit (not being money) is transferable, it is to be returned by transferring it. However, if a transfer would cause unreasonable effort or expense, the benefit may be returned by paying its value.

(4) To the extent that the benefit is not transferable it is to be returned by paying its value in accordance with III. – 3:512 (Payment of value of benefit).

(5) The obligation to return a benefit extends to any natural or legal fruits received from the benefit.

III. – 3:511: When restitution not required

(1) There is no obligation to make restitution under this Sub-section to the extent that conforming performance by one party has been met by conforming performance by the other.

(2) The terminating party may elect to treat performance as non-conforming if what was received by that party is of no, or fundamentally reduced, value to that party because of the other party's non-performance.

(3) Restitution under this Sub-section is not required where the contract was gratuitous.»

<sup>128</sup> No se incluyen, por tanto, los frutos que hubiera podido percibir. *Vid.* Mario CLEMENTE MEORO, «La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española», cit., p. 11.

Reglas similares sobre restitución de frutos e intereses aparecen en el artículo 84 CISG.

<sup>129</sup> Para los supuestos en los que no se puede restituir el objeto, el artículo 7.3.6 UNIDROIT declara que se realizará una compensación en dinero, siempre que sea razonable, y el artículo 9:309 PECL establece que se abone una suma razonable acorde con el valor que la prestación haya tenido para la otra parte.

<sup>130</sup> «Le mieux est l'ennemi du bien».

hacer demasiado termine por estropear lo que estaba bien hecho. Es cierto que la regulación que ofrece la PMDOC de la resolución por incumplimiento supone un valioso ensayo de modernización de esta institución en el derecho español; también es cierto que proporciona soluciones adecuadas a las necesidades sociales y económicas de nuestro país y que éstas son muy próximas a las que ofrece el moderno derecho de contratos (aunque, en muchos casos, se han codificado los avances que la doctrina y jurisprudencia habían realizado para adaptar esta figura a los tiempos que corren).

Ahora bien, yo creo que no debemos conformarnos con lo que está bien y es legítimo aspirar a mejorar de la propuesta; hemos esperado muchos años y estamos a tiempo de realizar unos retoques para su perfeccionamiento. Estos retoques no afectan a su diseño central, sino que suponen, básicamente, pequeñas correcciones sistemáticas y el desarrollo de alguna de las figuras que se contemplan. Mis sugerencias, plasmadas a lo largo de este trabajo, consisten fundamentalmente en llevar a las disposiciones generales del capítulo dedicado al incumplimiento algunas de las cuestiones que aparecen reguladas en los preceptos dedicados a la resolución por incumplimiento, porque pueden afectar a otros remedios diferentes; concretamente, me refiero a la definición del incumplimiento esencial, a la figura de la concesión de un plazo adicional al deudor para que cumpla y al denominado *ius variandi* del acreedor. Además, cabría replantearse la definición de incumplimiento esencial, que quizá resulta excesivamente escueta, y el desarrollo de la regulación del plazo adicional, figura que aparece por primera vez en derecho español y que merece una mayor atención, así como precisar algunos aspectos del ejercicio de la resolución.

En cualquier caso, todas mis sugerencias no son más que un simple retoque para afinar un buen sistema de resolución por incumplimiento plasmado en la Propuesta.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3.<sup>a</sup> ed., Comares, Granada, 2008.
- CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- CLEMENTE MEORO, Mario E., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1998.
- *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Bosch, Barcelona, 2009.
- «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho

- civil de la Comisión General de Codificación española», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2131, 2011.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN. SECCIÓN DE DERECHO CIVIL, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, 2009.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel, *El incumplimiento de las obligaciones*, Tecnos, Madrid, 1989
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Comentario a la STS de 17 de junio de 1986», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 11, 1986, pp. 3773-3788.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, «Resolución (D.º Civil)», *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Civitas, Madrid, 1995, pp. 5889-5899.
- *Los incumplimientos resolutorios*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005; *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- «La propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos (una presentación)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, 2011.
- ROCA, Encarna, MORALES, Antonio Manuel, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.
- EXPERT GROUP ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Feasibility study for a future instrument in European Contract Law* (3 May 2011), disponible en [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility\\_study\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf) (visitado el 9/10/2011).
- FENOY PICÓN, Nieves, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos Generales. El incumplimiento», *ADC*, LXIII, 2010, pp. 42-136.
- FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz, «El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español», *RJC*, 2, 2009, pp. 479-496.
- HONNOLD, John, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3.ª ed., Kluwer Law International, La Haya, 1999.
- JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.
- «Comentario a la STS de 26 de noviembre de 1987», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 15, 1987, pp. 5183-5207.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010.
- OGÁYAR AYLLÓN, Tomás, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 del CC*, Aranzadi, Pamplona, 1983.
- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa, «El remedio resolutorio en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones en España: un estudio desde el Derecho Privado Europeo», en Klaus Jochen Albiez Dohrmann (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, Barcelona, 2001, pp. 423 a 447.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Resolución por incumplimiento e indemnización», *ADC*, XLII, 1989, pp. 1143-1168.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, XLVI, 1993, pp. 1719-1745.
- PINTÓ RUIZ, Juan José, «En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)», 2.ª parte, *RJC*, 1953, pp. 424 a 446.

- PUIG PEÑA, Federico, *La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico bilateral*, RGLJ, 221, 1966, pp. 9-26.
- ROCA SASTRE, Ramón María, «El riesgo en el contrato de compraventa», en *Estudios de Derecho Privado I*, Bosch, Barcelona, 1948, pp. 389-403.
- ROCA TRÍAS, Encarna, «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2132, 2011.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula, *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.
- «La modernización del derecho de obligaciones y la resolución por incumplimiento en los ordenamientos español y chileno», en Íñigo de la MAZA GAZMURI, «Incumplimiento contractual nuevas perspectivas», *Cuadernos de Análisis jurídico*, Colección de Derecho privado, VII, ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2011, pp. 107 a 170.
- SCHLECTRIEM, Peter, «Terminations of contracts under the Principles», en Bonell, M. J., Bonelli, F. (ed.), *Contratti Commerciali internazionali e principi Unidroit*, Giuffrè, Milán, 1997, pp. 249-269.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND THE RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, Christian von Bar y Eric Clive (ed.), vol. 1, Sellier-European Law Publisher, Múnich, 2009.
- TRAVIESAS, M. Miguel, «Obligaciones recíprocas», *RDP*, 192, 1929, pp. 273-288.
- VAQUER ALOY, Antoni, «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?», *ADC*, LXIV, 2011, pp. 5-39.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, «El incumplimiento y los remedios del acreedor en la Propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos español», *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 16, 2011, pp. 243-302.

# CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

**MARTA REQUEJO ISIDRO**

Profesora Titular de Derecho internacional privado  
Universidad de Santiago de Compostela

## I. LEGISLACIÓN

### A) NORMATIVA VIGENTE

#### ACUERDO EEE

1. **Modificaciones.** *DOUE*, L, núm. 58, de 3 de marzo de 2011; núm. 85, de 31 de marzo de 2011; núm. 93, de 7 de abril de 2011; núm. 117, de 5 de mayo de 2011; núm. 171, de 30 de junio de 2011; núm. 196, de 28 de julio de 2011.

#### CONSUMIDORES

2. **Decisión de la Comisión, de 1 de marzo de 2011, que modifica la Decisión 2007/76/CE, por la que se aplica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores, en lo que respecta a la asistencia mutua [notificada con el número C (2011) 1165].** *DOUE*, L, núm. 59, de 4 de febrero de 2011.
3. **Corrección de errores de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo.** *DOUE*, L, núm. 234, de 10 de septiembre de 2011.
4. **Reglamento (UE) núm. 954/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores.** *DOUE*, L, núm. 259, de 4 de octubre de 2011.

## ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

5. **Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. *DOUE*, L, núm. 131, de 18 de mayo de 2011.**
6. **Reglamento de ejecución (UE) núm. 583/2011 del Consejo, de 9 de junio de 2011, por el que se modifican las listas de procedimientos de insolvencia, procedimientos de liquidación y síndicos de los anexos A, B y C del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia y se codifican los anexos A, B y C de dicho Reglamento. *DOUE*, L, núm. 160, de 18 de junio de 2011.**
7. **Decisión del Consejo, de 9 de junio de 2011, sobre la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia. *DOUE*, L, núm. 192, de 22 de julio de 2011.**

## PROPIEDAD INTELECTUAL

8. **Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. *DOUE*, L, núm. 265, de 11 de octubre de 2011.**

## SOCIEDADES

9. **Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas. *DOUE*, L, núm. 110, de 29 de abril de 2011.**

## B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

## CONSUMIDORES

10. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas» COM(2010) 348 final. *DOUE*, C, núm. 84, de 17 de marzo de 2011.**
11. **Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo con arreglo al artículo 294, apartado 6, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea acerca de la posición del Consejo en primera lectura sobre la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables y por el que se modifica el Reglamento (CE)**

- núm. 2006/2004 sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores. *DOUE*, C, núm. 88, de 19 de marzo de 2011.
12. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo con arreglo al artículo 294, apartado 6, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea acerca de la posición del Consejo en primera lectura sobre la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores. *DOUE*, C, núm. 88, de 19 de marzo de 2011.
  13. Corrección de errores de la Comunicación de la Comisión de conformidad con el artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores, en relación con las autoridades competentes y las oficinas de enlace únicas. *DOUE*, C, núm. 106, de 6 de abril de 2011.
  14. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Consumidores y posibilidades transfronterizas en el mercado interior» (*Dictamen exploratorio a petición de la Presidencia húngara*). *DOUE*, C, núm. 132, de 3 de mayo de 2011.
  15. Comunicación de la Comisión conforme al artículo 4, apartado 3, de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva. *DOUE*, C, núm. 158, de 27 de mayo de 2011.
  16. Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de mayo de 2010, sobre cómo ofrecer un mercado único a los consumidores y los ciudadanos [2010/2011(INI)]. *DOUE*, C, núm. 161 E, de 31 de mayo de 2011.
  17. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores» [COM(2010) 791 final – 2011/0001 (COD)]. *DOUE*, C, núm. 218, de 23 de julio de 2011.
  18. Comunicación de la Comisión de conformidad con el artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores, en relación con las autoridades competentes y las oficinas de enlace únicas. *DOUE*, C, núm. 260, de 2 de septiembre de 2011.

## DERIVADOS

19. **Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2010, sobre los mercados de derivados: actuaciones futuras [2010/2008(INI)].** *DOUE*, C, núm. 236E, de 12 de agosto de 2011.

## EMPRESAS

20. **Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de mayo de 2010, sobre las cuestiones deontológicas relativas a la gestión de las empresas [2009/2177(INI)].** *DOUE*, C, núm. 161E, de 31 de mayo de 2011.

## ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

21. **Propuesta de Decisión del Consejo núm. .../2010/UE por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal (referencia al documento).** *DOUE*, C, núm. 121, de 19 de abril de 2011.
22. **Propuesta de Reglamento (UE) núm. .../... del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (referencia al documento).** *DOUE*, C, núm. 121, de 19 de abril de 2011.
23. **Información relativa a la fecha de entrada en vigor del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007.** *DOUE*, L, C, núm. 138, de 26 de mayo de 2011.
24. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil» [COM(2010) 748 final/2 – 2010/0383 (COD)].** *DOUE*, C, núm. 218, de 23 de julio de 2011.
25. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 16 de junio de 2010, sobre el proyecto de Decisión del Consejo por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la legislación aplicable al divorcio y a la separación legal [09898/2/2010 – C7-0145/2010 - 2010/0066(NLE)].** *DOUE*, C, núm. 236E, de 6 de agosto de 2011.
26. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde – Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil»[COM(2010) 747 final].** *DOUE*, C, núm. 248, de 25 de agosto de 2011.

27. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 89/666/CEE, 2005/56/CE y 2009/101/CE en lo que respecta a la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades» [COM(2011) 79 final - 2011/0038 (COD)].** *DOUE, C*, núm. 248, de 25 de agosto de 2011.
28. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones.– Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea» [COM(2010) 609 final].** *DOUE, C*, núm. 248, de 25 de agosto de 2011.
29. **La interconexión de los registros mercantiles. Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2010, sobre la interconexión de los registros mercantiles [2010/2055(INI)].** *DOUE, C*, núm. 308E, de 20 de octubre de 2011.
30. **Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2010, sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) núm. 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)].** *DOUE, C*, núm. 308E, de 20 de octubre de 2011.

#### INTERNET

31. **Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2010, sobre la Internet de los objetos [2009/2224(INI)].** *DOUE, C*, núm. 236E, de 6 de agosto de 2011.
32. **Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2010, sobre la gobernanza de Internet: los próximos pasos [2009/2229(INI)].** *DOUE, C*, núm. 236E, de 6 de agosto de 2011.

#### INVERSORES

33. **Dictamen del Banco Central Europeo, de 16 de febrero de 2011, sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los sistemas de garantía de depósitos (refundición) y sobre una propuesta de directiva por la que se modifica la Directiva 97/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los sistemas de indemnización de los inversores (CON/2011/12).** *DOUE, C*, núm. 99, de 31 de marzo de 2011.

## MERCADO INTERIOR

34. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Ejercicio de supervisión del mercado del comercio y de la distribución «Hacia un mercado interior del comercio y de la distribución más justo y eficaz en la perspectiva de 2020» COM(2010) 355 final. DOUE, C, núm. 84, de 17 de marzo de 2011.**

## MERCADOS REGULADOS

35. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 17 de junio de 2010, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2003/71/CE sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y la Directiva 2004/109/CE sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado [COM(2009)0491 – C7-0170/2009 – 2009/0132(COD)]. DOUE, C, núm. 236E, de 6 de agosto de 2011.**
36. **Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 17 de junio de 2010 con vistas a la adopción de la Directiva 2010/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2003/71/CE sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y la Directiva 2004/109/CE sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado). DOUE, C, núm. 236E, de 6 de agosto de 2011.**

## PROPIEDAD INDUSTRIAL

37. **Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria, COM (2011) 215. DOUE, C, núm. 189, de 29 de junio de 2011.**
38. **Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción COM (2011) 216. DOUE, C, núm. 189, de 29 de junio de 2011.**
39. **Dictamen 1/09: Dictamen del Tribunal de Justicia (Pleno) de 8 de marzo de 2011 – Consejo de la Unión Europea (Dictamen emitido con arreglo al artículo 218 TFUE, apartado 11 – Proyecto de acuerdo – Creación de un sistema unificado de resolución de litigios en materia de patentes – Tribunal europeo y comunitario de patentes**

– **Compatibilidad de dicho proyecto con los Tratados).** *DOUE, C*, núm. 211, de 16 de julio de 2011.

#### PROPIEDAD INTELECTUAL

40. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Derechos de propiedad intelectual en el ámbito de la música» (Dictamen de iniciativa).** *DOUE, C*, núm. 318, de 29 de octubre de 2011.

#### SEGUROS

41. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Blanco: Sistemas de garantía de seguros»[COM(2010) 370 final].** *DOUE, C*, núm. 218, de 23 de julio de 2011.

#### SISTEMAS DE PAGO

42. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago COM(2010) 482 final – 2010/0251 (COD).** *DOUE, C*, núm. 84, de 17 de marzo de 2011.
43. **Dictamen del Banco Central Europeo, de 3 de marzo de 2011, acerca de una propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago (CON/2011/17).** *DOUE, C*, núm. 91, de 23 de marzo de 2011.
44. **Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago. (referencia al documento).** *DOUE, C*, núm. 121, de 19 de abril de 2011.

#### SOCIEDADES

45. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde - El gobierno corporativo en las entidades financieras y las políticas de remuneración» COM(2010) 284 final.** *DOUE, C*, núm. 84, de 17 de marzo de 2011.
46. **Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 54 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (texto codificado; referencia al documento).** *DOUE, C*, núm. 121, de 19 de abril de 2011.

47. **Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de [...] relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (texto codificado, referencia al documento).** *DOUE*, C, núm. 121, de 19 de abril de 2011.
48. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital» (Texto refundido) COM(2011) 29 final – 2011/0011 (COD).** *DOUE*, C, núm. 132, de 3 de mayo de 2011.

## II. PRÁCTICA DEL TJ Y DEL TPI

### AYUDAS DE ESTADO

49. **Asunto T-584/08: Sentencia del Tribunal General de 3 de febrero de 2011 – Cantiere navale De Poli/Comisión (Ayudas de Estado – Mecanismo de defensa temporal en favor de la construcción naval – Modificación proyectada por las autoridades italianas de un régimen de ayudas previamente autorizado por la Comisión – Decisión por la que se declara el régimen de ayudas incompatible con el mercado común).** *DOUE*, C, núm. 89, de 19 de marzo de 2011.
50. **Asunto T-3/09: Sentencia del Tribunal General de 3 de febrero de 2011 – Italia/Comisión (Ayudas de Estado – Mecanismo de defensa temporal a favor de la construcción naval – Modificación prevista por las autoridades italianas de un régimen de ayudas previamente autorizado por la Comisión – Decisión que declara que el régimen de ayudas es incompatible con el mercado común).** *DOUE*, C, núm. 89, de 19 de marzo de 2011.
51. **Asunto T-520/10 R: Auto del Presidente del Tribunal General de 17 de febrero de 2011 – Comunidad Autónoma de Galicia/Comisión (Procedimiento sobre medidas provisionales – Ayudas de Estado – Compensación de los costes adicionales de producción de ciertas centrales eléctricas como consecuencia de su obligación de servicio público de producir determinados volúmenes de electricidad utilizando carbón autóctono y establecimiento de un «mecanismo de entrada en funcionamiento preferente» en favor de dichas centrales – Decisión de no plantear objeciones – Demanda de suspensión de la ejecución – *Fumus boni iuris* – Inexistencia de urgencia – Ponderación de los intereses contrapuestos).** *DOUE*, C, núm. 113, de 9 de abril de 2011.

52. Asunto T-443/08 y T-455/08: Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 – Freistaat Sachsen y otros/Comisión (Ayudas de Estado – Ayuda a favor del aeropuerto de Leipzig-Halle – Financiación de las inversiones relativas a la construcción de la nueva pista sur – Decisión por la que se declara la ayuda compatible con el mercado común – Recurso de anulación – Inexistencia de interés en ejercitar la acción – Inadmisibilidad – Concepto de empresa – Concepto de actividad económica – Infraestructura aeroportuaria). *DOUE*, C, núm. 145, de 14 de mayo de 2011.
53. Asunto C-369/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 24 de marzo de 2011 – ISD Polska sp. z o.o., Industrial Union of Donbass Corp., ISD Polska sp. z o.o. (anteriormente Majątek Hutniczy sp. z o.o.)/Comisión Europea (Recurso de casación – Ayudas de Estado – Decisión de la Comisión – Declaración de la incompatibilidad de una ayuda con el mercado común – Orden de recuperación de la ayuda – Principios de seguridad jurídica y de irretroactividad – Principio de protección de la confianza legítima – Determinación del carácter adecuado del tipo de interés aplicable a la recuperación de las ayudas). *DOUE*, C, núm. 152, de 21 de mayo de 2011.
54. Asunto T-484/10 R: Auto del Presidente del Tribunal General de 17 de febrero de 2011 – Gas Natural Fenosa SDG/Comisión (Procedimiento sobre medidas provisionales – Ayudas de Estado – Compensación de los costes adicionales de producción de ciertas centrales eléctricas como consecuencia de su obligación de servicio público de producir determinados volúmenes de electricidad utilizando carbón autóctono y establecimiento de un «mecanismo de entrada en funcionamiento preferente» en favor de dichas centrales – Decisión de no plantear objeciones – Demanda de suspensión de la ejecución – *Fumus boni iuris* – Inexistencia de urgencia – Ponderación de los intereses contrapuestos). *DOUE*, C, núm. 152, de 21 de mayo de 2011.
55. Asunto T-486/10 R: Auto del Presidente del Tribunal General de 17 de febrero de 2011 – Iberdrola/Comisión (Procedimiento sobre medidas provisionales – Ayudas de Estado – Compensación de los costes adicionales de producción de ciertas centrales eléctricas como consecuencia de su obligación de servicio público de producir determinados volúmenes de electricidad utilizando carbón autóctono y establecimiento de un «mecanismo de entrada en funcionamiento preferente» en favor de dichas centrales – Decisión de no plantear objeciones – Demanda de suspensión de la ejecución – *Fumus boni iuris* – Inexistencia de urgencia – Ponderación de los intereses contrapuestos). *DOUE*, C, núm. 152, de 21 de mayo de 2011.
56. Asunto T-490/10 R: Auto del Presidente del Tribunal General de 17 de febrero de 2011 – Endesa y Endesa Generación/Comisión (Procedimiento sobre medidas provisionales – Ayudas de Estado – Compensación de los costes adicionales de producción de ciertas centrales eléctricas como consecuencia de su obligación de servicio público de producir determinados volúmenes de electricidad utili-

zando carbón autóctono y establecimiento de un «mecanismo de entrada en funcionamiento preferente» en favor de dichas centrales – Decisión de no plantear objeciones – Demanda de suspensión de la ejecución – *Fumus boni iuris* – Inexistencia de urgencia – Ponderación de los intereses contrapuestos). *DOUE*, C, núm. 152, de 21 de mayo de 2011.

57. Asunto C-305/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 5 de mayo de 2011 – Comisión Europea/República Italiana (Incumplimiento de Estado – Ayudas de Estado – Incentivos fiscales en favor de empresas que participan en ferias en el extranjero – Recuperación). *DOUE*, C, núm. 186, de 25 de junio de 2011.
58. Asunto T-1/08: Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2011 – Buczek Automotive/Comisión (Ayudas de Estado – Reestructuración de la industria siderúrgica polaca – Cobro de créditos públicos – Decisión que declara las ayudas incompatibles con el mercado común y ordena su recuperación – Recurso de anulación – Interés en ejercitar la acción – Admisibilidad – Concepto de ayuda de Estado – Criterio del acreedor privado). *DOUE*, C, núm. 186, de 25 de junio de 2011.
59. Asuntos acumulados T-267/08 y T-279/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de mayo de 2011 – Région Nord-Pas-de-Calais y Communauté d’agglomération du Douaisis/Comisión (Ayudas de Estado – Construcción de material ferroviario – Adelantos reembolsables – Decisión que declara la incompatibilidad de la ayuda con el mercado común y ordena su recuperación – Adaptación de las pretensiones – Derecho de defensa – Obligación de motivación – Recursos de Estado – Imputabilidad del Estado – Criterio del inversor privado – Empresa en dificultades). *DOUE*, C, núm. 186, de 25 de junio de 2011.
60. Asunto T-423/07: Sentencia del Tribunal General de 19 de mayo de 2011 – Ryanair/Comisión (Ayudas de Estado – Competencia – Abuso de posición dominante – Sector aéreo – Uso exclusivo de la Terminal 2 del Aeropuerto de Múnich – Recurso por omisión – Postura de la Comisión – Sobreseimiento – Obligación de actuar – Inexistencia). *DOUE*, C, núm. 194, de 2 de julio de 2011.
61. Asuntos acumulados C-71/09 P, C-73/09 P y C-76/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 9 de junio de 2011 – Comitato Venezia vuole vivere (C-71/09 P), Hotel Cipriani Srl (C-73/09 P), Società italiana per il gas SpA (C-73/09 P)/Coopservice – Servizi di fiducia Soc. coop. rl, Comisión Europea, República Italiana [Recurso de casación – Recurso de anulación – Admisibilidad – Legitimación – Interés en ejercitar la acción – Excepción de litispendencia – Ayudas de Estado – Régimen de ayudas multi-sectorial – Reducciones de cargas sociales – Decisión 2000/394/CE – Carácter compensatorio – Perjuicio del comercio intracomunitario – Repercusión en la competencia – Alcance del control – Carga de la prueba – Obligación de motivación – Artículo 87 CE, apartado 2, letra b), y apartado 3, letras a) a d) – Reglamento (CE)

núm. 659/1999 – Artículos 14 y 15] . *DOUE*, C, núm. 226, de 30 de julio de 2011.

62. Asuntos acumulados C-465/09 a C-470/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 9 de junio de 2011 – Territorio Histórico de Vizcaya – Diputación Foral de Vizcaya (C-465/09 P y C-468/09 P), Territorio Histórico de Álava – Diputación Foral de Álava (C-466/09 P y C-469/09 P), Territorio Histórico de Guipúzcoa – Diputación Foral de Guipúzcoa (C-467/09 P y C-470/09 P)/ Comisión Europea, Comunidad Autónoma del País Vasco – Gobierno Vasco, Comunidad Autónoma de La Rioja, Confederación Empresarial Vasca (Confebask) (Recurso de casación – Ayudas de Estado – Recurso de anulación – Decisión de incoar el procedimiento de investigación formal previsto en el artículo 88 CE, apartado 2 – Decisiones definitivas por las que se declaran incompatibles con el mercado común unos regímenes de ayudas estatales ejecutados por España en 1993 en favor de algunas empresas de reciente creación en las provincias de Álava, de Vizcaya y de Guipúzcoa – Exención del impuesto sobre sociedades – Litispendencia – Concepto de ayuda autorizada – Confianza legítima – Observancia de un plazo razonable – Falta de notificación) . *DOUE*, C, núm. 226, de 30 de julio de 2011.
63. Asunto C-303/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de julio de 2011 – Comisión Europea/República Italiana (Incumplimiento de Estado – Ayudas de Estado – Ayudas en beneficio de las empresas que han realizado inversiones en los municipios afectados por desastres naturales en 2002 – Recuperación). *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
64. Asunto C-459/10 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 21 de julio de 2011 – Freistaat Sachsen, Land Sachsen-Anhalt/ Comisión Europea (Recurso de casación – Ayudas de Estado – Ayuda en favor de un proyecto de formación relativo a determinados puestos en el nuevo centro de DHL en el aeropuerto de Leipzig/Halle – Recurso de anulación contra la decisión por la que se declara una parte de la ayuda incompatible con el mercado común – Examen de la necesidad de la ayuda – Falta de consideración de las externalidades positivas de la ayuda y de sus efectos incitadores para la elección del emplazamiento). *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
65. Asunto T-357/02 RENV: Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2011 – Freistaat Sachsen/Comisión (Ayudas de Estado – Ayudas concedidas por las autoridades del Land de Sajonia – Ayudas a la consultoría, a la participación en ferias comerciales, a la cooperación y al fomento del diseño de productos – Decisión por la que se declara el régimen de ayudas en parte compatible y en parte incompatible con el mercado común – Régimen de ayudas en favor de las pequeñas y medianas empresas – No ejercicio de la facultad de apreciación – Obligación de motivación). *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.

66. Asunto C-471/09 P a C-473/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 28 de julio de 2011 – Territorio Histórico de Vizcaya – Diputación Foral de Vizcaya (C-471/09 P), Territorio Histórico de Álava – Diputación Foral de Álava (C-472/09 P), Territorio Histórico de Guipúzcoa – Diputación Foral de Guipúzcoa (C-473/09 P)/Comisión Europea, Comunidad Autónoma del País Vasco – Gobierno Vasco, Comunidad Autónoma de La Rioja, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Vizcaya, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Álava, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Guipúzcoa, Confederación Empresarial Vasca (Confebask) (Recurso de casación – Ayudas de Estado – Recurso de anulación – Decisiones de la Comisión relativas a los regímenes de ayudas estatales ejecutados por España en favor de las empresas de Vizcaya, de Álava y de Guipúzcoa – Crédito fiscal del 45 % de las inversiones – Confianza legítima – Principio de proporcionalidad – Principios de seguridad jurídica y de buena administración – Observancia de un plazo razonable – Falta de notificación). *DOUE*, C, núm. 298, de 8 de octubre de 2011.
67. Asuntos acumulados C-474/09 P a C-476/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 28 de julio de 2011 – Territorio Histórico de Vizcaya – Diputación Foral de Vizcaya (C-474/09 P), Territorio Histórico de Álava – Diputación Foral de Álava (C-475/09 P), Territorio Histórico de Guipúzcoa – Diputación Foral de Guipúzcoa (C-476/09 P)/Comisión Europea, Comunidad Autónoma del País Vasco – Gobierno Vasco, Comunidad Autónoma de La Rioja, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Vizcaya, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Álava, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Guipúzcoa, Confederación Empresarial Vasca (Confebask) (Recurso de casación – Ayudas de Estado – Recurso de anulación – Decisiones de la Comisión relativas a los regímenes de ayudas estatales ejecutados por España en favor de las empresas de Vizcaya, de Álava y de Guipúzcoa – Reducción de la base imponible para algunas empresas de reciente creación – Confianza legítima – Principios de seguridad jurídica y de buena administración – Observancia de un plazo razonable – Falta de notificación). *DOUE*, C, núm. 298, de 8 de octubre de 2011.
68. Asunto C-279/08 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 8 de septiembre de 2011 – Comisión Europea/Reino de los Países Bajos, República Federal de Alemania (Recurso de casación – Ayuda de Estado – Artículo 87 CE, apartado 1 – Régimen comercial de las emisiones de óxidos de nitrógeno – Calificación de la medida nacional de ayuda de Estado – Decisión por la que se declara la compatibilidad de la ayuda con el mercado común – Concepto de selectividad – Ventaja financiada con fondos estatales – Protección del medio ambiente – Obligación de motivación – Admisibilidad). *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
69. Asunto C-451/10 P: Auto del Tribunal de Justicia de 9 de junio de 2011 – Télévision française 1 SA (TF1)/Comisión Europea, Métropole télévision (M6), Canal +, República Francesa, France Télévi-

sions (Recurso de casación – Ayudas de Estado – Artículo 86 CE, apartado 2 – Servicio público de radiodifusión – Decisión de no plantear objeciones – Prueba – Eficacia económica de la empresa). *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.

70. Asunto C-544/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 15 de septiembre de 2011 – República Federal de Alemania/ Comisión Europea (Recurso de casación – Ayudas de Estado – Introducción de la televisión digital terrestre en la región de Berlín-Brandemburgo – Artículo 87 CE, apartado 3 – Fallo de mercado – Proporcionalidad – Neutralidad tecnológica – Incentivo). *DOUE*, C, núm. 319, de 29 de octubre de 2011.
71. Asuntos T-394/08, T-408/08, T-453/08 y T-454/08: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2011 – Regione autonoma della Sardegna y otros/Comisión (Ayudas de Estado – Ayudas en favor de la industria hotelera en la región de Cerdeña – Decisión por la que se declaran las ayudas en parte compatibles y en parte incompatibles con el mercado común y por la que se ordena su recuperación – Ayudas nuevas – Obligación de motivación – Protección de la confianza legítima – Efecto incentivador – Norma de minimis). *DOUE*, C, núm. 319, de 29 de octubre de 2011.

#### COMERCIO ELECTRÓNICO

72. Asunto C-324/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de julio de 2011 [petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (Chancery Division) – Reino Unido] – L'Oréal SA y otros/eBay International AG y otros [Marcas – Internet – Oferta de venta, en un mercado electrónico dirigido a consumidores de la Unión, de artículos de marca destinados por su titular a la venta en terceros Estados – Retirada del embalaje de dichos artículos – Directiva 89/104/CEE – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Responsabilidad del operador del mercado electrónico – Directiva 2000/31/CE (Directiva sobre comercio electrónico) – Requerimientos judiciales dirigidos a dicho operador – Directiva 2004/48/CE (Directiva relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual)]. *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.

#### CONSUMIDORES

73. Asunto C-122/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 12 de mayo de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Marknadsdomstolen – Suecia) – Konsumentombudsmannen/Ving Sverige AB [Procedimiento prejudicial – Directiva 2005/29/CE – Artículos 2, letra i), y 7, apartado 4 – Comunicación comercial publicada en un diario – Concepto de invitación a comprar – Precio de partida – Información que debe figurar en una invitación a comprar]. *DOUE*, C, núm. 204, de 9 de julio de 2011.

74. **Asuntos acumulados C-65/09 y C-87/09:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de junio de 2011 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Bundesgerichtshof, Amtsgericht Schorndorf – Alemania) – Gebr. Weber GmbH/Jürgen Wittmer (C-65/09), Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH (C-87/09) (Protección de los consumidores – Venta y garantías de los bienes de consumo – Directiva 1999/44/CE – Artículo 3, apartados 2 y 3 – Sustitución del bien defectuoso como única forma de saneamiento – Bien defectuoso que ya ha sido instalado por el consumidor – Obligación del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución – Desproporción absoluta – Consecuencias). *DOUE*, C, núm. 226, de 30 de julio de 2011.

#### DERECHO DE LA COMPETENCIA

75. **Asunto T-33/05:** Sentencia del Tribunal General de 3 de febrero de 2011 – Cetera/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado español de compra y primera transformación del tabaco crudo – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Fijación de precios y reparto del mercado – Multas – Gravedad y duración de la infracción – Igualdad de trato – Principio de proporcionalidad – Límite máximo del 10 % del volumen de negocios – Cooperación). *DOUE*, C, núm. 89, de 19 de marzo de 2011.
76. **Asunto C-52/09:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de febrero de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Stockholms tingsrätt – Suecia) – Konkurrensverket/TeliaSonera AB (Procedimiento prejudicial – Artículo 102 TFUE – Abuso de posición dominante – Precios aplicados por un operador de telecomunicaciones – Insumos para ADSL – Prestaciones de conexión de banda ancha a los clientes finales – Compresión de los márgenes de los competidores o efecto de precios tijeras). *DOUE*, C, núm. 103, de 2 de abril de 2011.
77. **Asunto C-260/09 P:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 10 de febrero de 2011 – Activision Blizzard Germany GmbH (antes CD Contact Data GmbH)/Comisión Europea (Recurso de casación – Artículo 81 CE y artículo 53 del Acuerdo EEE – Mercado de consolas de videojuegos y de cartuchos de juegos de marca Nintendo – Limitación de las exportaciones paralelas en ese mercado – Acuerdo entre fabricante y distribuidor exclusivo – Acuerdo de distribución que permite las ventas pasivas – Acreditación del concurso de voluntades a falta de prueba documental directa de una limitación de esas ventas – Nivel de la prueba necesario para acreditar un acuerdo vertical). *DOUE*, C, núm. 103, de 2 de abril de 2011.
78. **Asunto T-122/09:** Sentencia del Tribunal General de 17 de febrero de 2011 – Zhejiang Xinshiji Foods y Hubei Xinshiji Foods/Consejo [Dumping – Importaciones de cítricos preparados o conservados originarios de la República Popular China – Derecho de defensa – Obligación de motivación – Principio de buena administración –

**Artículo 15, apartado 2, artículo 20, apartados 4 y 5 del Reglamento (CE) núm. 384/96 [actualmente artículo 15, apartado 2, y artículo 20, apartados 4 y 5, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009]. DOUE, C, núm. 103, de 2 de abril de 2011.**

79. **Asunto T-110/07: Sentencia del Tribunal General de 3 de marzo de 2011 – Siemens/Comisión (Competencia – Carteles – Mercado de los proyectos relativos a conmutadores con aislamiento de gas – Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Reparto del mercado – Efectos en el interior del mercado común – Concepto de infracción continua – Duración de la infracción – Prescripción – Multas – Proporcionalidad – Circunstancias agravantes – Función de líder – Circunstancias atenuantes – Cooperación). DOUE, C, núm. 113, de 9 de abril de 2011.**
80. **Asunto T-117/07 y T-121/07: Sentencia del Tribunal General de 3 de marzo de 2011 – Areva y otros/Comisión (Competencia – Carteles – Mercado de los proyectos de conmutadores con aislamiento de gas – Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Derecho de defensa – Obligación de motivación – Imputabilidad del comportamiento infractor – Duración de la infracción – Multas – Responsabilidad solidaria para el pago de la multa – Circunstancias agravantes – Función de líder – Circunstancias atenuantes – Cooperación). DOUE, C, núm. 113, de 9 de abril de 2011.**
81. **Asuntos acumulados T-122/07 a T-124/07: Sentencia del Tribunal General de 3 de marzo de 2011 – Siemens AG Österreich y otros/Comisión (Competencia – Carteles – Mercado de los proyectos relativos a conmutadores con aislamiento de gas – Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Reparto del mercado – Efectos en el interior del mercado común – Concepto de infracción continuada – Duración de la infracción – Prescripción – Multas – Proporcionalidad – Límite máximo del 10 % del volumen de negocios – Responsabilidad solidaria para el pago de la multa – Circunstancias atenuantes – Cooperación – Derecho de defensa). DOUE, C, núm. 113, de 9 de abril de 2011.**
82. **Asunto T-37/05: Sentencia del Tribunal General de 8 de marzo de 2011 – World Wide Tobacco España/Comisión (Competencia – Carteles – Mercado español de compra y primera transformación de tabaco crudo – Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios y reparto del mercado – Multas – Efecto disuasorio – Igualdad de trato – Circunstancias atenuantes – Límite máximo del 10 % del volumen de negocios – Cooperación). DOUE, C, núm. 120, de 16 de abril de 2011.**
83. **Asunto T-419/03: Sentencia del Tribunal General de 22 de marzo de 2011 – Altstoff Recycling Austria/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Sistema de recogida y de reciclado de envases usados en Austria – Acuerdos de recogida y separación que contienen cláusulas de exclusiva – Decisión de exención indivi-**

- dual – Obligaciones impuestas – Principio de proporcionalidad). *DOUE*, C, núm. 139, de 7 de mayo de 2011.
84. Asunto T-375/06: Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 – Viega/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los empalmes de cobre y de aleaciones de cobre – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Participación en la infracción – Obligación de motivación – Multas – Volumen de negocios pertinente – Circunstancias atenuantes). *DOUE*, C, núm. 145, de 14 de mayo de 2011.
  85. Asunto T-376/06: Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 – Legris Industries/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los empalmes de cobre y de aleaciones de cobre – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad del comportamiento ilícito). *DOUE*, C, núm. 145, de 14 de mayo de 2011.
  86. Asunto T-377/06: Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 – Comap/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los empalmes de cobre y de aleaciones de cobre – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Duración de la participación en la infracción – Multas – Fijación del importe inicial de la multa – Proporcionalidad). *DOUE*, C, núm. 145, de 14 de mayo de 2011.
  87. Asunto T-378/06: Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 – IMI y otros/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los empalmes de cobre y de aleaciones de cobre – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Multas – Volumen de negocios pertinente – Comunicación sobre la cooperación – Directrices para el cálculo del importe de las multas – Igualdad de trato). *DOUE*, C, núm. 145, de 14 de mayo de 2011.
  88. Asunto T-379/06: Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 – Kaimer y otros/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los empalmes de cobre y de aleaciones de cobre – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Derecho de defensa – Participación en la infracción – Duración de la infracción – Multas – Circunstancias atenuantes – Proporcionalidad – Igualdad de trato). *DOUE*, C, núm. 145, de 14 de mayo de 2011.
  89. Asunto T-381/06: Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 – FRA.BO/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los empalmes de cobre y de aleaciones de cobre – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Multas – Comunicación sobre la cooperación – Directrices para el cálculo del importe de las multas – Circunstancias atenuantes – Dispensa de la multa – Confianza legítima – Igualdad de trato). *DOUE*, C, núm. 145, de 14 de mayo de 2011.
  90. Asunto T-382/06: Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 – Tomkins/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias

– Sector de los empalmes de cobre y de aleaciones de cobre – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad del comportamiento ilícito – Duración de la infracción). *DOUE*, C, núm. 145, de 14 de mayo de 2011.

91. Asunto T-384/06: Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 – IBP e International Building Products France/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los empalmes de cobre y de aleaciones de cobre – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Duración de la participación en la infracción – Multas – Circunstancias agravantes). *DOUE*, C, núm. 145, de 14 de mayo de 2011.
92. Asunto T-385/06: Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 – Aalberts Industries y otros/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los empalmes de cobre y de aleaciones de cobre – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Infracción única y continuada – Participación en la infracción). *DOUE*, C, núm. 145, de 14 de mayo de 2011.
93. Asunto T-386/06: Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 – Pegler/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los empalmes de cobre y de aleaciones de cobre – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad del comportamiento ilícito – Multas – Efecto disuasorio). *DOUE*, C, núm. 145, de 14 de mayo de 2011.
94. Asunto T-167/07: Sentencia del Tribunal General de 13 de abril de 2011 – Far Eastern New Century/Consejo (Dumping – Importaciones de politereftalato de etileno originario de Taiwán – Determinación del margen de dumping – Método de cálculo asimétrico – Pauta de los precios de exportación diferente según los compradores y los períodos – Margen de dumping cuya magnitud real no puede reflejarse mediante los métodos de cálculo simétricos – Obligación de motivación). *DOUE*, C, núm. 160, de 28 de mayo de 2011.
95. Asunto T-461/07: Sentencia del Tribunal General de 14 de abril de 2011 – Visa Europe y Visa International Service/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los servicios de adquisición de transacciones realizadas con tarjetas de crédito o de débito diferido – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Restricciones de la competencia – Competidor potencial – Multas – Circunstancias atenuantes – Plazo razonable – Seguridad jurídica – Derecho de defensa). *DOUE*, C, núm. 160, de 28 de mayo de 2011.
96. Asuntos acumulados C-201/09 P y C-216/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 29 de marzo de 2011 – ArcelorMittal Luxembourg SA, anteriormente Arcelor Luxembourg SA/Comisión Europea, ArcelorMittal Belval & Differdange, anteriormente Arcelor Profil Luxembourg SA, ArcelorMittal International SA, anteriormente Arcelor International SA (asunto C-201/09 P), Comisión Europea / ArcelorMittal Luxembourg SA, anteriormente

- Arcelor Luxembourg SA, ArcelorMittal Belval & Differdange SA, anteriormente Arcelor Profil Luxembourg SA, ArcelorMittal International SA (asunto C-216/09 P) [Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado comunitario de vigas de acero – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 65 CA, tras la expiración del Tratado CECA, sobre la base del Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Competencia de la Comisión – Imputabilidad del comportamiento infractor – Fuerza de cosa juzgada – Derecho de defensa – Prescripción – Concepto de suspensión de la prescripción – Efectos *erga omnes* o *inter partes* – Falta de motivación]. *DOUE*, C, núm. 173, de 11 de junio de 2011.
97. Asunto C-375/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de mayo de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Najwyższy – República de Polonia) – Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów/Tele2 Polska sp. z o.o., actualmente Netia S.A. [Competencia – Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Artículo 5 – Abuso de posición dominante – Competencias de las autoridades de competencia de los Estados miembros para declarar que no existe vulneración del artículo 102 TFUE]. *DOUE*, C, núm. 186, de 25 de junio de 2011.
98. Asunto T-299/08: Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2011 – Elf Aquitaine/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del clorato de sodio – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Imputabilidad de la conducta infractora – Derecho de defensa – Obligación de motivación – Principio de individualidad de las penas y sanciones – Principio de legalidad de las penas – Presunción de inocencia – Principio de buena administración – Principio de seguridad jurídica – Desviación de poder – Multas – Circunstancia agravante – Disuasión – Circunstancia atenuante – Cooperación durante el procedimiento administrativo – Valor añadido significativo). *DOUE*, C, núm. 186, de 25 de junio de 2011.
99. Asunto T-343/08: Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2011 – Arkema France/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del clorato de sodio – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Recurso de anulación – Admisibilidad – Imputabilidad de la conducta infractora – Multas – Circunstancia agravante – Reincidencia – Circunstancia atenuante – Cooperación durante el procedimiento administrativo – Valor añadido significativo). *DOUE*, C, núm. 186, de 25 de junio de 2011.
100. Asunto T-217/06: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2011 – Arkema France y otros/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de metacrilato – Decisión por la que se declara la infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Imputabilidad del comportamiento infractor – Obligación de motivación – Principio de igualdad de trato – Principio de buena administración – Multas – Gravedad de la infracción – Repercusiones concretas en el mercado – Efecto disuasorio de las

multas – Reincidencia – Principio *non bis in idem* – Principio de proporcionalidad – Circunstancias atenuantes – Falta de aplicación efectiva de los acuerdos – Atribución de la responsabilidad del pago dentro de un grupo de sociedades – Competencia jurisdiccional plena). *DOUE*, C, núm. 211, de 16 de julio de 2011.

101. Asunto T-185/06: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011 – Air liquide/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Peróxido de hidrógeno y perborato sódico – Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad del comportamiento infractor – Obligación de motivación). *DOUE*, C, núm. 226, de 30 de julio de 2011.
102. Asunto T-186/06: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011 – Solvay/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Peróxido de hidrógeno y perborato sódico – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Duración de la infracción – Conceptos de «acuerdo» y de «práctica concertada» – Acceso al expediente – Multas – Comunicación sobre la cooperación – Igualdad de trato – Confianza legítima – Obligación de motivación). *DOUE*, C, núm. 226, de 30 de julio de 2011.
103. Asunto T-191/06: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011 – FMC Foret/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Peróxido de hidrógeno y perborato sódico – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Duración de la infracción – Presunción de inocencia – Derecho de defensa – Multas – Circunstancias atenuantes). *DOUE*, C, núm. 226, de 30 de julio de 2011.
104. Asunto T-192/06: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011 – Caffaro/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Peróxido de hidrógeno y perborato sódico – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Multas – Prescripción – Trato diferenciado – Duración de la infracción – Circunstancias atenuantes). *DOUE*, C, núm. 226, de 30 de julio de 2011.
105. Asunto T-194/06: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011 – SNIA/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Peróxido de hidrógeno y perborato sódico – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad del comportamiento infractor – Absorción de una sociedad responsable de la infracción – Derecho de defensa – Concordancia entre el pliego de cargos y la Decisión impugnada – Obligación de motivación). *DOUE*, C, núm. 226, de 30 de julio de 2011.
106. Asunto T-195/06: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011 – Solvay Solexis/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Peróxido de hidrógeno y perborato sódico – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Duración de la infracción – Conceptos de «acuerdo» y de «práctica concertada» – Acceso al expediente – Multas – Igualdad de trato – Comu-

- nicación sobre la cooperación – Obligación de motivación). *DOUE, C*, núm. 226, de 30 de julio de 2011.
107. Asunto T-196/06: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011 – Edison/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Peróxido de hidrógeno y perborato sódico – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad del comportamiento infractor – Obligación de motivación). *DOUE, C*, núm. 226, de 30 de julio de 2011.
108. Asunto T-197/06: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011 – FMC/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Peróxido de hidrógeno y perborato sódico – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad del comportamiento infractor – Derecho de defensa – Obligación de motivación). *DOUE, C*, núm. 226, de 30 de julio de 2011.
109. Asunto T-235/07: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011 – Bavaria/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés de cerveza – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Prueba de la infracción – Acceso al expediente – Multas – Principio de igualdad de trato – Plazo razonable). *DOUE, C*, núm. 226, de 30 de julio de 2011.
110. Asunto T-240/07: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011 – Heineken Nederland y Heineken/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés de cerveza – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Prueba de la infracción – Acceso al expediente – Multa – Principio de igualdad de trato – Plazo razonable). *DOUE, C*, núm. 226, de 30 de julio de 2011.
111. Asunto T-199/08: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011 – Ziegler/Comisión (Competencia – Carteles – Mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios – Reparto del mercado – Manipulación de las ofertas – Afectación sensible del comercio – Multas – Directrices para el cálculo de las multas de 2006). *DOUE, C*, núm. 226, de 30 de julio de 2011.
112. Asuntos acumulados T-204/08 y T-212/08: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011 – Team Relocations y otros/Comisión (Competencia – Carteles – Mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica – Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios – Reparto del mercado – Manipulación de la contratación – Infracción única y continuada – Imputabilidad del comportamiento infractor – Multas – Directrices para el cálculo de las multas de 2006). *DOUE, C*, núm. 226, de 30 de julio de 2011.
113. Asuntos acumulados T-208/08 y T-209/08: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011 – Gosselin Group y Stichting Admi-

- nistratiekantoor Portielje/Comisión (Competencia – Carteles – Mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica – Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios – Reparto del mercado – Manipulación de las ofertas – Infracción única y continuada – Concepto de empresa – Imputabilidad del comportamiento infractor – Multas – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Gravedad – Duración). *DOUE*, C, núm. 226, de 30 de julio de 2011.
114. Asunto T-210/08: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011 – Verhuizingen Coppens/Comisión (Competencia – Carteles – Mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios – Reparto del mercado – Manipulación de las ofertas – Infracción única y continuada – Carga de la prueba). *DOUE*, C, núm. 226, de 30 de julio de 2011.
115. Asunto T-211/08: Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011 – Putters International/Comisión (Competencia – Carteles – Mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica – Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios – Reparto del mercado – Manipulación de las ofertas – Infracción única y continuada – Multas – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Gravedad – Duración). *DOUE*, C, núm. 226, de 30 de julio de 2011.
116. Asunto C-288/10: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 30 de junio de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank van Koophandel te Dendermonde – Bélgica) – Wamo BVBA/JBC NV, Modemakers Fashion NV (Artículo 104, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento – Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales – Normativa nacional que prohíbe los anuncios de reducción de precios y los que sugieren tal reducción). *DOUE*, C, núm. 252, de 27 de agosto de 2011.
117. Asunto C-367/10 P: Auto del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 2011 – EMC Development AB/Comisión Europea (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado cementero europeo – Recurso de anulación dirigido contra una decisión de desestimación de una denuncia que perseguía la adopción de una norma armonizada para el cemento – Procedimiento de adopción de la norma – Carácter vinculante de la norma – Recurso de casación en parte manifiestamente inadmisibles y en parte manifiestamente infundados). *DOUE*, C, núm. 252, de 27 de agosto de 2011.
118. Asunto T-112/07: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2011 – Hitachi y otros/Comisión (Competencia – Carteles – Mercado de los proyectos relativos a conmutadores con aislamiento de gas – Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Reparto del mercado – Derecho de defensa – Prueba de la infracción – Infracción única y continua – Multas – Gravedad y duración de la infracción – Efecto

- disuasorio – Cooperación). *DOUE*, C, núm. 252, de 27 de agosto de 2011.
119. Asunto T-113/07: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2011 – Toshiba/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los proyectos relativos a conmutadores con aislamiento de gas – Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Reparto del mercado – Derecho de defensa – Prueba de la infracción – Infracción única y continua – Multas – Gravedad y duración de la infracción – Motivación – Importe inicial – Año de referencia). *DOUE*, C, núm. 252, de 27 de agosto de 2011.
120. Asunto T-132/07: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2011 – Fuji Electric/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los proyectos relativos a conmutadores con aislamiento de gas – Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Reparto del mercado – Prueba de la infracción – Imputabilidad del comportamiento infractor – Duración de la infracción – Multas – Circunstancias atenuantes – Cooperación). *DOUE*, C, núm. 252, de 27 de agosto de 2011.
121. Asunto T-133/07: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2011 – Mitsubishi Electric/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los proyectos relativos a conmutadores con aislamiento de gas – Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Reparto del mercado – Derecho de defensa – Prueba de la infracción – Duración de la infracción – Multas – Importe inicial – Año de referencia – Igualdad de trato). *DOUE*, C, núm. 252, de 27 de agosto de 2011.
122. Asunto T-189/06: Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2011 – Arkema France/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Peróxido de hidrógeno y perborato sódico – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad del comportamiento infractor – Obligación de motivación – Igualdad de trato – Principio de buena administración – Multas – Comunicación sobre la cooperación). *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
123. Asunto T-190/06: Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2011 – Total y Elf Aquitaine/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Peróxido de hidrógeno y perborato sódico – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad del comportamiento infractor – Derecho de defensa – Presunción de inocencia – Obligación de motivación – Igualdad de trato – Principio de individualidad de las penas y de las sanciones – Principio de legalidad de los delitos y de las penas – Principio de buena administración – Seguridad jurídica – Desviación de poder – Multas). *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
124. Asunto T-38/07: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2011 – Shell Petroleum y otros/Comisión (Competencia – Cárteles – Mer-

- cado del caucho de butadieno y del caucho de estireno-butadieno fabricado por polimerización en emulsión – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad de la conducta infractora – Multas – Gravedad de la infracción – Circunstancias agravantes). *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
125. Asunto T-39/07: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2011 – ENI/Comisión (Competencia – Cárteles – Mercado del caucho de butadieno y del caucho de estireno-butadieno fabricado por polimerización en emulsión – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad de la conducta infractora – Multas – Gravedad de la infracción – Circunstancias agravantes). *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
126. Asunto T-42/07: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2011 – Dow Chemical y otros/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del caucho de butadieno y del caucho de estireno-butadieno fabricado por polimerización en emulsión – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad de la conducta infractora – Multas – Gravedad y duración de la infracción – Circunstancias agravantes). *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
127. Asunto T-44/07: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2011 – Kaučuk/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del caucho de butadieno y del caucho de estireno-butadieno fabricado por polimerización en emulsión – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Participación en el cártel – Imputabilidad de la conducta infractora – Multas – Gravedad y duración de la infracción – Circunstancias atenuantes). *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
128. Asunto T-45/07: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2011 – Unipetrol/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del caucho de butadieno y del caucho de estireno-butadieno fabricado por polimerización en emulsión – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Participación en un cártel – Imputabilidad de la conducta infractora – Multas). *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
129. Asunto T-53/07: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2011 – Trade-Stomil/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del caucho de butadieno y del caucho de estireno-butadieno fabricado por polimerización en emulsión – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Participación en un cártel – Imputabilidad de la conducta infractora – Multas – Gravedad y duración de la infracción – Circunstancias atenuantes). *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
130. Asunto T-59/07: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2011 – Polimeri Europa/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del caucho de butadieno y del caucho de estireno-butadieno fabricado por polimerización en emulsión –

- Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad de la conducta infractora – Infracción única – Prueba de la existencia de un cártel – Multas – Gravedad y duración de la infracción – Circunstancias agravantes). *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
131. Asunto T-138/07: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2011 – Schindler Holding y otros/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de la instalación y del mantenimiento de ascensores y de escaleras mecánicas – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Manipulación de licitaciones – Reparto de mercados – Fijación de precios). *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
  132. Asuntos T-141/07, T-142/07, T-145/07 y T-146/07: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2011 – General Technic-Otis y otros/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de la instalación y del mantenimiento de ascensores y de escaleras mecánicas – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Manipulación de licitaciones – Reparto de mercados – Fijación de precios). *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
  133. Asuntos T-144/07, T-147/07, T-148/07, T-149/07, T-150/07 y T-154/07: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2011 – ThyssenKrupp Liften Ascenseurs y otros/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de la instalación y del mantenimiento de ascensores y de escaleras mecánicas – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Manipulación de licitaciones – Reparto de mercados – Fijación de precios). *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
  134. Asunto T-151/07: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2011 – Kone y otros/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de la instalación y del mantenimiento de ascensores y de escaleras mecánicas – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Manipulación de licitaciones – Reparto de mercados – Fijación de los precios). *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
  135. Asunto T-422/10 R: Auto del Presidente del Tribunal General de 12 de julio de 2011 – Emme/Comisión (Procedimiento sobre medidas provisionales – Competencia – Decisión de la Comisión por la que se impone una multa – Garantía bancaria – Demanda de suspensión de la ejecución – Perjuicio económico – Inexistencia de circunstancias excepcionales – Falta de urgencia). *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
  136. Asunto T-12/06: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2011 – Deltafina/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado italiano de compra y primera transformación de tabaco crudo – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Fijación de precios y reparto del mercado – Dis-

- pensa del pago de las multas – Cooperación – Multas – Proporcionalidad – Gravedad de la infracción – Circunstancias atenuantes). *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
137. Asunto T-25/06: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2011 – Alliance One International/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado italiano de compra y primera transformación de tabaco crudo – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Fijación de precios y reparto del mercado – Imputabilidad de la conducta infractora – Multas). *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
138. Asunto T-216/06: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2011 – Lucite International y Lucite International UK/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los metacrilatos – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Multas – Gravedad de la infracción – Circunstancias atenuantes – No aplicación efectiva de los acuerdos o prácticas ilícitos). *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
139. Asunto T-234/07: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2011 – Koninklijke Grolsch/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés de cerveza – Decisión por la que se declara una infracción única y continuada del artículo 81 CE – Participación de la demandante en la infracción comprobada – Falta de pruebas – Falta de motivación). *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.

## ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

140. Asunto C-283/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de febrero de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy Warszawa – República de Polonia) – Artur Weryński/Mediatel 4B Spółka z o.o. (Cooperación judicial en materia civil – Obtención de pruebas – Toma de declaración a un testigo por el órgano jurisdiccional requerido a instancia del órgano jurisdiccional requirente – Indemnización abonada a testigos). *DOUE*, C, núm. 103, de 2 de abril de 2011.
141. Asunto C-29/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de marzo de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'Appel – Luxemburgo) – Heiko Koelzsch/État du Grand-duché de Luxembourg (Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales – Contrato de trabajo – Elección de las partes – Disposiciones imperativas de la ley aplicable a falta de elección – Determinación de dicha ley – Concepto de país en el que el trabajador realice habitualmente su trabajo – Trabajador que realiza su trabajo en varios Estados contratantes). *DOUE*, C, núm. 139, de 7 de mayo de 2011.

142. **Asunto C-391/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 12 de mayo de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Vilniaus miesto 1 apylinkės teismas – República de Lituania) – Malgožata Runevič-Vardyn, Łukasz Paweł Wardyn/Vilniaus miesto savivaldybės administracija, Lietuvos Respublikos teisingumo ministerija, Valstybinė lietuvių kalbos komisija, Vilniaus miesto savivaldybės administracijos Teisės departamentas Civilinės metrikacijos skyrius (Ciudadanía de la Unión – Libertad de circular y residir en los Estados miembros – Principio de no discriminación por razón de la nacionalidad – Artículos 18 TFUE y 21 TFUE – Principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico – Directiva 2000/43/CE – Normativa nacional que obliga a transcribir los nombres y apellidos de las personas físicas en los documentos acreditativos del estado civil con arreglo a las normas de grafía de la lengua oficial nacional).** *DOUE*, C, núm. 194, de 2 de julio de 2011.
143. **Asunto C-144/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de mayo de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por la Kammergericht Berlin – Alemania) – Berliner Verkehrsbetriebe (BVG), Anstalt des öffentlichen Rechts/JPMorgan Chase Bank N.A., Frankfurt Branch [Competencia judicial en materia civil – Artículos 22, número 2, y 27 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Estado del domicilio para conocer de los litigios relativos a la validez de las decisiones de los órganos de las sociedades – Alcance – Acción ejercitada por una persona jurídica de Derecho público para que se declare la nulidad de un contrato debido a la presunta invalidez de las decisiones de sus órganos relativas a la celebración de dicho contrato – Litispendencia – Obligación del juez ante el que se presenta la segunda demanda de suspender el procedimiento – Alcance).** *DOUE*, C, núm. 194, de 2 de julio de 2011.
144. **Asunto C-87/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 9 de junio de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Ordinario di Vicenza – Italia) – Electrosteel Europe SA/Edil Centro SpA [Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencias especiales – Artículo 5, número 1, letra b), primer guión – Tribunal del lugar de ejecución de la obligación contractual que sirviere de base a la demanda – Compraventa de mercancías – Lugar de entrega – Contrato que contiene la cláusula Entrega: franco fábrica].** *DOUE*, C, núm. 226, de 30 de julio de 2011.

#### LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

145. **Asunto C-47/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de mayo de 2011 – Comisión Europea/Reino de Bélgica (Incumplimiento de Estado – Artículo 43 CE – Libertad de establecimiento – Notarios – Requisito de nacionalidad – Artículo 45 CE –**

- Participación en el ejercicio del poder público – Directiva 89/48/CEE). DOUE, C, núm. 204, de 9 de julio de 2011.**
146. **Asunto C-50/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de mayo de 2011 – Comisión Europea/República Francesa (Incumplimiento de Estado – Artículo 43 CE – Libertad de establecimiento – Notarios – Requisito de nacionalidad – Artículo 45 CE – Participación en el ejercicio del poder público). DOUE, C, núm. 204, de 9 de julio de 2011.**
  147. **Asunto C-51/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de mayo de 2011 – Comisión Europea/Gran Ducado de Luxemburgo (Incumplimiento de Estado – Artículo 43 CE – Libertad de establecimiento – Notarios – Requisito de nacionalidad – Artículo 45 CE – Participación en el ejercicio del poder público – Directiva 89/48/CEE). DOUE, C, núm. 204, de 9 de julio de 2011.**
  148. **Asunto C-52/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de mayo de 2011 – Comisión Europea/República Portuguesa (Incumplimiento de Estado – Notarios – Directiva 2005/36/CE). DOUE, C, núm. 204, de 9 de julio de 2011.**
  149. **Asunto C-53/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de mayo de 2011 – Comisión Europea/República de Austria (Incumplimiento de Estado – Artículo 43 CE – Libertad de establecimiento – Notarios – Requisito de nacionalidad – Artículo 45 CE – Participación en el ejercicio del poder público – Directivas 89/48/CEE y 2005/36/CE). DOUE, C, núm. 204, de 9 de julio de 2011.**
  150. **Asunto C-54/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de mayo de 2011 – Comisión Europea/República Federal de Alemania (Incumplimiento de Estado – Artículo 43 CE – Libertad de establecimiento – Notarios – Requisito de nacionalidad – Artículo 45 CE – Participación en el ejercicio del poder público – Directivas 89/48/CE y 2005/36/CE). DOUE, C, núm. 204, de 9 de julio de 2011.**
  151. **Asunto C-61/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de mayo de 2011 – Comisión Europea/República Helénica (Incumplimiento de Estado – Artículo 43 CE – Libertad de establecimiento – Notarios – Requisito de nacionalidad – Artículo 45 CE – Participación en el ejercicio del poder público – Directiva 89/48/CEE). DOUE, C, núm. 204, de 9 de julio de 2011.**

## MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

152. **Asunto C-449/09: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 28 de octubre de 2010 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sofijski gradski sad – Bulgaria) – Canon Kabushiki Kaisha/IPN Bulgaria OOD (Artículo 104, apartado 3, párrafo primero, del**

**Reglamento de Procedimiento – Marcas – Directiva 89/104/CEE – Derecho del titular de una marca a oponerse a la primera comercialización en el EEE, sin su consentimiento, de productos que llevan dicha marca). DOUE, C, núm. 89, de 19 de marzo de 2011.**

153. **Asunto C-156/10 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 15 de diciembre de 2010 – Karen Goncharov/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), DSB (Recurso de casación – Marca comunitaria – Marcas consistentes en acrónimos – Marca anterior DSB – Signo denominativo DSBW – Procedimiento de oposición – Motivo de denegación relativo – Examen del riesgo de confusión – Similitud óptica – Similitud fonética – Inadmisibilidad – Apreciación de los hechos). DOUE, C, núm. 89, de 19 de marzo de 2011.**
154. **Asunto C-204/10 P: Auto del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2010 – Enercon GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Hasbro, Inc. [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Marca denominativa ENERCON – Oposición del titular de la marca denominativa TRANSFORMERS ENERCON – Denegación del registro – Riesgo de confusión). DOUE, C, núm. 89, de 19 de marzo de 2011.**
155. **Asunto C-216/10 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 25 de noviembre de 2010 – Lufthansa AirPlus Servicekarten GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Applus Servicios Tecnológicos SL [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículos 8, apartados 1, letra b), y 5, 73, 74 así como 79 – Marca figurativa A+ – Oposición del titular de la marca denominativa comunitaria AirPlus International – Desestimación de la oposición). DOUE, C, núm. 89, de 19 de marzo de 2011.**
156. **Asunto T-157/08: Sentencia del Tribunal General de 8 de febrero de 2011 – Paroc/OAMI (INSULATE FOR LIFE) [Marca comunitaria – Solicitud de marca denominativa comunitaria INSULATE FOR LIFE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Resolución meramente confirmatoria – Inadmisibilidad parcial]. DOUE, C, núm. 89, de 19 de marzo de 2011.**
157. **Asunto T-194/09: Sentencia del Tribunal General de 8 de febrero de 2011 – Lan Airlines/OAMI – Air Nostrum (LINEAS AEREAS DEL MEDITERRANEO LAM) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa LINEAS AEREAS DEL MEDITERRANEO LAM – Marcas comunitarias denominativa y figurativa anteriores LAN – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente, artículo 8,**

- apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 89, de 19 de marzo de 2011.
158. Asunto T-222/09: Sentencia del Tribunal General de 9 de febrero de 2011 – Ineos Healthcare/OAMI – Teva Pharmaceutical Industries (ALPHAREN) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ALPHAREN – Marcas nacionales denominativas anteriores ALPHA D3 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Examen de oficio de los hechos – Artículo 74 del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 76 del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 89, de 19 de marzo de 2011.
159. Asuntos T-299/09 y T-300/09: Sentencia del Tribunal General de 3 de febrero de 2011 – Gühring/OAMI (Combinación de amarillo retama y gris plateado y combinación de amarillo ocre y gris plateado) [Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria consistente en una combinación de los colores amarillo retama y gris plateado – Solicitud de marca comunitaria consistente en una combinación de los colores amarillo ocre y gris plateado – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Examen de oficio de los hechos – artículo 76, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 89, de 19 de marzo de 2011.
160. Asunto T-213/09: Sentencia del Tribunal General de 15 de febrero de 2011 – Yorma's/OAMI – Norma Lebensmittelfilialbetrieb (YORMA'S) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa que incluye el elemento denominativo «yorma's» – Marca comunitaria denominativa anterior NORMA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 95, de 26 de marzo de 2011.
161. Asunto T-118/07: Sentencia del Tribunal General de 18 de febrero de 2011 – P.P.TV/OAMI – Rentrak (PPT) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria PPT – Marca figurativa nacional anterior PPTV – Motivo de denegación relativo – Falta de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 103, de 2 de abril de 2011.
162. Asunto T-10/09: Sentencia del Tribunal General de 17 de febrero de 2011 – Formula One Licensing/OAMI – Global Sports Media (F1-LIVE) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición –

- Solicitud de marca figurativa comunitaria F 1-LIVE – Marcas figurativa comunitaria y denominativas nacionales e internacionales anteriores F 1 y F 1 Formula 1 – Desestimación de la oposición por la Sala de Recurso – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 103, de 2 de abril de 2011.**
163. **Asunto T-324/09: Sentencia del Tribunal General de 17 de febrero de 2011 – J & F Participações/OAMI – Plusfood Wrexham (Friboi) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria gráfica Friboi – Marca denominativa nacional anterior FRIBO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 103, de 2 de abril de 2011.**
164. **Asunto T-385/09: Sentencia del Tribunal General de 17 de febrero de 2011 – Annco/OAMI – Freche et fils (ANN TAYLOR LOFT) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ANN TAYLOR LOFT – Marca nacional denominativa anterior LOFT – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 103, de 2 de abril de 2011.**
165. **Asunto T-130/10: Auto del Tribunal General de 16 de febrero de 2011 – Lux Management/OAMI – Zeis Excelsa (KULTE) (Marca comunitaria – Solicitud de nulidad – Acuerdo de coexistencia de las marcas y retirada de la solicitud de nulidad – Sobreseimiento). *DOUE*, C, núm. 113, de 9 de abril de 2011.**
166. **Asunto T-336/10: Auto del Tribunal General de 3 de febrero de 2011 – Abercrombie & Fitch Europe/OAMI – Gilli (GILLY HICKS) (Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento). *DOUE*, C, núm. 113, de 9 de abril de 2011.**
167. **Asunto T-190/09: Sentencia del Tribunal General de 9 de marzo de 2011 – Longevity Health Products/OAMI – Performing Science (5 HTP) [Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa comunitaria 5 HTP – Motivo de denegación absoluto – Signos o indicaciones que se han convertido en usuales – Artículo 7, apartado 1, letra d), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 52, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 120, de 16 de abril de 2011.**
168. **Asunto T-50/09: Sentencia del Tribunal General de 15 de marzo de 2011 – Ifemy's/OAMI – Dada & Co. Kids (Dada & Co. kids) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Dada & Co. kids – Marca nacional**

- denominativa anterior DADA – Motivo de denegación relativo – Falta de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 130, de 30 de abril de 2011.
169. Asunto C-51/10 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 10 de marzo de 2011 – Agencia Wydawnicza Technopol sp. z o.o./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación – Marca comunitaria – Signo constituido exclusivamente por cifras – Solicitud de registro del signo 1000 como marca para folletos, publicaciones periódicas y periódicos – Carácter supuestamente descriptivo de dicho signo – Criterios para la aplicación del artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Obligación de la OAMI de tener en cuenta su práctica decisoria anterior]. *DOUE*, C, núm. 139, de 7 de mayo de 2011.
170. Asunto T-486/07: Sentencia del Tribunal General de 22 de marzo de 2011 – Ford Motor/OAMI – Alkar Automotive (CA) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa CA – Marcas comunitarias denominativa y figurativa anteriores KA – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente, artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 139, de 7 de mayo de 2011.
171. Asunto T-372/09: Sentencia del Tribunal General de 21 de marzo de 2011 – Visti Beheer/OAMI – Meister (GOLD MEISTER) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria GOLD MEISTER – Marcas denominativas anteriores MEISTER, nacional y comunitaria – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 139, de 7 de mayo de 2011.
172. Asunto T-54/09: Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 – XXXLutz Marken/OAMI – Natura Selection (Linea Natura Natur hat immer Stil) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca gráfica comunitaria Linea Natura Natur hat immer Stil – Marca gráfica comunitaria anterior natura selection – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Semejanza entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 145, de 14 de mayo de 2011.
173. Asunto T-419/09: Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 – Cybergun/OAMI – Umarex Sportwaffen (AK 47) [Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa AK 47 – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), y artículo

- lo 52, apartado 1, letra *a*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 145, de 14 de mayo de 2011.
174. Asunto T-503/09: Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 – Cybergun/OAMI – Umarex Sportwaffen (AK 47) [Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa AK 47 – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra *c*), y artículo 52, apartado 1, letra *a*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 145, de 14 de mayo de 2011.
175. Asunto T-14/10: Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011 – CheckMobile/OAMI (carcheck) [Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa carcheck – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra *c*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 145, de 14 de mayo de 2011.
176. Asuntos T-139/10, T-280/10 a T-285/10 y T-349/10 a T-352/10: Auto del Tribunal General de 21 de marzo de 2011 – Milux/OAMI (Marca comunitaria – Representación de la demandante por un abogado que no tiene la condición de tercero – Inadmisibilidad). *DOUE*, C, núm. 145, de 14 de mayo de 2011.
177. Asunto T-175/10: Auto del Tribunal General de 21 de marzo de 2011 – Milux/OAMI (FERTILITYINVIVO) (Marca comunitaria – Representación de la demandante mediante un abogado que no tiene la condición de tercero – Inadmisibilidad). *DOUE*, C, núm. 145, de 14 de mayo de 2011.
178. Asunto C-96/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 29 de marzo de 2011 – Anheuser-Busch, Inc./Budějovický Budvar, národní podnik, Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 4 – Solicitud de registro de la marca denominativa y figurativa BUD – Oposición – Indicación de procedencia geográfica «bud» – Protección en virtud del Arreglo de Lisboa y de Tratados bilaterales entre dos Estados miembros – Uso en el tráfico económico – Signo de alcance no únicamente local]. *DOUE*, C, núm. 152, de 21 de mayo de 2011.
179. Asunto C-552/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 24 de marzo de 2011 – Ferrero SpA/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Tirol Milch Reg.Gen.mbH Innsbruck [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Marca comunitaria figurativa TiMi KiNDERJOGHURT – Marca denominativa anterior KiNDER – Procedimiento de nulidad – Artículo 52, apartado 1, letra *a*) – Artículo 8, apartados 1, letra *b*), y 5 – Apreciación de la semejanza entre signos – Familia de marcas]. *DOUE*, C, núm. 152, de 21 de mayo de 2011.

180. **Asunto C-53/11 P: Recurso de casación interpuesto el 7 de febrero de 2011 por la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI) contra la sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) dictada el 24 de noviembre de 2010 en el asunto T-137/09, Nike International/OAMI – Muñoz Molina (R 10).** *DOUE*, C, núm. 152, de 21 de mayo de 2011.
181. **Asunto T-84/08: Sentencia del Tribunal General de 7 de abril de 2011 – Intesa Sanpaolo/OAMI – MIP Metro (COMIT) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa COMIT – Marca nacional figurativa anterior Comet – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 216/96].** *DOUE*, C, núm. 152, de 21 de mayo de 2011.
182. **Asunto T-12/09: Sentencia del Tribunal General de 7 de abril de 2011 – Gruber/OAMI (Run the globe) [Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Run the globe – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009].** *DOUE*, C, núm. 152, de 21 de mayo de 2011.
183. **Asunto T-466/08: Sentencia del Tribunal General de 14 de abril de 2011 – Lancôme/OAMI – Focus Magazin Verlag (ACNO FOCUS) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria ACNO FOCUS – Marca denominativa nacional anterior FOCUS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 40/94, actualmente artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009].** *DOUE*, C, núm. 160, de 28 de mayo de 2011.
184. **Asunto T-98/09: Sentencia del Tribunal General de 13 de abril de 2011 – Tubasca/OAMI – Tubos del Mediterráneo (T TUMESA TUBOS DEL MEDITERRANEO, S.A.) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa T TUMESA TUBOS DEL MEDITERRANEO, S.A. – Marcas nacional denominativa e internacional figurativa anteriores TUBESCA – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009].** *DOUE*, C, núm. 160, de 28 de mayo de 2011.
185. **Asunto T-202/09: Sentencia del Tribunal General de 13 de abril de 2011 – Deichmann/OAMI (representación de un ángulo bordeado por una línea discontinua) [Marca comunitaria – Registro inter-**

nacional que designa la Comunidad Europea – Marca figurativa que representa un ángulo bordeado por una línea discontinua – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 160, de 28 de mayo de 2011.

186. Asunto T-209/09: Sentencia del Tribunal General de 13 de abril de 2011 – Alder Capital/OAMI – Gimv Nederland (ALDER CAPITAL) [Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa ALDER CAPITAL – Marcas del Benelux denominativas anteriores Halder y Halder investments – Marca internacional denominativa anterior Halder – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), y artículo 52, apartado 1, letra *a*), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra *b*), y artículo 53, apartado 1, letra *a*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Uso efectivo de la marca – Artículo 15 del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 15 del Reglamento núm. 207/2009). *DOUE*, C, núm. 160, de 28 de mayo de 2011.
187. Asunto T-228/09: Sentencia del Tribunal General de 13 de abril de 2011 – United States Polo Association/OAMI – Textiles CMG (U.S. POLO ASSN.) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa U.S. POLO ASSN. – Marcas comunitaria y nacional denominativas anteriores POLO-POLO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 160, de 28 de mayo de 2011.
188. Asunto T-262/09: Sentencia del Tribunal General de 13 de abril de 2011 – Safariland/OAMI – DEF-TEC Defense Technology (FIRST DEFENSE AEROSOL PEPPER PROJECTOR) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria FIRST DEFENSE AEROSOL PEPPER PROJECTOR – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Ejecución por la OAMI de una sentencia anulatoria de una resolución de sus Salas de Recurso – Derecho de defensa – Obligación de motivación – Artículos 63, apartado 2, 65, apartado 6, 75 y 76 del Reglamento núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 160, de 28 de mayo de 2011.
189. Asuntos T-310/09 y T-383/09: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2011 – Fuller & Thaler Asset Management/OAMI (BEHAVIOURAL INDEXING y BEHAVIOURAL INDEX) [Marca comunitaria – Solicitudes de marcas comunitarias denominativas BEHAVIOURAL INDEXING y BEHAVIOURAL INDEX – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra *c*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 160, de 28 de mayo de 2011.

190. **Asunto T-345/09: Sentencia del Tribunal General de 13 de abril de 2011 – Bodegas y Viñedos Puerta de Labastida/OAMI – Unión de Cosecheros de Labastida (PUERTA DE LABASTIDA) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa PUERTA DE LABASTIDA – Marca nacional denominativa anterior CASTILLO DE LABASTIDA – Marcas comunitarias denominativas anteriores CASTILLO LABASTIDA – Motivo de denegación relativo – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009]. DOUE C, núm. 160, de 28 de mayo de 2011.**
191. **Asunto T-358/09: Sentencia del Tribunal General de 13 de abril de 2011 – Sociedad Agrícola Requiringua/OAMI – Consejo Regulador de la Denominación de Origen Toro (TORO DE PIEDRA) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa TORO DE PIEDRA – Marca comunitaria figurativa anterior D. ORIGEN TORO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Derecho a ser oído – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009]. DOUE C, núm. 160, de 28 de mayo de 2011.**
192. **Asunto T-433/09: Sentencia del Tribunal General de 14 de abril de 2011 – TTNB/OAMI – March Juan (Tila March) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria Tila March – Marca gráfica nacional anterior CARMEN MARCH – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. DOUE C, núm. 160, de 28 de mayo de 2011.**
193. **Asunto T-523/09: Sentencia del Tribunal General de 13 de abril de 2011 – Smart Technologies/OAMI (WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH) [Marca comunitaria – Solicitud de marca denominativa comunitaria WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. DOUE C, núm. 160, de 28 de mayo de 2011.**
194. **Asunto T-28/10: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2011 – Euro-Information/OAMI (EURO AUTOMATIC PAYMENT) [Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa EURO AUTOMATIC PAYMENT – Motivo absoluto de denegación – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. DOUE C, núm. 160, de 28 de mayo de 2011.**
195. **Asunto T-159/10: Sentencia del Tribunal General de 13 de abril de 2011 – Air France/OAMI (Forma de un paralelogramo) [Marca comunitaria – Solicitud de marca figurativa comunitaria que representa la forma de un paralelogramo – Motivo de denegación**

- absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE C*, núm. 160, de 28 de mayo de 2011.
196. Asunto T-179/10: Sentencia del Tribunal General de 13 de abril de 2011 – Zitro IP/OAMI – Show Ball Informática (BINGO SHOWALL) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa BINGO SHOWALL – Marca comunitaria figurativa anterior SHOW BALL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE C*, núm. 160, de 28 de mayo de 2011.
197. Asunto C-235/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de abril de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – DHL Express France SAS, anteriormente DHL International SA/Chronopost SA [Propiedad intelectual – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 98, apartado 1 – Prohibición de actos de violación de la marca comunitaria dictada por un tribunal de marcas comunitarias – Alcance territorial – Multas coercitivas que acompañan a tal prohibición – Efectos en el territorio de Estados miembros distintos al del tribunal que las adopta]. *DOUE C*, núm. 179, de 18 de junio de 2011.
198. Asunto T-129/09: Sentencia del Tribunal General de 4 de mayo de 2011 – Bongrain/OAMI – apetito (APETITO) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa APETITO – Marca comunitaria denominativa anterior apetito – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE C*, núm. 179, de 18 de junio de 2011.
199. Asunto C-370/10 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de marzo de 2011 – Ravensburger AG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Educa Borrás, S.A. [Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca figurativa EDUCA Memory game – Solicitud de nulidad del titular de las marcas denominativas nacionales e internacionales MEMORY – Desestimación de la solicitud de nulidad por la Sala de Recurso – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartados 1, letra b), y 5 – Motivos de denegación relativos]. *DOUE C*, núm. 186, de 25 de junio de 2011.
200. Asunto T-145/08: Sentencia del Tribunal General de 16 de mayo de 2011 – Atlas Transport/OAMI – Atlas Air (ATLAS) [Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa ATLAS – Marca figurativa anterior del Benelux atlasair – Requisitos de forma – Presentación de un escrito en el que se exponen los motivos del recurso – Suspensión del procedimiento administrativo – Artículo 59 del Reglamento (CE)

- núm. 40/94, actualmente artículo 60 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Regla 20, apartado 7, del Reglamento (CE) núm. 2868/95]. *DOUE C*, núm. 186, de 25 de junio de 2011.
201. Asunto T-203/09: Sentencia del Tribunal General de 5 de mayo de 2011 – Olymp Bezner/OAMI-Bellido (Olymp) [Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa comunitaria Olymp – Marca figurativa nacional anterior OLIMPO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), y artículo 52, apartado 1, letra *a*), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra *b*), y artículo 53, apartado 1, letra *a*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE C*, núm. 186, de 25 de junio de 2011.
202. Asunto T-204/09: Sentencia del Tribunal General de 5 de mayo de 2011 – Olymp Bezner/OAMI-Bellido (OLYMP) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria OLYMP – Marca figurativa nacional anterior OLIMPO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE C*, núm. 186, de 25 de junio de 2011.
203. Asunto T-341/09: Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2011 – Consejo Regulador de la Denominación de Origen Txakoli de Álava y otros/OAMI (TXAKOLI) [Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria colectiva denominativa TXAKOLI – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra *c*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 66, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento núm. 207/2009]. *DOUE C*, núm. 186, de 25 de junio de 2011.
204. Asunto T-460/09: Sentencia del Tribunal General de 5 de mayo de 2011 – CheapFlights International/OAMI – Cheapflights (Cheapflights) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Cheapflights – Marca nacional figurativa anterior CheapFlights – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE C*, núm. 186, de 25 de junio de 2011.
205. Asunto T-461/09: Sentencia del Tribunal General de 5 de mayo de 2011 – CheapFlights International/OAMI – Cheapflights (Cheapflights con avión negro) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Cheapflights con avión negro – Marca internacional figurativa anterior CheapFlights – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1,

- letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE* C, núm. 186, de 25 de junio de 2011.
206. Asunto T-488/09: Sentencia del Tribunal General de 12 de mayo de 2011 – Jager & Polacek/OAMI (REDTUBE) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa REDTUBE – Marca nacional anterior no registrada Redtube – Falta de pago de las tasas de oposición dentro de plazo – Resolución mediante la que se considera no formulada la oposición – Artículo 8, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2869/95 – Protección de la confianza legítima – Regla 17 del Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Procedimiento *ex parte* – Artículo 8, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 216/96 – Regla 18 del Reglamento núm. 2868/95 – Naturaleza jurídica de una comunicación de la OAMI mediante la que se informa que se ha considerado admisible una oposición – Regla del paralelismo de formas y del *actus contrarius* – Artículo 80 del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 186, de 25 de junio de 2011.
207. Asunto T-7/10: Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2011 – Diagnostikó kai Therapeftikó Kéntro Athinón Ygeía/OAMI (υγεία) [Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa υγεία – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo y descriptivo – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartados 1, letras *b*) y *c*), y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 186, de 25 de junio de 2011.
208. Asunto T-41/10: Sentencia del Tribunal General de 5 de mayo de 2011 – SIMS – École de ski internationale/OAMI – SNMSF (esf école du ski français) [Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa esf école du ski français – Motivos de denegación absolutos – Emblema de Estado – Artículo 7, apartado 1, letra *h*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 6 ter del Convenio de París – Marcas que pueden inducir al público a error – Artículo 7, apartado 1, letra *g*), del Reglamento núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 186, de 25 de junio de 2011.
209. Asunto T-74/10: Sentencia del Tribunal General de 11 de mayo de 2011 – Flaco-Geräte/OAMI – Delgado Sánchez (FLACO) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa FLACO – Marca nacional denominativa anterior FLACO – Motivo de denegación relativo – Identidad de los productos – Artículo 8, apartado 1, letras *a*) y *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Solicitud de la prueba del uso efectivo de la marca anterior presentada por primera vez ante la Sala de Recurso – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009 y regla 22 del Reglamento (CE) núm. 2868/95]. *DOUE*, C, núm. 186, de 25 de junio de 2011.
210. Asunto T-187/10: Sentencia del Tribunal General de 10 de mayo de 2011 – Emram/OAMI – Guccio Gucci (G) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria]

- ria figurativa G – Marcas nacional y comunitaria figurativas anteriores G – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 186, de 25 de junio de 2011.
211. Asunto T-502/07: Sentencia del Tribunal General de 18 de mayo de 2011 – IIC-Intersport International/OAMI – McKenzie (McKENZIE) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa McKENZIE – Marcas comunitarias figurativa y denominativa anteriores McKINLEY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 194, de 2 de julio de 2011.
212. Asunto T-207/08: Sentencia del Tribunal General de 18 de mayo de 2011 – Habanos/OAMI – Tabacos de Centroamérica (KIOWA) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria KIOWA – Marcas comunitaria y nacional figurativas anteriores COHIBA – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 194, de 2 de julio de 2011.
213. Asunto T-580/08: Sentencia del Tribunal General de 19 de mayo de 2011 – PJ Hungary/OAMI – Pepekillo (PEPEQUILLO) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa PEPEQUILLO – Marcas nacionales y comunitarias anteriores, denominativas y figurativas, PEPE y PEPE JEANS – *Restitutio in integrum* – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los productos – Artículo 78 del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 81 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartados 1, letra b), y 5, del Reglamento núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartados 1, letra b), y 5 del Reglamento núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 194, de 2 de julio de 2011.
214. Asunto T-376/09: Sentencia del Tribunal General de 18 de mayo de 2011 – Glenton España/OAMI – Polo/Lauren (POLO SANTA MARIA) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa POLO SANTA MARIA – Marca Benelux figurativa anterior que representa una silueta de jugador de polo – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 194, de 2 de julio de 2011.
215. Asunto T-81/10: Sentencia del Tribunal General de 19 de mayo de 2011 – Tempus Vade/OAMI – Palacios Serrano (AIR FORCE) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria AIR FORCE – Marcas denominativas y figurativas comunitarias y nacionales anteriores TIME

- FORCE – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Falta de similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. DOUE, C, núm. 194, de 2 de julio de 2011.**
216. **Asunto C-308/10 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 19 de mayo de 2011 – Union Investment Privatfonds GmbH/ Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Unicre-Cartão International De Crédito SA [Recurso de casación – Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 74, apartado 2 – Pruebas no presentadas en apoyo de la oposición en el plazo señalado al efecto – No consideración – Facultad de apreciación de la Sala de Recurso]. DOUE, C, núm. 204, de 9 de julio de 2011.**
217. **Asunto T-397/09: Sentencia del Tribunal General de 25 de mayo de 2011 – Prinz von Hannover/OAMI [Representación de escudos de armas) (Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa escudos de armas – Motivo de denegación absoluto – Imitación de los símbolos heráldicos del emblema de un Estado – Artículo 7, apartado 1, letra h), del Reglamento núm. 207/2009 – Artículo 6 ter del Convenio de París]. DOUE, C, núm. 204, de 9 de julio de 2011.**
218. **Asunto T-408/09: Sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2011 – ancotel/OAMI – Acotel (ancotel.) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria ancotel – Marca figurativa comunitaria anterior ACOTEL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Público pertinente]. DOUE, C, núm. 204, de 9 de julio de 2011.**
219. **Asunto T-422/09: Sentencia del Tribunal General de 25 de mayo de 2011 – São Paulo Alpargatas/OAMI – Fischer (BAHIANAS LAS ORIGINALES) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa BAHIANAS LAS ORIGINALES – Marcas comunitaria y nacional figurativas anteriores havaianas y marca nacional denominativa anterior HAVAIANAS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. DOUE, C, núm. 204, de 9 de julio de 2011.**
220. **Asunto T-144/10: Sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2011 – Space Beach Club/OAMI – Flores Gómez (SpS space of sound) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca gráfica comunitaria SPS space of sound – Marcas gráficas nacionales y comunitarias anteriores space ibiza, space DANCE BARCELONA, space DANCE MADRID, space DANCE VALENCIA, space DANCE MALLORCA, space DANCE EIVISSA, space SPACE IBIZA WORLD, space DANCE y marca denominativa nacional anterior SPACE VIVA – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Falta de semejanza**

- entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 204, de 9 de julio de 2011.
221. Asunto T-161/10: Sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2011 – Longevity Health Products/OAMI – Tecnofar (E-PLEX) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa E-PLEX – Marca nacional denominativa anterior EPILEX – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 204, de 9 de julio de 2011.
222. Asunto T-392/10: Sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2011 – Euro-Information/OAMI (EURO AUTOMATIC CASH) [Marca comunitaria – Solicitud de marca denominativa comunitaria EURO AUTOMATIC CASH – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra *c*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 204, de 9 de julio de 2011.
223. Asunto C-418/10 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 28 de marzo de 2011 – Herhof-Verwaltungsgesellschaft mbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Stabilator sp. z o.o. [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra *b*) – Procedimiento de oposición – Marca anterior STABILAT – Signo figurativo stabilator – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los productos y servicios]. *DOUE* C, núm. 211, de 16 de julio de 2011.
224. Asunto T-507/08: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2011 – Psytech International/OAMI – Institute for Personality & Ability Testing (16PF) [Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa 16PF – Motivo de denegación absoluto – Carácter distintivo – Falta de carácter descriptivo – Falta de signos convertidos en habituales – Falta de mala fe – Artículo 7, apartado 1, letras *b*) a *d*), y artículo 51, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letras *b*) a *d*), y artículo 52, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 211, de 16 de julio de 2011.
225. Asunto T-68/10: Sentencia del Tribunal General de 14 de junio de 2011 – Sphere Time/OAMI – Punch (Reloj unido a una cinta) [Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un reloj unido a una cinta – Dibujo o modelo anterior – Divulgación del dibujo o modelo anterior – Carácter singular – Desviación de poder – Artículos 4, 6, 7 y 61 a 63 del Reglamento (CE) núm. 6/2002]. *DOUE* C, núm. 219, de 23 de julio de 2011.
226. Asunto T-229/10: Sentencia del Tribunal General de 15 de junio de 2011 – Graf-Syteco/OAMI – Teco Electric & Machinery

- (SYTECO) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa SYTECO – Marcas figurativas nacionales y del Benelux anteriores TECO – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Falta de similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Denegación parcial del registro]. *DOUE C*, núm. 219, de 23 de julio de 2011.
227. Asunto T-76/09: Sentencia del Tribunal General de 22 de junio de 2011 – Mundipharma/OAMI – Asociación Farmacéuticos Mundi (FARMA MUNDI FARMACÉUTICOS MUNDI) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria FARMA MUNDI FARMACÉUTICOS MUNDI – Marca figurativa comunitaria anterior mundipharma – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE C*, núm. 226, de 30 de julio de 2011.
228. Asunto T-309/09: Auto del Tribunal General de 24 de mayo de 2011 – Sanyō Denki/OAMI – Telefónica O2 Germany (enloop) (Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento). *DOUE C*, núm. 226, de 30 de julio de 2011.
229. Asunto C-317/10 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 16 de junio de 2011 – Union Investment Privatfonds GmbH/ UniCredito Italiano SpA, Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra *b*) – Marcas denominativas UNIWEB y UniCredit Wealth Management – Oposición del titular de las marcas denominativas nacionales UNIFONDS y UNIRAK y de la marca figurativa nacional UNIZINS – Apreciación del riesgo de confusión – Riesgo de asociación – Serie o familia de marcas]. *DOUE C*, núm. 232, de 6 de agosto de 2011.
230. Asunto T-471/09: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2011 – Oetker Nahrungsmittel/OAMI – Bonfait (Buonfatti) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Buonfatti – Marca del Benelux denominativa anterior Bonfait – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE C*, núm. 232, de 6 de agosto de 2011.
231. Asunto T-475/09: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2011 – ATB Norte/OAMI – Bricocenter Italia (BRICO CENTER) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa BRICO CENTER – Marcas comunitarias figurativas anteriores ATB CENTROS DE BRICOLAGE BricoCentro y CENTROS DE BRICOLAGE BricoCentro – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE C*, núm. 232, de 6 de agosto de 2011.

232. Asunto T-476/09: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2011 – ATB Norte/OAMI – Bricocenter Italia (BRICO CENTER) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa BRICO CENTER – Marcas comunitarias figurativas anteriores ATB CENTROS DE BRICOLAGE Brico Centro y CENTROS DE BRICOLAGE BricoCentro – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 232, de 6 de agosto de 2011.
233. Asunto T-477/09: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2011 – ATB Norte/OAMI – Bricocenter Italia (BRICO CENTER) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa BRICO CENTER – Marcas comunitarias figurativas anteriores ATB CENTROS DE BRICOLAGE Brico Centro y CENTROS DE BRICOLAGE BricoCentro – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 232, de 6 de agosto de 2011.
234. Asunto T-478/09: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2011 – ATB Norte/OAMI – Bricocenter Italia (BRICO CENTER) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa BRICO CENTER – Marcas comunitarias figurativas anteriores ATB CENTROS DE BRICOLAGE Brico Centro y CENTROS DE BRICOLAGE BricoCentro – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 232, de 6 de agosto de 2011.
235. Asunto T-479/09: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2011 – ATB Norte/OAMI – Bricocenter Italia (BRICO CENTER Garden) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa BRICO CENTER Garden – Marcas comunitarias figurativas anteriores ATB CENTROS DE BRICOLAGE Brico Centro y CENTROS DE BRICOLAGE BricoCentro – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 232, de 6 de agosto de 2011.
236. Asunto T-480/09: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2011 – ATB Norte/OAMI – Bricocenter Italia (BRICOCENTER) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa BRICOCENTER – Marcas comunitarias figurativas anteriores ATB CENTROS DE BRICOLAGE Brico Centro y CENTROS DE BRICOLAGE BricoCentro – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 232, de 6 de agosto de 2011.
237. Asunto T-481/09: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2011 – ATB Norte/OAMI – Bricocenter Italia (maxi BRICO CENTER) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición –

- Solicitud de marca comunitaria figurativa maxi BRICO CENTER – Marcas comunitarias figurativas anteriores ATB CENTROS DE BRICOLAGE Brico Centro y CENTROS DE BRICOLAGE BricoCentro – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 232, de 6 de agosto de 2011.
238. Asunto T-482/09: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2011 – ATB Norte/OAMI – Bricocenter Italia (BRICO CENTER Città) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa BRICO CENTER Città – Marcas comunitarias figurativas anteriores ATB CENTROS DE BRICOLAGE Brico Centro y CENTROS DE BRICOLAGE BricoCentro – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 232, de 6 de agosto de 2011.
239. Asunto T-483/09: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2011 – ATB Norte/OAMI – Bricocenter Italia (Affiliato BRICO CENTER) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Affiliato BRICO CENTER – Marcas comunitarias figurativas anteriores ATB CENTROS DE BRICOLAGE Brico Centro y CENTROS DE BRICOLAGE BricoCentro – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 232, de 6 de agosto de 2011.
240. Asunto T-487/09: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2011 – ReValue Immobilienberatung/OAMI (ReValue) [Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa ReValue – Denegación parcial de registro – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra *c*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 232, de 6 de agosto de 2011.
241. Asunto T-463/08: Sentencia del Tribunal General de 30 de junio de 2011 – Imagion/OAMI (DYNAMIC HD) [Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa DYNAMIC HD – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 1, letra *b*), y apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letra *b*), y apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE* C, núm. 238, de 8 de agosto de 2011.
242. Asunto T-258/09: Sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2011 – i-content/OAMI (BETWIN) [Marca comunitaria – Solicitud de marca denominativa comunitaria BETWIN – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras *b*) y *c*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obliga-

- ción de motivación – Igualdad de trato – Artículo 49 CE]. *DOUE* C, núm. 238, de 8 de agosto de 2011.
243. Asunto T-318/09: Sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2011 – Audi y Volkswagen/OAMI (TDI) [Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa TDI – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 1, letra *c*), y apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 75 y artículo 76, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009]. *DOUE* C, núm. 238, de 8 de agosto de 2011.
244. Asunto T-235/10: Sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2011 – Timehouse/OAMI (Forma de un reloj de bordes dentados) [Marca comunitaria – Solicitud de marca tridimensional – Forma de un reloj de bordes dentados – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE* C, núm. 238, de 8 de agosto de 2011.
245. Asunto T-343/09: Auto del Tribunal General de 27 de junio de 2011 – Amecke Fruchtsaft/OAMI – Uhse (69 Sex up) (Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento). *DOUE* C, núm. 238, de 8 de agosto de 2011.
246. Asunto T-125/10: Auto del Tribunal General de 27 de junio de 2011 – Amecke Fruchtsaft/OAMI – Uhse (69 Sex up) (Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento). *DOUE* C, núm. 238, de 8 de agosto de 2011.
247. Asunto C-263/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de julio de 2011 – Edwin Co. Ltd/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Elio Fiorucci [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 52, apartado 2, letra *a*) – Marca comunitaria denominativa ELIO FIORUCCI – Solicitud de nulidad basada en un derecho al nombre con arreglo al Derecho nacional – Control por el Tribunal de Justicia de la interpretación y la aplicación del Derecho nacional efectuadas por el Tribunal General – Facultad del Tribunal General para modificar la resolución de la Sala de Recurso – Límites]. *DOUE*, C, núm. 252, de 27 de agosto de 2011.
248. Asunto C-353/09 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 15 de febrero de 2011 – Perfetti Van Melle SpA/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Cloetta AB, sucesora jurídica de Cloetta Fazer AB [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra *b*) – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa CENTER SHOCK – Marca nacional denominativa anterior CENTER – Examen del riesgo de confusión]. *DOUE* C, núm. 252, de 27 de agosto de 2011.
249. Asunto C-5/10 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de mayo de 2011 – Giampietro Torresan/Oficina de Armoni-

- zación del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Klosterbrauerei Weissenhohe GmbH & Co. KG [Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca denominativa CANNA-BIS – Procedimiento de nulidad – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 7, apartado 1, letra c)]. *DOUE* C, núm. 252, de 27 de agosto de 2011.
250. Asunto C-349/10 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 2 de marzo de 2011 – Claro, S.A./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Telefónica, S.A. [Recurso de casación – Marca comunitaria – Denegación de registro – Admisibilidad del recurso ante la Sala de Recurso – Falta presentación del escrito de motivación del recurso – Artículo 59 del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Regla 49, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Recurso de casación manifiestamente infundado]. *DOUE*, C, núm. 252, de 27 de agosto de 2011.
251. Asunto C-369/10 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de marzo de 2011 – Ravensburger AG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Educa Borrás SA [Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca comunitaria denominativa MEMORY – Procedimiento de nulidad – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 7, apartado 1, letra c)]. *DOUE*, C, núm. 252, de 27 de agosto de 2011.
252. Asunto C-388/10 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 24 de marzo de 2011 – Félix Muñoz Arraiza/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada Rioja [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículos 8, apartado 1, letra b), 43, apartado 2, y 44, apartado 1 – Solicitud de marca comunitaria denominativa RIO-JAVINA – Oposición del titular de la marca comunitaria colectiva figurativa anterior RIOJA – Denegación de registro – Riesgo de confusión]. *DOUE*, C, núm. 252, de 27 de agosto de 2011.
253. Asunto C-429/10: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 16 de mayo de 2011 – X Technology Swiss GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación – Marca comunitaria – Signo consistente en la coloración parcial de un producto – Coloración naranja de la punta de un calcetín – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 7, apartado 1, letra b)]. *DOUE*, C, núm. 252, de 27 de agosto de 2011.
254. Asunto T-374/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2011 – Aldi Einkauf/OAMI – Illinois Tools Works (TOP CRAFT) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa TOP CRAFT – Marcas nacionales figurativas anteriores Krafft – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Regla-

mento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – Uso serio de las marcas anteriores – Artículo 43, apartado 2, del Reglamento núm. 40/94, actualmente artículo 42, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 y de la regla 22 del Reglamento (CE) núm. 2868/95]. *DOUE*, C, núm. 252, de 27 de agosto de 2011.

255. **Asuntos acumulados C-4/10 y C-27/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de julio de 2011** (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Korkein hallinto-oikeus – Finlandia) – procedimientos entablados por Bureau National Interprofessionnel du Cognac [Reglamento (CE) núm. 110/2008 – Indicaciones geográficas de las bebidas espirituosas – Aplicación en el tiempo – Marca que lleva incorporada una indicación geográfica – Utilización que da lugar a una situación que puede perjudicar a la indicación geográfica – Denegación de registro o nulidad de tal marca – Aplicabilidad directa de un reglamento]. *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
256. **Asunto C-46/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de julio de 2011** (petición de decisión prejudicial planteada por el Højesteret – Dinamarca) – Viking Gas A/S/Kosan Gas A/S, anteriormente BP Gas A/S (Marcas – Directiva 89/104/CEE – Artículos 5 y 7 – Bombonas de gas protegidas como marca tridimensional – Comercialización por un licenciatario exclusivo – Actividad de un competidor del licenciatario consistente en el rellenado de esas bombonas). *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
257. **Asunto T-108/08: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2011** – Zino Davidoff/OAMI – Kleinakis kai SIA (GOOD LIFE) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria GOOD LIFE – Marca denominativa nacional anterior GOOD LIFE – Uso efectivo de la marca anterior – Deber de diligencia – Artículo 74, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 76, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
258. **Asunto T-160/09: Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2011** – Winzer Pharma/OAMI – Alcon (OFTAL CUSI) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa OFTAL CUSI – Marca comunitaria denominativa anterior Ophthal – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
259. **Asunto T-220/09: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2011** – Ergo Versicherungsgruppe/OAMI – Sociéty de développement et de recherche industrielle (ERGO) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de la marca comuni-

- taria denominativa ERGO – Marca comunitaria denominativa anterior URGO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente, artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/20). *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
260. Asunto T-221/09: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2011 – Ergo Versicherungsgruppe/OAMI – Société de développement et de recherche industrielle (ERGO Group) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de la marca comunitaria denominativa ERGO Group – Marca comunitaria denominativa anterior URGO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente, artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
261. Asunto T-499/09: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2011 – Evonik Industries/OAMI (Rectángulo de color púrpura con un lado convexo) [Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa un rectángulo de color púrpura con un lado convexo – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
262. Asunto T-88/10: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2011 – Inter IKEA Systems/OAMI – Meteor Controls (GLÄNSA) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria GLÄNSA – Marca denominativa comunitaria anterior GLANZ – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
263. Asunto T-222/10: Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2011 – ratiopharm/OAMI – Nycomed (ZUFAL) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria ZUFAL – Marca denominativa comunitaria anterior ZURCAL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Similitud de los productos – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Limitación de los productos designados en la solicitud de marca – Artículo 43, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 269, de 10 de septiembre de 2011.
264. Asuntos acumulados C-400/09 y C-207/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 28 de julio de 2011 (peticiones de decisión prejudicial planteada por el Højesteret – Dinamarca) – Orifarm A/S, Orifarm Supply A/S, Handelsselskabet af 5. januar 2002 A/S, en liquidación, Ompakningselskabet af 1. november 2005 A/S (C-400/09), Paranova Danmark A/S, Paranova

- Pack A/S (C-207/10)/Merck Sharp & Dohme Corporation (anteriormente Merck & Co.), Merck Sharp & Dohme BV, Merck Sharp & Dohme (Marcas – Directiva 89/104/CEE – Artículo 7, apartado 2 – Productos farmacéuticos – Importación paralela – Reenvasado del producto que lleva la marca – Nuevo embalaje en el que se indica que el titular de la autorización de comercialización, bajo cuyas instrucciones el producto ha sido reenvasado, es el autor del reenvasado – Reenvasado físico efectuado por una empresa independiente]. *DOUE*, C, núm. 298, de 8 de octubre de 2011.
265. Asunto C-532/10 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 29 de junio de 2011 – adp Gauselmann GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra *b*) – Riesgo de confusión – Marca figurativa Archer Maclean’s Mercury – Oposición del titular de la marca denominativa nacional Merkur]. *DOUE* C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
266. Asunto C-536/10 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 7 de julio de 2011 – MPDV Mikrolab GmbH, Mikroprozessor-datenverarbeitung und Mikroprozessorlabor/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (Recurso de casación – Marca comunitaria – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Signo denominativo ROI ANALYZER). *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
267. Asunto T-485/07: Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2011 – Olive Line International/OAMI – Knopf (O-live) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria O-live – Nombre comercial anterior Olive line – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Derecho a prohibir el uso de una marca más reciente – Riesgo de confusión – Artículo 7 de la Ley de marcas española y artículo 8, apartado 1, del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 8, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009)]. *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
268. Asunto T-10/08: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2011 – Kwang Yang Motor/OAMI – Honda Giken Kogyo (Motor de combustión interna con ventilador sobre la cubierta) [Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un motor de combustión interna con un ventilador sobre la cubierta – Dibujo o modelo nacional anterior – Motivo de nulidad – Inexistencia de carácter singular – Características visibles de la pieza de un producto complejo – Inexistencia de una impresión general distinta – Usuario informado – Grado de libertad del autor – Artículos 4, 6 y 25, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 6/2002]. *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.

269. Asunto T-11/08: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2011 – Kwang Yang Motor/OAMI – Honda Giken Kogyo (Motor de combustión interna) [Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un motor de combustión interna – Dibujo o modelo nacional anterior – Motivo de nulidad – Inexistencia de carácter singular – Características visibles de la pieza de un producto complejo – Inexistencia de impresión global diferente – Usuario informado – Grado de libertad del autor – Artículos 4, 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002]. *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
270. Asunto T-522/08: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2011 – Ruiz de la Prada de Sentmenat/OAMI – Quant (AGATHA RUIZ DE LA PRADA) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa AGATHA RUIZ DE LA PRADA – Marca comunitaria figurativa anterior que representa una flor en blanco y negro – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
271. Asunto T-523/08: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2011 – Ruiz de la Prada de Sentmenat/OAMI – Quant Cosmetics Japan (AGATHA RUIZ DE LA PRADA) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa AGATHA RUIZ DE LA PRADA – Marcas nacionales y comunitaria figurativas anteriores que representan una flor en blanco y negro – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
272. Asunto T-36/09: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2011 – dm-drogerie markt/OAMI – Distribuciones Mylar (dm) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria dm – Marca gráfica nacional anterior dm – Procedimiento administrativo – Resoluciones de las Divisiones de Oposición – Revocación – Rectificación de errores materiales – Acto inexistente – Admisibilidad de los recursos interpuestos ante la Sala de Recurso – Plazo para recurrir – Confianza legítima – Artículos 59, 60 bis, 63 y 77 bis del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículos 60, 62, 65 y 80 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Regla 53 del Reglamento (CE) núm. 2868/95]. *DOUE* C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
273. Asunto T-83/09: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2011 – Chalk/OAMI – Reformed Spirits Company Holdings (CRAIC) [Marca comunitaria – Marca comunitaria denominativa CRAIC – Cesiones – Registro de la cesión de la marca – Revocación – Artículos 16, 17, 23 y 77 bis del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículos 16, 17, 23 y 80 del Regla-

- mento (CE) núm. 207/2009 y regla 31 del Reglamento (CE) núm. 2868/95]. *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
274. **Asunto T-271/09: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2011 – Prinz Sobieski zu Schwarzenberg/OAMI – British-American Tobacco Polska (Romuald Prinz Sobieski zu Schwarzenberg) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de la marca comunitaria denominativa Romuald Prinz Sobieski zu Schwarzenberg – Marcas nacionales denominativa anterior JAN III SOBIESKI y figurativa anterior Jan III Sobieski – Incumplimiento de la obligación de pago de la tasa de recurso mediante abono o transferencia dentro de plazo – Resolución de la Sala de Recurso por la que se declara el recurso no presentado – Artículo 8, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2869/95 – Petición de *restitutio in integrum* – Inexistencia de circunstancias excepcionales o imprevisibles – Artículo 81 del Reglamento (CE) núm. 207/2009].** *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
275. **Asunto T-274/09: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2011 – Deutsche Bahn/OAMI – DSB (IC4) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria IC4 – Marca denominativa comunitaria anterior ICE y marca figurativa nacional anterior IC – Criterios de apreciación del riesgo de confusión – Motivos de denegación relativos – Similitud de los servicios – Similitud de los signos – Carácter distintivo de la marca anterior – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009].** *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
276. **Asunto T-289/09: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2011 – Omnicare/OAMI – Astellas Pharma (OMNICARE CLINICAL RESEARCH) (Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa OMNICARE CLINICAL RESEARCH – Marca nacional figurativa anterior OMNICARE – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Similitud de los servicios – Uso efectivo de la marca anterior).** *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
277. **Asunto T-290/09: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2011 – Omnicare/OAMI – Astellas Pharma (OMNICARE) (Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa OMNICARE – Marca nacional figurativa anterior OMNICARE – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Similitud de los servicios – Uso efectivo de la marca anterior).** *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
278. **Asunto T-382/09: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2011 – Ergo Versicherungsgruppe/OAMI – DeguDent (ERGO) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de la marca comunitaria denominativa ERGO – Marcas comunitaria y nacional denominativas anteriores CERGO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8,**

- apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de pronunciarse sobre la totalidad del recurso – Amplitud del examen que debe efectuar la Sala de Recurso – Artículo 64, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
279. Asunto T-427/09: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2011 – Centrotherm Clean Solutions/OAMI – Centrotherm Systemtechnik (CENTROTHERM) [Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa comunitaria CENTROTHERM – Uso efectivo de la marca – Artículo 51, apartado 1, letra *a*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
280. Asunto T-434/09: Sentencia del Tribunal General de 15 de septiembre de 2011 – Centrotherm Systemtechnik/OAMI – centrotherm Clean Solutions (CENTROTHERM) [Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa comunitaria CENTROTHERM – Uso efectivo de la marca – Artículo 51, apartado 1, letra *a*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Examen de oficio de los hechos – Artículo 76, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009 – Admisibilidad de nuevas pruebas – Artículo 76, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 – Excepción de ilegalidad – Regla 40, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 2868/95]. *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
281. Asunto T-197/10: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2011 – BVR/OAMI – Austria Leasing (Austria Leasing Gesellschaft m.b.H. Mitglied der Raiffeisen-Bankengruppe Österreich) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria Austria Leasing Gesellschaft m.b.H. Mitglied der Raiffeisen-Bankengruppe Österreich – Marca figurativa nacional anterior Raiffeisenbank – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
282. Asunto T-199/10: Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2011 – DRV/OAMI – Austria Leasing (Austria Leasing Gesellschaft m.b.H. Mitglied der Raiffeisen-Bankengruppe Österreich) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria Austria Leasing Gesellschaft m.b.H. Mitglied der Raiffeisen-Bankengruppe Österreich – Marca figurativa nacional anterior Raiffeisen – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
283. Asunto T-279/10: Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2011 – K-Mail Order/OAMI – IVKO (MEN'Z) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria MEN'Z – Nombre comercial anterior WENZ – Motivo de denegación relativo – Alcance local del signo

- anterior – Artículo 8, apartado 4, y artículo 41, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 311, de 23 de octubre de 2011.
284. Asunto T-251/08: Sentencia del Tribunal General de 23 de septiembre de 2011 – Vion/OAMI (PASSION FOR BETTER FOOD) [Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa PASSION FOR BETTER FOOD – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 319, de 29 de octubre de 2011.
285. Asunto T-501/08: Sentencia del Tribunal General de 23 de septiembre de 2011 – NEC Display Solutions Europe/OAMI – C More Entertainment (see more) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa see more – Marcas nacionales denominativas anteriores CMORE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 319, de 29 de octubre de 2011.
286. Asunto T-201/09: Sentencia del Tribunal General de 21 de septiembre de 2011 – Rügen Fisch/OAMI – Schwaaner Fischwaren (SCOMBER MIX) [Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa SCOMBER MIX – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 319, de 29 de octubre de 2011.
287. Asunto T-250/09: Sentencia del Tribunal General de 22 de septiembre de 2011 – Cesea Group/OAMI – Mangini & C. (Mangiami) [Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa Mangiami – Marca internacional denominativa anterior MANGINI – Admisibilidad de nuevas pruebas – Artículo 76, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 319, de 29 de octubre de 2011.
288. Asunto T-99/10: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2011 – Meica/OAMI – TofuTown.com (TOFUKING) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa TOFUKING – Marca nacional denominativa anterior King – Marcas nacional y comunitaria denominativas anteriores Curry King – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 319, de 29 de octubre de 2011.
289. Asunto T-174/10: Sentencia del Tribunal General de 22 de septiembre de 2011 – ara/OAMI – Allrounder (A con dos cuernos) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Registro

internacional que designa la Comunidad Europea – Marca figurativa A con dos cuernos – Marca denominativa nacional anterior A – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 319, de 29 de octubre de 2011.

290. Asunto T-232/10: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2011 – Couture Tech/OAMI (Representación del escudo soviético) [Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa el escudo soviético – Motivo de denegación absoluto – Carácter contrario al orden público o a las buenas costumbres – Artículo 7, apartado 1, letra f), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 319, de 29 de octubre de 2011.
291. Asunto T-512/10: Sentencia del Tribunal General de 21 de septiembre de 2011 – Nike International/OAMI (DYNAMIC SUPPORT) [Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa DYNAMIC SUPPORT – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c) del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 319, de 29 de octubre de 2011.

#### PROPIEDAD INTELECTUAL

292. Asunto C-462/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de junio de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – Stichting de Thuis kopie/Opus Supplies Deutschland GmbH, Mijndert van der Lee, Hananja van der Lee ([Aproximación de las legislaciones – Derechos de autor y derechos afines – Directiva 2001/29/CE – Derecho de reproducción – Excepciones y limitaciones – Excepción de copia para uso privado – Artículo 5, apartados 2, letra b), y 5 – Compensación equitativa – Deudor del canon vinculado a la financiación de dicha compensación – Compraventa a distancia entre dos personas que residen en Estados miembros diferentes)]. *DOUE*, C, núm. 232, de 6 de agosto de 2011.

#### RESPONSABILIDAD CIVIL

293. Asunto C-484/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 17 de marzo de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação do Porto – Portugal) – Manuel Carvalho Ferreira Santos/Companhia Europeia de Seguros, S.A. (Procedimiento prejudicial – Directiva 72/166/CEE – Artículo 3, apartado 1 – Directiva 84/5/CEE – Artículo 2, apartado 1 – Directiva 90/232/CEE – Artículo 1 – Derecho a indemnización por el seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles – Requisitos para su limitación – Contribución al daño – Inexistencia de culpa imputable a los con-

- ductores – Responsabilidad por riesgo)]. *DOUE*, C, núm. 139, de 7 de mayo de 2011.
294. Asunto C-294/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de mayo de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Augstākās Tiesas Senāts – República de Letonia) – Andrejs Eglītis, Edvards Ratnieks/Latvijas Republikas Ekonomikas ministrija [Transporte aéreo – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículo 5, apartado 3 – Compensación a los pasajeros en caso de cancelación de vuelos – Exención de la obligación de compensación en el supuesto de que surjan circunstancias extraordinarias – Adopción, por parte del transportista aéreo, de todas las medidas razonables para evitar las circunstancias extraordinarias – Planificación oportuna de los recursos a fin de poder garantizar la realización del vuelo después de que desaparezcan tales circunstancias)]. *DOUE*, C, núm. 194, de 2 de julio de 2011.
295. Asunto C-409/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 9 de junio de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal de Justiça – Portugal) – José Maria Ambrósio Lavrador, Maria Cândida Oliva Ferreira Bonifácio/ Companhia de Seguros Fidelidade-Mundial SA (Seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles – Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE y 90/232/CEE – Derecho a indemnización por el seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles – Requisitos para establecer una limitación – Contribución de la víctima a su propio daño – Responsabilidad por riesgo – Disposiciones aplicables al tercero menor de edad víctima de un accidente)]. *DOUE*, C, núm. 226, de 30 de julio de 2011.

## SEGUROS

296. Asunto C-352/10: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 15 de diciembre de 2010 (petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Oviedo) – Ángel Lorenzo González Alonso/Nationale Nederlanden Vida Cía. de Seguros y Reaseguros, S.A.E. (Procedimiento prejudicial – Inadmisibilidad)]. *DOUE*, C, núm. 89, de 19 de marzo de 2011.
297. Asunto C-236/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de marzo de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour Constitutionnelle – Bélgica) – Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier/Conseil des ministres (Procedimiento prejudicial – Derechos fundamentales – Lucha contra las discriminaciones – Igualdad de trato entre mujeres y hombres – Acceso a bienes y servicios y su suministro – Primas y prestaciones de seguros – Factores actuariales – Consideración del sexo de la persona asegurada como factor para evaluar el riesgo – Contratos privados de seguro de vida – Directiva 2004/113/CE – Artículo 5, apartado 2 – Excep-

**ción carente de límite temporal – Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea – Artículos 21 y 23 – Invalidez). *DOUE*, C, núm. 130, de 30 de abril de 2011.**

#### SOCIEDADES

298. **Asunto C-391/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 3 de febrero de 2011 – Comisión Europea/Reino de Bélgica (Incumplimiento de Estado – Directiva 2007/36/CE – Ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas – Ausencia de transposición completa dentro del plazo establecido)]. *DOUE*, C, núm. 103, de 2 de abril de 2011.**
299. **Asunto C-375/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 24 de marzo de 2011 – Comisión Europea/Reino de España (Incumplimiento de Estado – Directiva 2007/36/CE – Ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas – No transposición dentro del plazo señalado)]. *DOUE*, C, núm. 152, de 21 de mayo de 2011.**

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

**BARRADA, Reyes/GARRIDO, Martín/NASARRE, Sergio (coords.): *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código civil de Catalunya*, Barcelona, Bosch, 2011, 990 págs.**

El proceso de codificación del Derecho civil de Cataluña ha experimentado un avance importantísimo con la aprobación por el *Parlament de Catalunya* de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia.

El desarrollo del Derecho civil de Cataluña ha sido remarcable en los últimos años con la elaboración progresiva del Código civil de Cataluña. La aprobación de los libros quinto, relativo a los derechos reales; tercero, relativo a las personas jurídicas, y cuarto, relativo a las sucesiones ha supuesto la integración en un único texto de gran parte del Derecho civil catalán vigente. Quedaba, sin embargo, por completar, de acuerdo con lo dispuesto en el preámbulo de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código civil de Cataluña, las materias relativas a la persona y la familia, y a las obligaciones y contratos que habrían de ser el contenido de los libros segundo y sexto, respectivamente.

La actividad legislativa del *Parlament de Catalunya* en el ámbito del derecho de la persona y la familia ha sido muy profusa desde que la *Generalitat de Catalunya* recuperó su competencia legislativa en materia civil. La adaptación de la compilación a los principios constitucionales y la adecuación del derecho de familia a la realidad familiar socialmente establecida fueron los primeros y principales objetivos del legislador catalán, que se cumplieron a través de la aprobación de leyes especiales y con la reforma de la compilación. Con la aprobación posterior del Código de familia de Cataluña, por Ley 9/1998, de 15 de julio, se perfiló un cuerpo normativo bastante completo en materia familiar. No obstante, el hecho de que algunas instituciones quedaran fuera de la regulación codificada del Derecho de familia, y la posterior y profusa actividad legislativa del *Parlament de Catalunya* hacía necesaria la revisión global de toda la materia. Este cometido se ha llevado a cabo por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, que ha entrado en vigor el día uno de enero de este año (2011).

De una forma general, los principales objetivos que se pretenden con la aprobación del libro segundo del *Codi civil de Catalunya* son codificar la materia relativa a la persona y a la familia, remediando la situación anterior que, por diferentes razones, mantenía la regulación de ciertas instituciones familiares fuera del Código de familia; y actualizar el Derecho de familia de

Cataluña, adaptándolo a la realidad social y a sus nuevas demandas. Por consiguiente, la elaboración del Libro segundo supone, no una simple reordenación de la legislación catalana vigente en materia familiar, de sus normas o contenidos, sino su revisión, armonización y sistematización en un sentido amplio, esto es, incluyendo la regulación de la persona física, lo que supone la introducción de un número considerable de novedades (Preámbulo, I).

La actividad legislativa en materia familiar, en concreto la aprobación del Proyecto de Ley del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia motivó la celebración del V Congreso de Derecho civil catalán, en noviembre de 2009, organizado por la *Facultat de Ciències Jurídiques* de la *Universitat Rovira i Virgili*. El Congreso tuvo como principal objetivo abordar un análisis crítico del Proyecto de Ley del libro segundo Código Civil de Cataluña. La diversidad en las exposiciones y el intenso intercambio de ideas que en esta plataforma se produjo, entre los diferentes representantes de la comunidad científica y los operadores jurídicos, sirvió como primera aproximación a la futura nueva normativa, que estaba a punto de ser aprobada y a las posibles incidencias que su inminente aplicación práctica, en forma de ley, podía conllevar.

De las ideas, debates y conclusiones expuestas en el Congreso, sobre la base de la legislación proyectada, da cuenta la obra que se recensiona, que, además incorpora un exhaustivo análisis del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, el cual ha introducido importantes modificaciones respecto del derecho anterior. Por ello, se trata de una obra de referencia, no sólo por su novedad, sino porque en ella se analiza tanto la nueva normativa como su comparación con el derecho derogado, lo que le atribuye un valor añadido.

La obra ha sido elaborada por un conjunto de prestigiosos profesores universitarios y operadores jurídicos, en concreto, notarios, registradores y magistrados, los cuales han trabajado de forma coordinada, de lo que resulta un estudio completo de la materia familiar en sentido amplio, que abarca tanto la perspectiva teórica como la práctica.

El estudio se estructura metodológicamente en seis ejes temáticos, lo que ayuda a su manejo y facilita su consulta. Todo ello va precedido de una introducción que analiza, en términos generales, la reforma del Derecho de familia en el Código Civil de Cataluña, a cargo del catedrático Francisco Rivero Hernández. En este capítulo se evalúan las nuevas coordenadas y principales aportaciones del libro segundo, desde una visión crítica.

Las concretas áreas temáticas en que se ha sistematizado el estudio teórico son:

1. La protección de las personas. Esta parte de la obra consta de seis capítulos, dos de carácter más general, en los que se analiza la regulación del patrimonio protegido de la persona discapacitada o dependiente, a cargo de la catedrática M.<sup>a</sup> Carmen Gete-Alonso, y las instituciones de protección, en concreto, la asistencia y el documento de voluntades anticipadas, escrita por el notario Manuel Ángel Martínez-García. Los otros cuatro capítulos se centran en el análisis de cuestiones más concretas relacionados con el nuevo régimen de protección de la persona.

2. El derecho patrimonial del matrimonio. En esta parte se abordan, por un lado, temas clásicos pero de gran relevancia práctica, como por ejemplo, la contratación entre cónyuges, por el catedrático Lluís Puig i Ferriol; la prescripción compensatoria o el derecho de compensación por razón de trabajo, por el catedrático Sergio Nasarre Aznar; y la disposición y uso de la vivienda

familiar, tanto desde una perspectiva teórica, a cargo del catedrático Santiago Espiau, como práctica, por el registrador Juan M.<sup>a</sup> Díaz Fraile. Por otro lado, se analizan otros temas tan novedosos, como los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, por el notario Ángel Serrano de Nicolás. Asimismo, esta parte, se completa con seis capítulos más que evalúan problemas más concretos.

3. La regulación de las parejas de hecho, se aborda en cuatro capítulos, en los que se estudia la convivencia regulada, a cargo del notario Emilio González Bou, junto con las situaciones convivenciales no reguladas, por el profesor Carles Villagrasa. Además, en esta parte se analizan otras dos cuestiones de gran importancia, la residencia de las parejas con elemento de extranjería, y la tensión entre los principios de libertad individual y seguridad jurídica que en estas situaciones se produce.

4. La mediación familiar, con dos capítulos dedicados al estudio de la Ley 15/2009, sobre la mediación en el ámbito del derecho privado en Cataluña.

5. La potestad y la filiación. En esta parte se estudia de forma concreta, dos de las más importantes novedades del libro segundo: los derechos del menor en las familias reconstituidas, a cargo de la catedrática Susana Navas; y el plan de parentalidad, por la profesora Reyes Barrada. Asimismo, hay tres capítulos más que abordan cuestiones más concretas relacionadas con la potestad y la filiación.

6. Los alimentos. En relación a este tema, se trata la interesante cuestión del derecho de alimentos de la persona concursada.

Por último, la obra concluye con dos últimas partes dedicadas, respectivamente, la primera, a la incidencia que el Derecho de sucesiones tiene en el Derecho de familia. Así, el capítulo 31, escrito por el notario Martín Garrido Melero, proporciona una visión general y completa de la cuestión; y el capítulo 32, a cargo del registrador de la propiedad adscrito a la DGRN y vocal permanente de la Comisión General de Codificación, Dr. Javier Gómez Gállego, se centra en la cuestión específica de las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia. Y, una segunda parte, consistente en un estudio de la praxis del Derecho de familia, que analiza, por un lado, la doctrina gubernativa de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas, por el registrador de la propiedad y Decano de los Registradores de Catalunya, Sr. Antonio Giner Gargallo y, por otro lado, las nuevas tendencias jurisprudenciales sobre el Derecho de familia, por la magistrada y Presidenta de la AP de Barcelona (Sección 18.ª), Sra. Ana María García Esquiú.

Se trata, en suma, de una obra que, además de ofrecer una importante aportación doctrinal sobre la materia, creemos que constituye un referente, de obligada consulta, para tener un conocimiento preciso y actual del nuevo Derecho de la persona y la familia en Cataluña.

Ana GIMÉNEZ COSTA  
Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)



## Revistas Extranjeras

**Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M.<sup>a</sup> del Rosario DÍAZ ROMERO, Martín GARCÍA-RIPOLL, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Isabel SIERRA PÉREZ, Belén TRIGO GARCÍA**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia. II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.—Abreviaturas.

### DERECHO CIVIL

#### PARTE GENERAL

AGOSTINELLI, B.: «Profili civilistici della c.d. donazione di sangue e di organi», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 3, pp. 665-706.

El art. 5 del CC italiano prohíbe los actos de disposición sobre el propio cuerpo cuando estos impliquen una disminución permanente de la integridad física o cuando sean contrarios a la ley, al orden público y a las buenas costumbres.

La autora analiza la disposición a la luz de los avances de la ciencia médica; su estudio se desarrolla en tres niveles: existencia y naturaleza de un derecho de la persona sobre su propio cuerpo y sobre las partes integrantes del mismo; la naturaleza jurídica del consentimiento a la disposición sobre el propio cuerpo; y el principio de gratuidad de dichas disposiciones. (*B. G. F.*)

ALPA, G.: «Dignità personale e diritti fondamentali», *RTDPC*, 2011, núm. 1, pp. 21-36.

Consideraciones sobre el tratamiento del principio de dignidad de la persona como base de los derechos fundamentales en el Tratado de Lisboa, la Convención Europea de los Derechos Humanos y la aplicación en el Tribunal de Justicia de la UE. (*M. R. D. R.*)

ANNUNZIATA, A.: «La nozione di buon costume e applicabilità della soluti retentio ex art. 2035 c.c.— nota a Cass. 21 aprile 2010 n. 9441», *GC*, 2011, núm. 1, pp. 186-193. (*M. R. D. R.*)

BOGDANDY, A. VON: «Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum», *JZ*, 2011, núm. 1, pp. 1-6.

El autor examina el estado de la ciencia jurídica alemana en el espacio jurídico europeo; de una parte, en el contexto del proyecto de integración

européa, la influencia de las Law Schools americanas; de otra, la progresiva tendencia a la utilización del método de derecho comparado. (B. T. G.)

FLEISCHER, H.: «Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rolle der Gesetzmateriale bei der Gesetzesauslegung», *AcP*, núms. 3/4, pp. 317-351.

Estudio comparativo sobre el valor de los materiales legislativos en la interpretación de la ley. En realidad, sólo se comparan los sistemas alemán, inglés y estadounidense. Se pone de manifiesto la lucha tradicional alemana entre la interpretación subjetiva y objetiva de la ley, que da lugar a la diferente valoración de esos materiales legislativos.

En Inglaterra rige la *exclusionary rule* desde el caso *Millar v. Taylor*, de 1769, según la que no vale el recurso a los debates parlamentarios.

En EE. UU. la cuestión es muy discutida entre los autores, existiendo una corriente intencional, otra textual (entre los que no faltan los que incluyen consideraciones económicas del tipo coste-beneficio –Vermeule–) y, finalmente, otra dinámica (*dinamy statutory interpretation*). (M. G.-R.)

GALGANO, F.: «Deontologia forense e pluralità degli ordinamenti giuridici», *CI*, 2011, núm. 2, pp. 287-296.

Reflexiones acerca del problema relativo a la juricidad de las normas deontológicas y su relación con las normas legales. Estudio de la solución propuesta por el Decreto *Bersani* para las actividades libres profesionales e intelectuales: la nulidad de las normas deontológicas que no sean conformes con la ley. Análisis de la tesis mantenida por la Circular de 4 de septiembre de 2006 del Consejo Nacional Forense, acerca del Decreto *Bersani*: la divergencia entre los efectos civiles y los efectos deontológicos. (Alma R.G.)

— «*Qui suo iure abutitur neminem laedit?*», *CI*, 2011, núm. 2, pp. 311-319.

Artículo relativo al abuso del derecho: El abuso del derecho de nuevo en las últimas decisiones del Tribunal Supremo italiano: ¿supone tal abuso una lesión inferida a la libertad contractual? El desistimiento *ad nutum* del contrato: ¿admisión de un control causal? El fundamento de la prohibición del abuso del derecho: de la cláusula general de la buena fe a la norma comunitaria que formula la expresa prohibición del abuso del derecho. (Alma R.G.)

GENTILI, A.: «I concetti nel diritto privato europeo», *RDC*, 2010, núm. 6, parte prima, pp. 761-782.

Reflexión sobre los efectos de la proyectada unificación del Derecho Privado Europeo en los conceptos de propiedad, obligaciones, contratos y empresas y sus beneficios o perjuicios para los ordenamientos jurídicos nacionales. (M. R. D. R.)

GRUNDMANN, S.: «L'unità del diritto privato. Da un concetto formale a un concetto sostanziale di diritto privato», *RDC*, 2010, núm. 4 parte prima, pp. 585-608.

Observaciones al proceso unificador del Derecho Privado Europeo, especialmente en materia contractual, y su incidencia en el derecho financiero y societario. (M. R. D. R.)

LIPARI, N.: «Morte e trasfigurazione dell'analogia», *RTDPC*, 2011, núm. 1, pp. 1-19.

Reflexión sobre la figura de la analogía en el procedimiento de interpretación e integración jurídica para la aplicación del Derecho. Nueva perspectiva del sistema de fuentes y superación del tradicional concepto de laguna normativa. (*M. R. D. R.*)

MAGNI, A.: «Il diritto a sapere ed a non sapere nella ricerca biomedica», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 3, pp. 748-758.

La investigación biomédica se centra en el estudio del proceso biológico y de las causas de determinadas patologías a través de actividades de laboratorio, experimentación, análisis y exámenes médicos. El problema en el que se centra el presente trabajo es el de la configuración del derecho a conocer o no conocer el resultado de dicha investigación; el autor propone a este propósito un análisis separado entre el derecho de las personas directamente involucradas en el estudio y aquellas que no estándolo directamente pueden verse afectadas (a título de ejemplo, la hija del sujeto que se ha sometido a una experimentación médica sobre una patología de tipo genético). (*B. G. F.*)

MANKOWSKI, P.: «Verändert die Neurobiologie die rechtliche Sicht auf Willenserklärungen?», *AcP*, núm. 2, 2011, pp. 153-195.

El Derecho privado parte del principio de autonomía de la voluntad, en tanto derecho del sujeto de conformar su propia existencia. La declaración de voluntad es una base fundamental de esa autonomía privada. Tradicionalmente, los juristas han partido de la exigencia de que la voluntad del sujeto declarante sea libre, lo que se suponía que ocurría en la mayoría de las ocasiones.

Sin embargo, esta idea está cada vez más acorralada por la moderna neurobiología, cuyos conocimientos muestran que la libertad humana no es tan amplia como se suponía. El autor se muestra partidario de mantener los principios clásicos, ya que los propios experimentos neurobiológicos son en extremo complicados y no han dado resultados concluyentes (*M. G.-R.*)

MITTMANN, A.: «Compétence internationale en matière contractuelle», *RD*, 2011, núm. 12, pp. 834-839.

Análisis de la aplicación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del artículo 5.1º del Reglamento de Bruselas 1. Sus graves dificultades y posibilidad de evitarlas con un acuerdo de las partes en cuanto al lugar de ejecución de las obligaciones. (*R. A. R.*)

PERLINGIERI, P.: «Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica», *RDC*, 2010, núm. 3 parte prima, pp. 317-342.

Revisión del sistema de fuentes y técnicas de interpretación y aplicación del Derecho y sus sistemas de control, y comparación con el sistema de la Unión Europea. (*M. R. D. R.*)

PÖTTER, S. / CHRISTENSEN, R.: «Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung und Wortlautgrenze», *JZ*, 2011, núm. 8, pp. 387-394

El artículo propone una valoración realista del texto del derecho nacional examinando los límites de la interpretación conforme a las directivas para una mejor coordinación entre tribunales nacionales y europeos. (*B. T. G.*)

RICCIO, A.: «Abuso del diritto di sfratto del locatore inadempiente», *CI*, 2011, núm. 2, pp. 297-319.

El Tribunal Supremo italiano ha declarado recientemente que hay abuso del derecho por parte del arrendador cuando éste, disponiendo de otros medios para tutelar su derecho al cobro de la renta, ejercita la resolución del contrato, ante el impago de la renta por el arrendatario, alegando la condición de moroso del inquilino. (*Alma R.G.*)

RIESENHUBER, K.: «Wettbewerb für das Europäische Vertragsrecht», *JZ*, 2011, núm. 11, pp. 537-544

La contribución discute acerca de si el (D)CFR debe ser preferentemente aprobado como un acto jurídico o más bien publicado como un documento de trabajo y discusión. (*B. T. G.*)

RITTNER, F.: «Der privatautonome Vertrag als rechtliche Regelung des Soziallebens», *JZ*, 2011, núm. 6, pp. 269-274

El artículo plantea la alternativa de política legislativa entre la organización social por medio del Estado o bien de los particulares por sí mismos; cuestión que, como defiende el autor, sigue siendo un tema de actualidad. (*B. T. G.*)

SCHREIBER, Ch.: «Nichtigkeit und Gestaltungsrecht. Zur Dogmatik der Doppelwirkungen im Recht», *AcP*, núm. 1, 2011, pp. 35-57.

El autor plantea el problema de que un mismo contrato pueda ser dejado sin efecto por distintas razones jurídicas, según los derechos de configuración jurídica (*Gestaltungsrechte*) que correspondan a cada una de las partes. A partir de un famoso trabajo de Theodor Kipp de 1911, la doctrina ha aceptado que un contrato que sea nulo de pleno derecho pueda ser objeto de una acción de anulabilidad –si se dan las condiciones de ésta–, o que un contrato en principio anulable pueda ser objeto de una acción de nulidad de pleno derecho. A esto se le ha llamado, dentro de este ámbito, «doctrina de los efectos duplicados» (*Doktrin der Doppelwirkungen*).

Ya en 1995, una sentencia del Tribunal Supremo alemán aceptó la alegación conjunta de una de las partes de la nulidad y la anulabilidad del contrato. Y, finalmente, en 2009 otra sentencia admite la alegación del llamado derecho de revocación del consumidor (más bien, opción de disenso: González Pacanowska) en un contrato que era ya nulo. El artículo discute si es aceptable la opinión mayoritaria de doctrina y jurisprudencia. (*M. G.-R.*)

VISINTINI, G.: «La circolazione delle giurisprudenze», *CI*, 2011, núm. 1, pp. 73-84.

La circulación de los modelos jurídicos y los contrastes ideológicos entre el derecho nacional y el derecho comunitario en materia de propiedad. Influencia de las directrices del Tribunal de Estrasburgo, en particular, en cuanto al daño por un proceso injusto. Las diferencias entre principios europeos y el derecho interno en materia de daños resarcibles. (*Alma R.G.*)

## DERECHO DE LA PERSONA

ATIAs, Ch.: «La raison d'être des autorisations d'agir en justice au nom d'une personne morale», *RD*, 2011, núm. 10, pp. 701-702.

Actuación procesal autorizada por persona jurídica. Necesidad de que lo solicite el representante de la persona jurídica. (*I. S. P.*)

BALLARINI, G.: «Il diritto del minore a non essere ascoltato», *DFP*, 2010, núm. 4, pp. 1807-1825.

Artículo que aborda la capacidad de autodeterminación del menor de edad en diversas situaciones existenciales. (*Alma R.G.*)

BINCTIN, N.: «Le statut social de l'auteur en France» *RIDA*, núm. 228, abril 2011, pp. 5-163.

El autor presenta el estatuto social del autor en Francia: En primer lugar, mediante la identificación de los recursos del sistema de seguro social y de los contribuyentes y beneficiarios del mismo; y, en segundo lugar, volviendo sobre las prestaciones sociales otorgadas a los autores con los recursos recolectados. Se incluye también aspectos organizativos y administrativos, haciéndose hincapié en las instituciones relacionadas. (*C. J. D.*)

BOUCHET-LE MAPPIAN, E.: «Propriété intellectuelle et droit de propriété en droit anglais, allemand et français» *RIDA*, núm. 227, enero 2011, pp. 69-161.

Estudio comparado del derecho de propiedad intelectual en los sistemas inglés, alemán y francés. El autor parte de la clásica pregunta sobre si el derecho de propiedad intelectual puede considerarse exactamente o no como un derecho de propiedad. (*C. J. D.*)

BUSCHBAUM, M.: «La reconnaissance de situations juridiques fondées sur les actes d'état civil?», *RD*, 2011, núm. 16, pp. 1094-1099.

Método de reconocimiento de efectos del estado civil en toda la Unión europea y su problema de seguridad jurídica. Necesidad de armonizar las normas de conflicto para conseguir la armonización. (*R. A. R.*)

CASEY, J.: «Quel avenir pour le mandat de protection future?», *GP*, 2011, núm. 224-225, pp. 7-9.

La protección de los mayores mediante el mandato. Imposibilidad de su revocación por culpa de los jueces. Los problemas en torno a la voluntad del mayor. (*R. A. R.*)

CAYLA, O.: «Dissimulation du visage dans l'espace public: l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires?», *RD*, 2011, núm. 17, pp. 1166-1170.

Estudio sobre el campo de aplicación de la ley de 11 de octubre de 2010 que prohíbe disimular el rostro de los ministros en el espacio público. Intención política del tema. (*I. S. P.*)

COTTIER, C.: «Le juge administratif et les litiges sur les “oeuvres de l’esprit”» *RIDA*, núm. 227, enero 2011, pp. 5-67.

El autor aborda el papel que desempeña la jurisdicción administrativa en materia de protección de los derechos de autor, y subraya algunas particularidades del control que el juez administrativo ejerce sobre los derechos de los autores en las denominadas obras del espíritu. (C. J. D.)

DEBET, A.: «Informatique et libertés: faut-il aujourd’hui réviser la directive 95/46/CE relative à la protection des données personnelles?», *RD*, 2011, núm. 15, pp. 1034-1039.

Nuevas medidas legislativas propuestas por la Unión Europea en materia de protección de datos personales. Necesidad de medidas puntuales y no de una reforma global. (I. S. P.)

EDELMAN, B.: «La Cour européenne des droits de l’homme et l’homme du marché», *RD*, 2011, núm. 13, pp. 897-903.

Análisis jurisprudencial de la Corte Europea de derechos humanos reconociendo tales derechos a las personas jurídicas, concretamente a las empresas vistas como un bien. En este sentido, considera que su cuerpo es un valor económico o emocional. (R. A. R.)

FARRAN, S.: «Storing Sperm in Scotland: A Risky Business?», *ERPL*, núm. 2, 2011, pp. 257-274.

La *English Court of Appeal* confirmó en 2009 una reclamación realizada por un grupo de hombres, basándose en las normas de responsabilidad extracontractual y en las del depósito, por el daño causado por la destrucción de esperma almacenado, acontecimiento que les había causado un perjuicio psíquico. Bajo ambas causas de acción, el éxito de la demanda conforme al *Common Law* fue basado en el reconocimiento del esperma como propiedad de los demandantes más que en un daño psicológico. Como se destaca en la sentencia, «Las demandas futuras pueden referirse no sólo al esperma almacenado, sino también a productos de un cuerpo humano vivo, los cuales se pretenden que sean usados por los cuerpos que los han generado». Esta resolución puede, por tanto, tener amplia repercusión, no sólo en Inglaterra y Gales, sino también en otros países del *Common Law*.

El artículo trata el problema de si hechos similares darían lugar a la misma solución en Escocia, que tiene un sistema legal mixto, entre continental y anglosajón. La autora concluye que existen razones comunes que pueden abonar el mismo criterio.

Este trabajo ha dado lugar a diversas respuestas en el mismo número de la revista. Así, BELLIVIER, F., «Commentaire de l’article de Sue Farran du point de vue du droit français» («Comentario del artículo de Sue Farran desde el punto de vista del Derecho francés»), pp. 275 a 281; BARNET, Ch., «Die Vernichtung von eingefrorenem Sperma als Rechtsproblem» («La destrucción del esperma congelado como problema jurídico»; análisis desde el Derecho alemán), pp. 283-290; NORDIN, E./PANIS, S., «The Law on Sperm: Liability of Sperm Banks in Belgium» («El derecho sobre el esperma: responsabilidad de los bancos de esperma en Bélgica»), pp. 309-322; MIELNICKI, Ph., «Challenging the Concepts of Damage in Tort Law with Shock Injury» («Desafiando los conceptos de daño en la responsabilidad civil con el de perjuicio por una conmoción emocional»; análisis sueco), pp. 291-307. (M. G.-R.)

GONZÁLEZ, B.: «La riforma spagnola del registro di stato civile in materia di incapacità, uffici tutelari e amministratori di patrimoni protetti», *RDC*, 2010, núm. 3 parte seconda, pp. 413-424.

Revisión de la institución de la tutela como medio de protección del sujeto incapaz, a través de las sucesivas reformas introducidas en la materia por la Ley del menor de 1996, Ley de tutela patrimonial de los incapaces de 2003 y la reciente Ley de 25 de marzo de 2009. Referencia a las modificaciones correspondientes en la Ley del Registro Civil de 1957. (*M. R. D. R.*)

GRABARCZYK, K.: «L'hospitalisation sans consentement sous les feux des juges européen et constitutionnel», *SJ*, núm. 7, 2011, pp. 325-329.

Pronunciamiento de la Corte EDH y el consejo constitucional sobre el régimen de hospital sin consentimiento tanto si procede de oficio como si es pedida por un tercero. (*I. S. P.*)

GRAZIOSO, G.: «Affidamento e tutela del minore e fattore religioso», *DFP*, 2010, núm. 4, pp. 1786-1806.

Artículo que aborda, por una parte, el derecho de los progenitores a la educación religiosa de los hijos tras la separación conyugal y, por otra, la autodeterminación de los menores respecto de decisiones de carácter religioso y social. (*Alma R.G.*)

GRÜNBERGER, M.: «Anmerkung: BVerfG, v. 11.1.2011», *JZ*, 2011, núm. 7, pp. 368-371.

El autor comenta la sexta sentencia del BVerfG sobre la ley relativa a las personas transexuales. (*B. T. G.*)

IANNONE, R.: «La cura del paziente e l'acquisizione del consenso informato: la Cassazione estende l'obbligo di informazione alle variazioni effettuate nel corso dell'intervento chirurgico – nota a Cass. 2 luglio 2010 n. 15698», *GC*, 2011, núm. 2, pp. 433-437. (*M. R. D. R.*)

LILLO, P.: «Obiezioni di coscienza ed esperienza giuridica», *DFP*, 2010, núm. 4, pp. 1761-1776.

Artículo relativo al derecho a la objeción de conciencia: definición, estructura, fundamento y límites a su ejercicio. (*Alma R.G.*)

MORET-BAILLY, J.: «Définir les conflits d'intérêts», *RD*, 2011, núm. 16, pp. 1100-1106.

El concepto de conflicto de intereses de forma transversal. Problemas sobre su contenido para formar un concepto útil. (*I. S. P.*)

MORETO SANZ, F.: «Aspetti civilistici di un nuovo diritto di cittadinanza: la legge spagnola sull'autonomia personale e sull'assistenza alle persone in situazione di dipendenza», *DFP*, 2010, núm. 4, pp. 1871-1904.

Artículo que tiene por objeto el examen, desde el punto de vista civil, de las novedades más importantes introducidas por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, relativa a la «Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia». El legislador parece haber constituido un «nuevo derecho del ciudadano», que encuentra su fundamento en la

acreditación de la situación de dependencia, que ha de ser declarada a través de un procedimiento complejo y articulado. (*Alma R.G.*)

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: «La cancellazione dell'atto di elezione della cittadinanza indebitamente registrato in rapporto ad altri titoli di acquisto dello *status civitatis*», *DFP*, 2010, núm. 4, pp. 1538-1547.

Artículo que aborda el procedimiento de rectificación de las actas de estado civil. Da cuenta de la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 2 de octubre de 2009, referida a la cancelación de la inscripción, en los registros de nacimiento y de ciudadanía, del acto de reconocimiento de un hijo natural, respecto del que se había declarado la falsedad por medio de sentencia penal irrevocable. (*Alma R.G.*)

NORGUIN, V.: «Droit processuel et protection judiciaire civile des majeurs vulnérables», *RD*, 2011, núm. 27, pp. 1842-1848.

El procedimiento tutelar como protección jurídica de los mayores protegidos. Necesidad de una interpretación teleológica sobre su fundamento unida al interés del mayor con el fin de que sea útil. (*I. S. P.*)

RICCI, A.: «Il valore economico della reputazione nel mondo digitale. Prime considerazioni», *CI*, 2010, núm. 6, pp. 1297-1316.

Artículo dedicado a la reputación digital: la reputación, entendida como estima social de la que un sujeto goza, asume en la red notas diversas de aquellas que de modo tradicional se le atribuyen en el mundo físico, justificables a la luz de las peculiares características que la formación y la circulación de las informaciones presentan en el mundo digital. (*Alma R.G.*)

ROSÉN, J.: «Chronique des Pays Nordiques» *RIDA*, núm. 227, enero 2011, pp. 163-207.

El autor expone las líneas seguidas por la jurisprudencia y legislación de los Países Nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia) en los últimos años (desde 2002 hasta 2010). (*C. J. D.*)

RÖTHEL, A.: «Form und Freiheit der Patientenautonomie», *AcP*, núm. 2, 2011, pp. 196-220.

El 20 de julio de 2009 se aprobó en Alemania la «Tercera Ley de Modificación del Derecho de Asistencia de los enfermos físicos y psíquicos» (*Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts*). El nuevo § 1901a dispone que «(1) Si un mayor de edad capaz determina por escrito para el caso de su incapacidad de consentir que acepta o rechaza (disposición del paciente) determinados procedimientos diagnósticos de su estado de su salud, tratamientos curativos o intervenciones médicas, todavía no existentes en el momento de su decisión, el Asistente o curador ha de comprobar si esas determinaciones corresponden a las actuales condiciones de vida y tratamiento. Si es el caso, el Asistente ha de dar a conocer y expresar la voluntad del Asistido. De todos modos, la disposición del paciente puede ser revocada de cualquier forma en cualquier momento./ (2) Si no existe disposición alguna del paciente o ésta no corresponde a las actuales situaciones de vida y tratamiento médico, el Asistente ha de constatar los deseos del Asistido sobre el tratamiento o su supuesta voluntad, y sobre esta base decidir si lo aceptaría o rechazaría. La supuesta voluntad ha de ser averiguada sobre concretos puntos de apoyo. Habrán de considerarse especialmente declaraciones

orales o escritas, convicciones éticas o religiosas y demás opiniones personales respecto del mundo de valores del asistido. (3) Los párrafos 1 y 3 valen independientemente de la clase y estadio de desarrollo de la enfermedad del asistido... (5) Los párrafos 1 y 3 valen correspondientemente para los apoderados».

La autora trata este párrafo y, más en general, cómo han cambiado en las últimas décadas en Alemania las concepciones legales sobre la enfermedad mental y el consentimiento a los tratamientos médicos. (*M. G.-R.*)

TARRICONE, S.: «Le S.U. civili e la giustizia minorile: nuovi passi verso l'effettività della tutela impartita, tra fonti interne e spazio giuridico sovranazionale», *DFP*, 2010, núm. 4, pp. 1565-1604.

Artículo que reflexiona sobre la protección de los derechos del menor de edad en el proceso civil, en concreto, sobre el derecho del menor a ser escuchado en el proceso. (*Alma R.G.*)

VON LEWINSKI, S.: «L'évolution du droit d'auteur en Allemagne de mi-2005 à fin 2010 (Primera Parte)» *RIDA*, núm. 228, abril 2011, pp. 165-285.

Primera parte de la crónica del Derecho de autor en Alemania (doctrina, jurisprudencia y legislación) en los años 2005 a 2010. (*C. J. D.*)

WIESE, G.: «Bewertungsportale und allgemeines Persönlichkeitsrecht», *JZ*, 2011, núm. 12, pp. 608-617

Internet constituye un potente medio de comunicación, pero también su utilización encierra el peligro de abusos. En relación con el derecho de la personalidad, el autor analiza críticamente una decisión del BGH sobre la valoración de la actividad profesional en un foro de Internet y a partir de ella propone un debate en la materia. (*B. T. G.*)

ZARKA, J.C.: «Le "Défenseur des droits"», *RD*, 2011, núm. 15, pp. 1027-1033.

Estatuto jurídico del Defensor del pueblo francés con la Ley núm. 2011-333 de 29 de marzo de 2011. Sus poderes, derechos y deberes. Accesibilidad a todos los ciudadanos. (*R. A. R.*)

## PERSONA JURÍDICA

BEUTHIEN, V.: «Zur Funktion und Verantwortung juristischer Personen im Privatrecht», *JZ*, 2011, núm. 3, pp. 124-130

A partir de la evolución del derecho societario, la contribución analiza y precisa el concepto básico y los fundamentos del sistema de responsabilidad. (*B. T. G.*)

MAUCERI, T.: «Abusi di mercato e responsabilità civile: danni all'integrità del mercato e danni non patrimoniali agli enti lucrativi lesi dal reato», *NGCC*, 2010, núm. 10, pp. 1001-1009.

Comentario jurisprudencial relativo la construcción jurídica de la figura del daño no patrimonial aplicable a una sociedad de capital. (*Alma R.G.*)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ALBANESE, A.: «La circolazione del contratto tra autonomia privata e simmetria informativa», *RDC*, 2011, núm. 1, parte prima, pp. 15-52.

Estudio de la cesión de contratos y sus requisitos y efectos en caso de incumplimiento del cesionario. (*M. R. D. R.*)

ALPA, G.: «Note sul danno contrattuale», *RTDPC*, 2011, núm. 2, pp. 365-388.

Revisión de derecho histórico y comparado de la figura del daño contractual, desde la tradición del Derecho Romano hasta los sistemas jurídicos continental y anglosajón. A propósito del renovado interés de la Comisión Europea por la unificación del Derecho Privado, tras los trabajos, con dicho objetivo, del Study Group on a european civil code y el texto proyectado del Draft Common Frame of Reference en materia contractual. (*M. R. D. R.*)

ANNUNZIATA, A.G.: «Il confine tra contratto e quasi contratto. Il valore delle minute nella formazione progressiva del vincolo contrattuale», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 4, pp. 1280-1296.

Comentario a la sentencia de la Corte di Cassazione, Sez. II, de 2 de febrero de 2009, núm. 2561 sobre el valor de los acuerdos a los que llegan las partes durante la fase de los tratos preliminares y, en concreto, sobre cuándo puede considerarse perfeccionado el contrato. (*B. G. F.*)

BACHMANN: «Gefährübergang und Gewährleistung. Zum zeitlichen Anwendungsbereich des besonderen Leistungsstörungsrechts», *AcP*, núms. 3/4, 2011, pp. 395-434.

Uno de los propósitos principales de la modificación del Derecho de obligaciones alemán fue la armonización de las normas generales contractuales sobre prestación y garantía por el incumplimiento (o saneamiento), y las innumerables reglas especiales. No obstante, tampoco fue intención de los autores de la reforma que la armonización fuese completa. Por ello, se siguen planteando problemas, uno de los cuales es en qué momento cesan de aplicarse las normas generales y se aplican las concretas del contrato de que se trate. La opinión mayoritaria respecto del contrato de compraventa –objeto principal del trabajo que se comenta– es que tal momento es el de transmisión de riesgos, que se produce con la entrega de la cosa (§ 434 BGB). Sin embargo, para el autor, habría que renunciar a la fijación de un momento fijo, y valorar las circunstancias de cada caso, acudiendo desde un principio al § 437 y a los §§ a los que éste se remite (*M. G.-R.*)

BAERT, J.P.: «Role et situation des experts intervenant dans les procédures d'arbitrage interne ou international», *GP* núm. 44-46, pp.12-13

Incidencias del decreto de 13 de enero sobre los procedimientos de arbitraje interno e internacional. (*I. S. P.*)

BAKOUCHE, D.: «L'abandon de la condition relative à la responsabilité de l'auteur du dommage est-il cantonné à la seule responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs?», *SJ*, núm.18, 2011, pp. 859-863.

La Corte de casación civil ha afirmado que la responsabilidad del padre y la madre que ejercen la autoridad parental sobre un menor que habita con ellos pueden ser investigada, siendo suficiente que el daño invocado por la

víctima haya sido directamente causado por el hecho, incluso omisión del menor; que sólo la causa extraña o la culpa de la víctima puede exonerar a los padres de esta responsabilidad. (*I. S. P.*)

— «La Cour de cassation désactive la théorie de l'acceptation des risques», *SJ*, núm. 1-2, 2011, pp. 26-29.

En base a la aplicación del artículo 1384.1 del Código civil, con relación al guardador de una cosa con la que se causa un daño, la Corte de Casación admite que la víctima puede pedir indemnización sin que sea admisible el alegar la excepción de aceptación del riesgo por parte de la víctima. (*R. A. R.*)

BALBUSSO, S.: «Difetto di informazione o consenso: problema di autodeterminazione al trattamento medico», *NGCC*, 2010, núm. 10, pp. 1015-1030.

Comentario a sentencia del Tribunal Supremo italiano sobre la responsabilidad del profesional sanitario por vulneración de la obligación de información al paciente, con especial atención a los presupuestos y límites del resarcimiento de los daños no patrimoniales distintos del daño a la salud. (*Alma R.G.*)

BARBA, V.: «Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio», *RDC*, 2010, núm. 4 parte prima, pp. 531-561.

Análisis del contrato de intercambio, desde el punto de vista de su proceso de formación, con especial referencia a la interpretación de sus cláusulas y los vicios de la voluntad. (*M. R. D. R.*)

BARBARISI, A.: «La quantificazione e l'onere della prova del danno da perdita di chance nei concorsi privati», *NGCC*, 2010, núm. 10, pp. 1033-1039.

Comentario a una sentencia del Tribunal Supremo italiano sobre el daño por la pérdida de oportunidad en el procedimiento concursal, en concreto, si debe ser comprendido dentro del daño emergente y el lucro cesante. (*Alma R.G.*)

BERGER-WALLISER, G.: «Die Haftung von Host Providern für Rechtsverletzungen durch Dritte: Vergleich der deutschen und französischen „E-Bay“-Rechtsprechung», *ZEuP*, núm. 3, 2011, pp. 476-499.

El trabajo es una comparación entre el Derecho alemán y francés en cuanto a la protección del Derecho de marca en el caso de que una transmisión se haga mediante subasta a través de internet y la posible responsabilidad de la casa de subastas y del servidor, en su caso; así, venta de mercancías conocidamente falsificadas como relojes de marca, perfumes, etc.

Ante todo, a la autora le resulta asombroso cómo, ante situaciones similares y partiendo de un Derecho común (Directiva europea sobre Comercio Electrónico), los tribunales llegan a situaciones completamente distintas. En Francia, a diferencia de Alemania, sobre todo la casa «E-Bay» ha sido repetidas veces demandada y, a veces, condenada a indemnizar sumas de dinero nada desdeñables (en una ocasión 20.000 euros a Hermès y en otra unos 39 millones de euros conjuntamente a Dior, Louis Vuitton, Kenzo, Givenchy y Guerlain). (*M. G.-R.*)

BERLY, JM.: «La fin de la garantie financière d'achèvement ou de remboursement: du décret de septembre 2010 à celui de mai 2011», *RDI*, 2011, núm. 6, pp. 312-317.

Fin de la obra y posibilidad de liberar al garante financiero de la construcción. Nuevas normas introducidas por el decreto de 27 de septiembre de 2010 en el artículo R.261-24 del Código de la construcción y de la habitación. (*I. S. P.*)

BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, L.: «Appel à la rigueur dans l'appréciation du préjudice prévisible au sens de l'article 1150 du Code civil», *SJ*, núm. 26, 2011, pp. 1253-1255.

Estudia la responsabilidad contractual en un supuesto de transporte de personas. (*I. S. P.*)

BERTI DE MARINIS, G.: «Il "credito al consumo" tra problematiche e innovazioni», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 2, pp. 626-631.

Crónica de la jornada de estudio sobre el crédito al consumo celebrada el 29 de abril de 2009 bajo el auspicio del Centro Studi Giuridici sui Diritti dei consumatori. (*B. G. F.*)

BILO, G.: «Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore», *RTDPC*, 2011, núm. 2, pp. 483-509.

Reflexión sobre las cláusulas abusivas establecidas en contratos con consumidores y posibilidad de declarar de oficio su nulidad en defensa de los intereses del consumidor. (*M. R. D. R.*)

BORTOLUZZI, S.: «Arbitrage des litiges entre avocats: compétences unifiée du bâtonnier en premier ressort», *SJ*, núm. 3, 2011, pp. 84-85.

La decisión de 29 octubre de 2010 integra la decisión de carácter normativo número 2010-003 adoptada por el mayúsculo inicial consejo nacional de bufetes y modificado los artículos 14 y 20 del reglamento interior nacional de la profesión de abogado. (*R. A. R.*)

BRUN, Ph.: «Raffinements ou faux-fuyant? Pour sortir de l'ambiguïté dans les contentieux du vaccine contre le virus de l'hépatite B», *RD*, 2011, núm. 5, pp. 316-322.

Estudio a propósito de la sentencia de la corte de casación francesa de 25 de noviembre de 2010 sobre la responsabilidad de los laboratorios que elaboran la vacuna. (*R. A. R.*)

BUCHBERGER, M.: «Le rôle de l'article 1315 du code civil en cas d'inexécution d'un contrat», *RD*, 2011, núm. 7, pp. 465-471.

Problemas jurídicos del artículo 1315 frente a su aparente simplicidad. Dificultad de explicar porqué la inejecución es, en ocasiones, presumida. Necesidad de darle una interpretación más clara y amplia. (*I. S. P.*)

CALVO, R.: «L'opposizione alla donazione», *RTDPC*, 2011, núm. 2, pp. 349-364.

Estudio de la figura de la reducción de donaciones como medida de protección de la legítima y formas de evitar sus efectos, tales como la usucapión, la simulación o la protección de terceros adquirentes. (*M. R. D. R.*)

CARO, J.E.: «La responsabilité du maitre d'ouvrage privé tolérant une sous-traitance irrégulière», *GP*, núm. 49-50, pp. 20-23.

Interpretación del artículo 14 de la ley de 31 de diciembre de 1975 relativa a las contrataciones en la interpretación de la sentencia de la corte de casación de 8 de septiembre de 2010. (R. A. R.)

CATALIOTTI, M.: «Brevi riflessioni sulla responsabilità civile», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 2, pp. 369-384.

El artículo toma como punto de partida la sentencia núm. 26972, de 11 de noviembre de 2008, dictada por las Sezioni Unite de la Corte di Cassazione sobre resarcibilidad del daño existencial.

Indemnización del daño no patrimonial en la responsabilidad contractual. Críticas a la unidad del modelo de resarcimiento. (B. G. F.)

CATERINA, R.: «Con una stretta di mano: forme e rituali di origine consuetudinaria per la conclusione del contratto», *RTDPC*, 2011, núm. 1, pp. 205-213.

Reflexión sobre la influencia de las formas consuetudinarias y los usos en los momentos de celebración y perfección de los contratos. (M. R. D. R.)

CHAGNY, M.: «L'article L.442-6,1,2°, du Code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations», *RD*, 2011, núm. 6, pp. 392-396.

Problemas de aplicación en caso de desequilibrio de los contratos entre profesionales. Posibilidad de reemplazar tal precepto prohibiendo el abuso de dependencia económica. (R. A. R.)

CHARBONNEAU, C.: «La responsabilité des maîtres d'ouvrage délégués», *RDI*, 2011, núm. 4, pp. 208-216.

Responsabilidad del subconstructor y su relación de mandato con el constructor directo. Incertidumbre sobre sus funciones. Garantías. (R. A. R.)

CHIOSI, A.: «Il contratto preliminare c.d. ad effetti anticipati: tra collegamento negoziale e atipicità», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 2, pp. 543-562.

Comentario a la sentencia de la Corte di Cassazione, Sez. Un. De 27 de marzo de 2008, núm. 7930, sobre la configuración del contrato preliminar de compraventa, esto es aquel contrato en el que las partes anticipan algunos de los efectos de un contrato de compraventa como el pago del precio o la entrega del bien. (B. G. F.)

COCUCCIO, M.: «Furto degli autoveicoli e responsabilità dell'albergatore in forza di un contratto di deposito – nota a Cass. 12 marzo 2010 n. 6048», *GC*, 2010, núm. 12, pp. 2788-2792. (M. R. D. R.)

COMENALE, M.: «Spunti in tema di subtrasporto e caricazione del mittente – nota a Cass. 30 gennaio 2009 n. 2483», *GC*, 2010, núm. 12, pp. 2917-2921. (M. R. D. R.)

COUDOING, N.: «La garantie de parfait achèvement: une garantie insolite», *RDI*, 2011, núm. 6, pp. 318-324.

Necesidad de definir el perfecto acabado de la obra como forma de garantía y su diferencia de las garantías legales: la decenal y la bienal. Estudio de su régimen jurídico. (R. A. R.)

D'ALESSANDRO, C.: «Patti di co-vendita (tag along e drag along)», *RDC*, 2010, núm. 4 parte seconda, pp. 373-414.

Análisis del pacto de venta conjunta de un mismo o de distinto bien: naturaleza jurídica atípica y efectos en los estatutos de las sociedades. (*M. R. D. R.*)

DE PAULA, F.: «In tema di danni per ritarda restituzione di immobile locato dalla pubblica amministrazione – nota a Cass. 8 luglio 2010 n. 16143», *GC*, 2011, núm. 1, pp. 150-152. (*M. R. D. R.*)

DEWEZ J./RAMBERG, CH./MOMBERG URIBE, R./CABRILLAC, R./SAN MIGUEL PRADERA, L. P.: «The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CISG in Case of Hardship and the Use of the Unidroit Principles», *ERPL*, núm. 1, 2011, pp. 101-154.

El Tribunal Supremo belga dictó una sentencia el 19 de junio de 2009 en la que evitó la aplicación del artículo 79 del Convenio de Viena sobre Venta Internacional de Mercaderías (CISG), referido al incumplimiento de la prestación, con el argumento de que el cambio de circunstancias que no era razonablemente previsible a la conclusión del contrato excusa de su cumplimiento y da lugar al deber de las partes de renegociar el contrato.

Los distintos autores tratan el problema desde el punto de vista de los Derechos belga, francés, español y sueco. (*M. G. -R.*)

DI SABATO, D.: «Il privilegio del promissario acquirente *versus* le ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 4, pp. 1257-1273.

Comentario a la sentencia de la Corte di Cassazione, Sez. un. de 1 de octubre de 2009, núm. 21045 sobre concurso del promotor y situación del adquirente de los pisos que ha entregado una suma de dinero o que ha asumido el pago de parte del préstamo hipotecario concedido al promotor pero que sólo ha firmado un contrato preliminar. (*B. G. F.*)

DISSAUX, N.: «Avis de tempête sur les contrats d'affiliation dans le secteur de la distribution alimentaire», *SJ*, núm. 7, 2011, pp. 315-318.

Actuación del tribunal de la competencia en relación con la afiliación de almacenes independientes en el sector de la alimentación. (*R. A. R.*)

DIVO/ FÉLIZOT: «Les dangers de la rénovation d'un bien immobilier par un vendeur participatif», *GP*, núm. 49-50, pp. 24-26.

En 2010, la corte de casación ha sancionado con fundamentos distintos, la garantía por vicios y la garantía legal del constructor, a los vendedores no profesionales de un bien inmobiliario que habían realizado trabajos sobre él antes de la venta. (*I. S. P.*)

DONADONI, P.: «Una nuova frontiera per la Corte di Cassazione: il danno non patrimoniale “interspecifico”», *NGCC*, 2010, núm. 12, pp. 633-643.

Artículo dedicado al resarcimiento del daño ocasionado al propietario de un animal doméstico por la muerte de éste último, dentro del más amplio debate sobre la indemnización del daño no patrimonial en el ordenamiento jurídico italiano. (*Alma R.G.*)

— «Una nuova frontiera per la Corte di Cassazione: il danno non patrimoniale “interspecifico”», *NGCC*, 2010, núm. 11, pp. 575-591.

Dentro del marco del actual debate sobre el resarcimiento del daño no patrimonial, se enmarcan varias decisiones del Tribunal Supremo italiano del

mes de noviembre de 2008 relativas al denominado «daño interespecífico», esto es, el daño padecido por el propietario de un animal doméstico a causa de la lesión grave o la muerte de dicho animal. (*Alma R.G.*)

DORALT, W.: «Rote Karte oder grünes Licht für den Blue Button? Zur Frage eines optionalen europäischen Vertragsrechts», *AcP*, núm. 1, 2011, pp. 1-34.

Artículo sobre la posibilidad de un Derecho contractual europeo de carácter opcional, donde el autor plantea desde los problemas básicos, como la competencia europea para el instrumento opcional, hasta otros relativamente menos discutidos, como si la opción sólo debe reservarse al consumidor cuando éste sea parte en el contrato o si la aplicación debe hacerse sólo a los contratos B2C o también a los B2B. También se estudia la cuestión del idioma y se hace un análisis económico de los efectos que produciría este cuerpo legislativo. (*M. G.-R.*)

DREVEAU, C.: «Réflexions sur le préjudice collectif», *RTDC*, 2011, núm. 2, pp. 249-272.

Problemas sobre la configuración del daño colectivo en el ámbito de la responsabilidad civil.

Actualmente tiene interés en base al desarrollo de la protección del medio ambiente. Situación doctrinal y jurisprudencial sobre el tema. (*R. A. R.*)

DROSS, W.: «L'irrevocabilité spéciale des donations existe-elle?», *RTDC*, 2011, núm. 1, pp. 25-44.

No justificación de la regulación de la irrevocabilidad de la donación como figura diferente a la irrevocabilidad del contrato en general. Necesidad de su desaparición para dar mayor juego a la donación como figura jurídica. (*I. S. P.*)

EHMANN, H.: «Gesamtschulden – Abschied von der Einheits-Gesamtschuld?», *AcP*, núms. 3/4, 2011, pp. 491-529.

Artículo que es, en realidad, una reseña del trabajo de habilitación publicado de Sonja Meier, *Gesamtschulden – Entstehung und Regreß in historischer und vergleichender Perspektive* («Deudas solidarias. Surgimiento y acción de regreso desde una perspectiva histórica y comparada»), Tübingen, 2010. Precisamente esta autora publica un artículo sobre el asunto en el mismo número de la revista (v. *infra*). (*M. G.-R.*)

FERRIER, N./SAUTONIE-LAGUIONIE, L.: «La distribution parallèle à l'épreuve de l'opposabilité du réseau», *RTDC*, 2011, núm. 2, pp. 225-248.

La contratación por internet. Problemática sobre la posibilidad de que los distribuidores prohíban la distribución a un tercero. Resolución del conflicto mediante arbitraje y el interés de las partes. (*I. S. P.*)

FINOCCHIARO, G.: «Ancora novità legislative in materia di documento informatico: le recenti modifiche al Codice dell'amministrazione digitale», *CI*, 2011, núm. 2, pp. 495-504.

Artículo relativo a la nueva firma electrónica avanzada y a las otras clases de firmas informáticas. El valor jurídico del documento informático. (*Alma R.G.*)

FOFFA, R.: «La rivincita del danno da morte», *NGCC*, 2010, núm. 10, pp. 1027-1030.

Comentario a una sentencia del Tribunal Supremo italiano en relación al resarcimiento del daño causado por muerte. (*Alma R.G.*)

FOUNTOULAKIS, Ch./MÄSCH, G.: «Unternehmens- und Individualhaftung: Quo vadis Europa?», *ZEuP*, núm. 3, 2011, pp. 461-475.

Trabajo sobre la responsabilidad extracontractual frente a terceros del trabajador de una empresa. La cuestión es si el daño puede dirigirse, además de contra la empresa, contra el trabajador. El DCFR esquiva el problema señalando que «Ésta es un área de gran sensibilidad desde el punto de vista legal y social, a cuya extrema dificultad no pueden hacer justicia estas reglas modelo».

Los autores del artículo que se comenta se enfrentan al problema partiendo de la comparación entre el Derecho francés y alemán y llegan a la conclusión de que no debería existir duda alguna en la irresponsabilidad frente a terceros del trabajador negligente; lo contrario sería anacrónico y propio de unas ya viejas codificaciones. (*M. G.-R.*)

GAILLARD, E./LAPASSE, P.: «Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international», *RD*, 2011, núm. 3, pp. 175-192.

Nueva normativa legal en Francia sobre el arbitraje, a partir de la Ley de 13 de enero de 2011. Importancia de la figura resaltada en el derecho francés por su reforma. (*I. S. P.*)

GREINER: «Grenzfragen des Erfolgsbezugs im Werkvertragsrecht», *AcP*, núm. 2, 2011, pp. 221-261.

El Derecho alemán no conoce la discutible distinción, originaria del jurista francés Demogue (1872-1938), entre obligaciones de medios y resultados, pero, naturalmente, regula el contrato de prestación de servicios y el contrato de obra. En el primero, según el autor de este artículo, se promete una actividad, en el segundo, un resultado. Con todo, la adscripción en cada caso concreto no es nada fácil, sino fluida e incluso tendente a la confusión (Staudinger/Richardi). Más aún, ha llegado a hablarse, sobre todo a propósito del contrato de trabajo, de una «operización» (*Werkvertraglichung*) del contrato de servicios, y de una «servicialización» (*Dienstvertraglichung*) del contrato de obra.

El estudio trata de ayudar a la distinción analizando con minuciosidad circunstancias tales como la relación con el resultado, el tiempo, garantía del resultado, función social, poder de dirección, satisfacción de una contraprestación, etc., siendo en última instancia una cuestión de autonomía de la voluntad. (*M. G.-R.*)

GUERRA, G.: «Lo “spazio risarcitorio” per violazione del solo diritto all'auto-determinazione del paziente. Note a margine di un percorso giurisprudenziale», *NGCC*, 2010, núm. 12, pp. 617-632.

Artículo sobre la responsabilidad del médico por el daño ocasionado al paciente por la omisión del deber de información por parte del profesional. (*Alma R.G.*)

HEUGAS-DARRASPEN, H./SALVANDY, J.: «Incidences sur le crédit immobilier de la loi du 1er juillet 2010 modifiée relative à la réforme du crédit à la consommation», *RDI*, 2011, núm. 4, pp. 196-207.

Estudio de la ley que traspone la directiva 2008/48 sobre crédito al consumo. Su influencia en el crédito inmobiliario y otros aspectos de su regulación. (*I. S. P.*)

DE HOON, M./MAK, V.: «Consumer Empowerment Strategies – A Rights-Oriented Approach Versus a Needs-Oriented Approach», *ZEuP*, núm. 3, pp. 518-532.

Las autoras de este trabajo critican parcialmente la actividad de la Unión Europea en el fomento de los derechos del consumidor, y más aún si es por vía electrónica, cuando la educación que se ha de realizar es más bien sobre las necesidades del consumidor, que difieren según el nivel de vida de cada Estado miembro. (*M. G.-R.*)

IANNONE, R.: «La cura del paziente e l'acquisizione del consenso informato: la Cassazione estende l'obbligo di informazione alle variazioni effettuate nel corso dell'intervento chirurgico – nota a Cass. 2 luglio 2010 n. 15698», *GC*, 2011, núm. 2, pp. 433-437. (*M. R. D. R.*)

— «Pregiudizi di natura esistenziale da immissioni moleste nelle ipotesi di fumo passivo: una lettura costituzionalmente orientata all'indomani delle Sezioni unite», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 3, pp. 932-949.

Comentario a la sentencia de la Corte di Cassazione, Sez. III, ord. 31 de marzo de 2009, núm. 7875 sobre responsabilidad por imisiones derivadas del humo de los cigarrillos provenientes del bar situado bajo la vivienda de los demandantes. (*B. G. F.*)

IZZO, N.: «Restituzione dell'immobile locato: rifiuto legittimo del locatore e risarcimento danni – osservazione a Cass. 31 maggio 2010 n. 13222 e a Cass. 2 aprile 2009 n. 7992», *GC*, 2011, núm. 3, pp. 712-715. (*M. R. D. R.*)

JAECKEL, L.: «Risiko-Signaturen im Recht», *JZ*, 2011, núm. 3, pp. 116-124

El artículo presenta una serie de reflexiones sobre las diferencias estructurales entre peligro y riesgo, orientadas hacia el concepto de objetividad y subjetividad. (*B. T. G.*)

JUILLET, Ch.: «La reconnaissance maladroite de la responsabilité contractuelle para la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile», *RD*, 2011, núm. 4, pp. 259-264.

Propuesta de reforma de la responsabilidad civil, incluyendo la responsabilidad contractual. Defectos legales en el proyecto y paradoja legal en su tratamiento. (*R. A. R.*)

KATZENSTEIN, M.: «Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB. Zu den Grundlagen negatorischer Haftung», *AcP*, núm. 1, 2011, pp. 58-104.

El § 1004 BGB dispone que «Si el derecho de propiedad es mermado de forma distinta a la privación o retención de la posesión, el propietario puede exigir del propietario la omisión de la actividad perjudicial. Si son de esperar

más actividades de este tipo, el propietario puede reclamar su omisión./ La pretensión está excluida cuando el propietario está obligado a soportar el perjuicio».

Este precepto es uno de los fundamentales del BGB para entender qué entiende por derecho de propiedad, y también ha sido utilizado profusamente en el debate de si la antijuridicidad se refiere a la conducta o al resultado. La interpretación más corriente de la acción negatoria es aquella basada en los principios de la responsabilidad civil, con el correspondiente requisito de que exista culpa de alguien en la acción o estado de cosas que provoca el perjuicio. Por su parte, el autor defiende que se trata de una acción dirigida a evitar cualquier usurpación o merma del derecho de propiedad, independiente de las condiciones del sujeto al que se le pueda atribuir. (M. G.-R.)

KENFACK, H.: «Clause résolutoire: nécessité d'une rédaction minutieuse et d'un comportement irréprochable Cláusula résolutoire: necesitado de una redacción minuciosa y de un comportamiento irreprochable», *SJ* núm. 9, 2011, pp. 428-430.

La mención en una cláusula resolutoria inserta en un arrendamiento comercial de un retraso de 15 días para la adquisición es contraria a lo dispuesto en el artículo 145-41 del Código de comercio y por tanto tal cláusula es nula. (R. A. R.)

KENNY, M.: «Orchestrating Sub-prime Consumer Protection in Retail Banking: *Abbey National* in the Context of Europeanized Private Law», *ERPL*, núm. 1, 2011, pp. 43-69.

El caso del banco *Abbey National* conlleva un conjunto de cuestiones internas de Derecho inglés, pero también de Derecho europeo, y suministra una valiosa visión de cómo el *Common Law* se las apaña con la europeización del Derecho privado.

Como es conocido, el banco inglés *Abbey National* fue adquirido por el Banco de Santander en 2004, debido a la debacle económica de aquél. El autor de este artículo se centra en los problemas ocasionados por los cargos por descubierto no autorizados por los consumidores y denunciados por éstos debido a que no se acomodaban a la Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation, de 1999 (que transpuso al Derecho inglés la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores). El problema da pie para analizar cómo se implementan e interpretan en el Reino Unido las Directivas comunitarias, su comparación con el caso alemán, la actuación del TJUE y su recepción por los tribunales nacionales. El trabajo concluye poniendo de manifiesto el deficiente grado de protección del consumidor europeo. (M. G.-R.)

KLEIMAN/SPINELLI: «La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité», *GP*, núm. 26-27, pp. 9-18.

La reforma del derecho de arbitraje consagra numerosas soluciones jurisprudenciales y dota a este derecho de una mayor sencillez y eficacia. (R. A. R.)

JUVÉNAL, J.: «Dommages-intérêts punitifs : comment apprécier la conformité à l'ordre public international?», *SJ*, núm.6, 2011, pp. 257-259.

La primera sala civil somete el principio de la conformidad de los daños punitivos al orden público internacional, con reserva siempre, que nos desemboquen en un montante desproporcionado al perjuicio ocasionado y a las obligaciones contractuales del deudor. (*I. S. P.*)

LABARTHE, F.: «Il y a de vis et de vis!», *SJ*, núm. 22-23, 2011, pp. 1082-1083.

El contrato de arquitecto tiene por objeto la realización de proyectos, el rechazo de estos proyectos no establece la ausencia de contrato entre cliente y arquitecto. (*I. S. P.*)

— «La valeur contractuelle du catalogue dans les ventes volontaires de meubles aux enchères publiques», *RD*, 2011, núm. 26, pp. 1779-1785.

Función de unificación de las partes implicadas en la venta de muebles en pública subasta a través del catálogo. Su valor contractual y precontractual. Consecuencias. (*R. A. R.*)

LAUDE, A.: «Dans la tourmente du Mediator: prescription hors AMM et responsabilités», *RD*, 2011, núm. 4, pp. 253-258.

Consecuencias de la prescripción sin receta y responsabilidad de los sanitarios implicados: médico, sanitario y farmacéutico. (*I. S. P.*)

LAUDE, A./LE GOFFIC, C.: «Le contentieux des “coupe-faim”», *GP*, 2011, núm. 152-155, pp. 7-17.

Estudio sobre los efectos en la salud de los medicamentos saciantes. La responsabilidad del fabricante y del sanitario. Estudio jurisprudencial de Francia, EEUU y la Unión Europea. (*R. A. R.*)

LE BARS, B.: «La réforme du droit de l'arbitrage. Un nouveau pas vers un pragmatiste en marche», *SJ*, núm. 4, 2011, pp. 142-145.

La nueva ley de arbitraje. Estudio sobre las nuevas reglas de procedimiento adecuadas a la evolución jurisprudencial hasta el momento. Sus avances e inconvenientes (*I. S. P.*)

LEGRAND, V.: «Le crédit renouvelable va-t-il devenir responsable?», *RD*, 2011, núm. 29, pp. 1990-1994.

Nuevo régimen jurídico de los contratos de crédito al consumo con la Ley núm. 2010-737 de 1 de julio de 2010. Problemas jurídicos del texto en su aplicación a los contratos y la renovación del crédito. (*I. S. P.*)

LUPPINO, B.: « In tema di assicurazione per conto altrui ed esecuzione del contratto secondo buona fede – nota a Cass. 9 aprile 2009 n. 8670», *GC*, 2010, núm. 12, pp. 2884-2887. (*M. R. D. R.*)

MAFFEIS, D.: «Il diritto antidiscriminatorio dei contratti», *NLCC*, 2010, núm. 3, pp. 603-616.

Revisión del derecho contractual ante las situaciones discriminatorias en el momento de la oferta y de la ejecución de los contratos. Reflexión sobre las medidas de protección de garantía e indemnizatorias. (*M. R. D. R.*)

MAGGIOLO, M.: «Clause di apertura e porta aperta nei procedimenti di adesione a contratti plurilaterali», *RDC*, 2010, núm. 6, parte prima, pp. 783-805.

Comentario sobre las cláusulas que permiten el acceso de nuevos miembros a asociaciones, consorcios, cooperativas u otro tipo de sociedades: naturaleza jurídica de la cláusula, función, procedimiento de admisión, obligaciones adquiridas por los nuevos miembros, e incumplimiento de la cláusula. (*M. R. D. R.*)

MAK, V.: «Standards of Protection: In Search of the ‘Average Consumer’ of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive», *ERPL*, núm. 1, 2011, pp. 25-42.

La noción de consumidor medio (*average consumer*) es un concepto vital en el Derecho europeo del consumo. Funciona como punto de anclaje de los criterios de protección que pueden ser justificados por la regulación sobre la libertad de circulación, y fija también el nivel de protección de la legislación armonizadora. Por ello, es sorprendente la poca atención que se le ha prestado a este concepto en el surgimiento de la nueva legislación de consumo. El artículo plantea si el repaso del *acquis* relativo al consumidor, en especial, la nueva Propuesta de una Directiva sobre los Derechos del Consumidor, debería abrir camino para ajustar la noción de consumidor medio. (*M. G.-R.*)

MASCIANGELO, S.: «La contrarietà al buon costume di contratti illegali o vietati», *NGCC*, 2010, núm. 11, pp. 1154-1159.

Comentario a una sentencia del Tribunal Supremo italiano en torno a la tesis doctrinal dominante que mantiene que el hecho de que un negocio jurídico sea contrario a la ley o al orden público no impide considerarlo también como contrario a las buenas costumbres. (*Alma R.G.*)

MEIER, S.: «Schuldnermehrheiten im europäischen Vertragsrecht», *AcP*, núm. 3/4, 2011, pp. 435-490.

Estudio comparativo sobre la pluralidad de deudores en una relación obligatoria, centrándose en el contrato. Se han tenido en cuenta el *Draft of Common Frame of Reference*, un proyecto de junio de 2010 de la asociación *Unidroit* y finalmente el proyecto de un *Code Européen des Contrats*.

La autora pone de manifiesto cómo a las obligaciones mancomunadas apenas se les dedica una definición, y que los problemas aparecen casi siempre a propósito de las obligaciones solidarias, para las que prefiere la expresión *solidarity obligations* a la de *joint and several obligations* (que es la tradicional del Derecho anglosajón).

Se muestra de acuerdo con la «presunción» de solidaridad que se establece en los proyectos y con la prohibición de que uno de los deudores solidarios pueda oponer una excepción personal de otro de ellos. (*M. G.-R.*)

MINERVINI, E.: «Il regolamento ministeriale sulla mediazione finalizzata alla conciliazione», *CI*, 2011, núm. 2, pp. 339-364.

El Nuevo Decrero Ministerial sobre la mediación: tránsito de la mediación a la conciliación. (*Alma R.G.*)

MODICA, L.: «Formalismo negoziale e nullità: l’ apertura delle corti di merito», *CI*, 2011, núm. 1, pp. 16-55.

Artículo relativo a los vínculos de forma y disciplina del contrato: del negocio solemne al nuevo formalismo. (*Alma R.G.*)

MONTANI, V.: «Performance bond: quasi raggiunto il traguardo», *NGCC*, 2010, núm. 10, pp. 502-517.

Amplio análisis de los contratos de garantía personal en Italia y en los ordenamientos jurídicos del *Common Law*. (*Alma R.G.*)

MOULY, J.: «L'abandon de la théorie de l'acceptation des risques en matière de responsabilité civile du fait des choses. Enjeux et perspectives», *RD*, 2011, núm. 10, pp. 690-695.

Estudio a propósito de la sentencia de la corte de casación civil francesa de 4 de noviembre de 2010 en materia de responsabilidad deportiva. Generalización de la responsabilidad por hecho de las cosas. (*R. A. R.*)

ORLANDI, M.: «Volenti non fit iniuria (auto-responsabilità e danno)», *RDC*, 2010, núm. 4 parte seconda, pp. 323-347.

Comentario sobre el papel de la culpa de la víctima del daño como causa de exoneración en la imputación de responsabilidad civil: *volenti non fit iniuria*. (*M. R. D. R.*)

PAGLIANTINI, S.: «L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse», *RTDPC*, 2011, núm. 2, pp. 407-437.

Estudio sobre la acción de nulidad, con especial referencia a los presupuestos de legitimación para interponerla, en función de los sujetos interesados, partes del contrato y terceros interesados. (*M. R. D. R.*)

PARAISO, F.: «Observations sur la résolution de la vente d'immeubles d'après l'article 1655 du code civil», *RTDC*, 2011, núm. 1, pp. 67-74.

Importancia de la resolución de la compraventa de inmuebles frente a la indiferencia de la doctrina por la figura a lo largo del tiempo. Necesidad de tenerlo más en cuenta. (*R. A. R.*)

PAISANT, G.: «Un élargissement de l'action collective en suppression de clauses abusive», *SJ* núm. 15, 2011, pp. 684-687.

Por primera vez la corte de casación juzga que la acción fundada sobre el artículo 421-6 del código de los consumidores permite a la asociación de consumidores demandar la supresión de cláusulas abusivas en los modelos de contratos propuestos por profesionales incluso si estos contratos son utilizados en relación con no profesionales o consumidores. (*I. S. P.*)

PAISANT/ SAN MIGUEL PRADERA: «Quel contrôle, par le juge, du caractère abusif d'une clause relative à la définition de l'objet principal du contrat?», *SJ*, núm. 3, 2011, pp. 114-117.

La CJUE cree que la directiva del 5 de abril de 1993 relativa a las cláusulas abusivas, a pesar de los términos de su artículo 4,2, no se opone a una legislación nacional que autorice el control jurisdiccional del carácter abusivo de las estipulaciones que, incluso claras y comprensibles, versarán sobre la definición del objeto principal del contrato. (*R. A. R.*)

PATTI, S.: «Sulla funzione dell'azione surrogatoria», *RDC*, 2010, núm. 3 parte prima, pp. 403-411.

Breve análisis doctrinal y jurisprudencial de la función de la acción subrogatoria del acreedor como vía de conservación de la garantía patrimonial o medio de ejecución de los derechos del deudor en los que se subroga. (*M. R. D. R.*)

PELLÉ, S.: «La réception des correctifs d'équité par le droit: l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail», *RD*, 2011, núm. 18, pp. 1230-1241.

La ruptura unilateral del contrato y su sentido en el derecho civil y en el Derecho laboral. Necesidad de corregir la figura mediante la equidad. Necesidad de separar el campo de aplicación de una y otra según su sector. (*R. A. R.*)

PENNASILICO, M.: «L'estinzione dell'obbligazione pecuniaria mediante assegnazione circolare: a proposito di interpretazione "evolutiva" della legge», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 3, pp.777-801.

Artículo sobre la denominada «desmaterialización» del dinero, expresión que se refiere al uso de medios de pago en los que se prescinde de la entrega material de las piezas monetarias, utilizando instrumentos alternativos o equivalentes como tarjetas de crédito. El punto de partida es la Sentencia de 18 de diciembre de 2007 (núm. 26617). (*B. G. F.*)

PIERAZZI, E.: «L'alea nei contratti», *CI*, 2011, núm. 1, pp. 251-262.

El contrato aleatorio y el juego del alea en los contratos de bolsa. (*Alma R.G.*)

PISCITELLO, P.: «Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore», *RDC*, 2010, núm. 5, parte prima, pp. 655-675.

Observaciones acerca de la posible imputación de responsabilidad a las entidades bancarias que conceden créditos a empresas en crisis, contribuyendo a su empobrecimiento por aumentar abusivamente su pasivo. Reflexión sobre la posibilidad de conceder legitimidad para interponer la acción de resarcimiento a terceros acreedores afectados. (*M. R. D. R.*)

PITTALIS, M.: «La responsabilità contrattuale ed aquiliana dell'organizzatore di eventi sportivi», *CI*, 2011, núm. 1, pp. 150-197.

En torno a la responsabilidad civil del organizador de acontecimientos deportivos: las obligaciones de control que posee, los criterios de imputación de responsabilidad, la responsabilidad de las empresas de fútbol en la organización de encuentros deportivos profesionales... (*Alma R.G.*)

POISSONNIER, G./OSSELAND, P.: «La mise en oeuvre perfectible des droits des passagers dont les vols sont annulés», *RD*, 2011, núm. 14, pp. 962-965.

Los autores estudian la poca protección de los derechos de los pasajeros en vuelos anulados, incluso después de la normativa europea. La necesidad de reforzar dichos derechos. (*R. A. R.*)

PONZANELLI, G.: «I segnali della responsabilità civile», *CI*, 2010, núm. 6, pp. 1223-1234.

Se plantea el autor del artículo, dentro de esta tendencia actual a la ampliación de la responsabilidad civil, si ésta cumple otras funciones distintas a la tradicionalmente señalada, esto es, la resarcitoria del daño. Lleva a cabo su estudio a partir de ciertos casos: la responsabilidad por el consumo del tabaco, el derecho a la obtención de los daños (patrimoniales y no patrimoniales) por el tiempo pasado en un campo de concentración y el daño a los intereses colectivos en materia de consumo. (*Alma R.G.*)

— «Responsabilità civile del professionista intellettuale», *NGCC*, 2010, núm. 11, pp. 519-525.

Artículo dedicado a la responsabilidad civil del profesional liberal: del derecho general de las obligaciones al derecho particular de las profesiones liberales. (*Alma R.G.*)

POZZO, B./WANG, L.: «Liability for Environmental Pollution within the Framework of the New Chinese Tort Law», *ERPL*, núm. 1, 2011, pp. 87-99.

Artículo sobre la nueva Ley de Responsabilidad Extracontractual de China, de 2010, explicando su origen en la anterior de 1986, los principios generales que la inspiran (muy similares a los europeos, salvo el deber de pedir disculpas) y el caso concreto de la contaminación medioambiental. Aquí, el artículo 65 de la Ley impone una responsabilidad civil por el daño causado por la polución, sin mencionar el requisito de la culpa, de donde los autores del trabajo deducen que se trata de una responsabilidad objetiva, incluso cuando se han cumplido todas las prescripciones administrativas.

Con todo, el principal problema de la protección del medio ambiente en China no es su legislación, abundante y parecida a la occidental, sino su puesta en práctica. (*M. G.-R.*)

PRISCO, I.: «Il rilievo d'ufficio della nullità tra certezza del diritto ed effettività della tutela», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 4, pp. 1227-1241.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2009, C-40/08 sobre la Directiva 93/13/CEE. (*B. G. F.*)

PROVANSAL, A.: «Le point sur les impayés... Prix de la morale: 9,80 euros», *GP*, 2011, núm. 212-214, pp. 6-9.

Lucha contra los retrasos en el pago y los impagos. Actuaciones de la Unión Europea y de las autoridades francesas. (*I. S. P.*)

QUERCI, A.: «Responsabilità dell'insegnante e del Ministero della Pubblica Istruzione per i danni cagionati dall'allievo a se stesso: l'estensione del dovere di vigilanza», *NGCC*, 2010, núm. 11, pp. 1165-1169.

Artículo sobre la responsabilidad del docente y del Ministerio de Educación por los daños consistentes en autolesiones de los alumnos. (*Alma R.G.*)

RICCIO, A.: «Conflitto tra cause legittime di prelazione», *CI*, 2010, núm. 6, pp. 1165-1169.

Artículo sobre el concurso de acreedores y las causas legítimas de prelación. La distinción de los privilegios y la jerarquía entre las causas de prelación. La regla general de la preferencia de la prenda sobre el privilegio especial mobiliario, y del privilegio especial inmobiliario sobre la hipoteca. (*Alma R.G.*)

ROCCHIO, F.: «Le obbligazioni naturali», *CI*, 2011, núm. 2, pp. 511-515.

Artículo sobre la figura de las obligaciones naturales: la insatisfactoria explicación de la irrepetibilidad del cumplimiento de las obligaciones naturales típicas y atípicas, la insuficiencia de la obligación natural para constituir causa de obligación (inadmisibilidad del cumplimiento indirecto de la obligación natural), el cumplimiento voluntario de la obligación natural entendido como cumplimiento en ausencia de error y el cumplimiento voluntario de

la obligación natural entendido como cumplimiento en ausencia de voluntad de donar. (*Alma R.G.*)

ROQUEFEUIL, B./BOURGE, G.: «Les enjeux de l'arbitrage pour les contentieux informatiques», *GP*, 2011, núm. 203-204, pp. 13-16.

Estudio a propósito del nuevo Decreto de 13 de enero de 2011 sobre el arbitraje en caso de problemas y litigios sobre los contratos informáticos. (*I. S. P.*)

ROSSETTI, M.: «Delimitazione del rischio assicurato e causa del contratto – nota a Cass. 7 aprile 2010 n. 8235», *GC*, 2011, núm. 1, pp. 200-205. (*M. R. D. R.*)

ROUSSEAU, F.: «De quelques réflexions sur la responsabilité collective», *RD*, 2011, núm. 29, pp. 1983-1989.

La responsabilidad colectiva como noción compartida por el Derecho civil y penal lo que permite un enriquecimiento de ambas disciplinas. Posible intento de abuso de tal tipo de responsabilidad. Necesidad de plasmar claramente su fundamento. (*R. A. R.*)

ROUVIÈRE, F.: «L'obligation comme garantie», *RTDC*, 2011, núm. 1, pp. 1-24.

Problemas teóricos a la hora de interpretar el término y significado de la obligación dentro del ámbito jurídico. La necesidad de verlo como una garantía para precisar su régimen general y justificar algunos de sus mecanismos como la acción pauliana, la acción directa o la extinción de la obligación. (*R. A. R.*)

SAPONE, N. / VORANO, M.: «Il danno non patrimoniale da perdita di animale domestico», *NGCC*, 2010, núm. 11, pp. 565-574.

Artículo sobre la indemnización del daño no patrimonial causado por la pérdida del animal doméstico, que aborda también la cuestión más amplia de la utilidad del daño no patrimonial. (*Alma R.G.*)

SCAGLIONE, F.: «Intersoggettività e gratuità nei contratti», *RDC*, 2010, núm. 3 parte prima, pp. 373-401.

Reflexiones sobre la relevancia jurídica de los intereses subjetivos de las partes en relación a determinación de la onerosidad o gratuidad de los contratos. (*M. R. D. R.*)

SCHAUB, R.: «Europäische Produkthaftung: Wie weit reicht die Harmonisierung heute?», *ZEuP*, núm. 1, 2011, pp. 41-64.

La autora toma como ejemplo de la armonización del Derecho privado en la Unión Europea la responsabilidad por productos defectuosos, por ser la primera norma que afectaba a la responsabilidad extracontractual. Se tiene en cuenta su desarrollo y armonización a lo largo de los últimos años, destacando la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque los resultados son más bien modestos.

Considera que la Unión Europea puede acudir a la vía de una completa armonización mediante Directivas, ya que el artículo 288.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no lo impide y el propio concepto de directiva no es contradictorio con una regulación con todo detalle (discutible en opinión de quien esto suscribe). (*M. G.-R.*)

SCOGNAMIGLIO, R.: «Il danno morale mezzo secolo dopo», *RDC*, 2010, núm. 5, parte prima, pp. 609-634.

Comentario sobre la noción del daño moral y sus tipos, según el bien dañado (daño biológico, existencial), incidiendo, especialmente, en la dificultad de determinar la extensión del daño y su valoración a efectos indemnizatorios. (*M. R. D. R.*)

SEMPI, L. / LI, Y. : «La nuova legge sulla responsabilità civile in Cina: mettendo ordine nel cassetto dell'illecito extracontrattuale», *RDC*, 2010, núm. 5, parte seconda, pp. 693-715.

Análisis de la nueva Ley de Responsabilidad Civil china, que entró en vigor el 1 de julio de 2010: función, intereses protegidos, criterios de imputación, tipos de daños, según el objeto dañado, remedios resarcitorios e incidencia en el contexto socio-económico de China. (*M. R. D. R.*)

SIMLER, Ph.: «La loi rétablit le recours du garant contre le constructeur que la Cour de cassation a cru devoir lui refuser», *SJ*, núm. 5, 2011, pp. 230-234.

La ley No. 2010-737 de primero de julio de 2010 introduce la reforma del crédito a la construcción (*R. A. R.*)

STREBLER, JP.: «Grenelle 2 et PLU: gérer la transition», *RDI*, 2011, núm. 7-8, pp. 378-386.

Necesidad de revisar el contenido de la documentación de los planes de urbanismo a raíz de la nueva ley de 2010. (*I. S. P.*)

STÜRNER, M.: «Die Grenzen der Primärleistungspflicht im Europäischen Vertragsrecht», *ERPL*, núm. 2, 2011, pp. 167-185

El Comité Económico y Social de la Unión Europea aprobó en 2010 un «Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas» (existe un dictamen posterior, no mencionado por el autor del artículo, publicado el 17 de marzo de 2011 por el «DOCE»). Es muy probable que, si la iniciativa avanza, se siga muy de cerca el *Draft of Common Frame of Reference*. Tiene especial interés la cuestión de en qué medida se tienen en cuenta las distintas tradiciones jurídicas, o se opta por soluciones novedosas. El autor trata el problema a propósito del incumplimiento y la preferencia por la ejecución *in natura* (propia del Derecho continental) o por el pago de una cantidad de dinero (*remedy* del *Common Law*). Señala que los redactores del DCFR se inclinan por la ejecución específica pero consideran esta pretensión como mero remedio (*Rechtsbehelf*) que sólo surge con el incumplimiento, de manera que también incorpora elementos del Derecho anglosajón. (*M. G.-R.*)

TAUPITZ, J.: «Medizinische Informationstechnologie, leitgerechte Medizin und Haftung des Arztes», *AcP*, núms. 3/4, 2011, pp. 352-354.

La existencia de aparatos electrónicos supone hoy día una ayuda esencial en el diagnóstico y tratamiento terapéutico de los enfermos. El artículo que se comenta se centra en el *software* de esos aparatos y la responsabilidad médica por su no uso o mal uso. En opinión del autor, el médico debe conocer el *standard* básico de la técnica médica, pero no las ultimísimas novedades. Sólo cuando tales *softwares* formen parte del *standard* médico se podrá exigir su utilización, cayendo la prueba del error informático sobre el galeno. (*M. G.-R.*)

THIRIEZ, P.Y.: «De la légitimité de l'assureur à participer au projet de vie de la victime», *GP*, 2011, núm. 210-211, pp. 3-5.

Los problemas de vida futura en caso de daños corporales graves. La legitimidad del asegurado responsable en intervenir en el proyecto de vida futura del dañado. (R. A. R.)

VANDENBERGHE, A.-S.: «Non discrimination on the grounds of age and disability in private contracting for goods and services: Economic analysis of the European 2008 Proposal for a new Directive», *ZEuP*, núm. 2, 2011, pp. 235-262.

La Comisión Europea publicó en julio de 2008 una propuesta de nueva Directiva sobre no discriminación. En síntesis, la Directiva busca prohibir la discriminación por razón de religión o creencias, minusvalía, edad y orientación sexual dentro de los campos de la protección social, la promoción de actividades, educación y bienes y servicios, incluyendo vivienda. El artículo se centra en la no discriminación por causa de edad o minusvalía. (M. G.-R.)

VAROCLIER, J.: «L'acte d'avocat: mucha do about nothing?», *GP*, 2011, núm. 177-179, pp. 14-16.

Estudio sobre los artículos 66.3.1 a 66.3.3 relativos a la actuación de los abogados y su posible responsabilidad profesional. (R. A. R.)

VENOSTA, F.: «Inizio dell'esecuzione e conclusione dei contratti formali: gli art. 1327 c.c. e 2, comma 2, della legge sulla subfornitura», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 4, pp. 1133-1204.

Artículo que se inserta en un debate doctrinal relativo a la aplicación (o inaplicación) del artículo 1327 CC italiano a los contratos en los que la forma es un requisito *ad substantiam*. El precepto citado recoge el supuesto en que la ejecución del contrato comienza antes de que el aceptante haya emitido su respuesta. (B. G. F.)

VIAL, J.P.: «Responsabilité des groupements sportifs amateurs du fait de leurs membres», *RD*, 2011, núm. 6, pp. 397-401.

Dualidad de regímenes jurídicos según sean grupos deportivos profesionales o amateurs lleva al autor a explicar las dificultades de aplicación y el choque de normas. Necesidad de aplicar el artículo 1384,5 del Código civil francés. (I. S. P.)

VIDIRI, G.: «La liquidazione del danno non patrimoniale: declino delle tabelle e necessaria personalizzazione del danno», *GC*, 2011, núm. 3, pp. 141-152.

Observaciones en torno al abandono de la concepción restrictiva del daño no patrimonial, admitiendo distintas categorías, según la naturaleza del daño: daño moral, daño biológico, daño existencial, etc. Reflexión sobre la necesidad de establecer un concepto amplio de daño no patrimonial y de individualizar las indemnizaciones en función del tipo del daño y de las circunstancias del caso concreto y no conforme a unos baremos fijos y objetivos. (M. R. D. R.)

VILLA, G.: «Il tort of negligence nel sistema inglese dei fatti illeciti», *CI*, 2011, núm. 1, pp. 263-285.

Artículo sobre el *tort of negligence* en el ordenamiento inglés: el nacimiento de la exigencia de un principio general de responsabilidad por culpa y

el doble significado de «negligencia», la formulación del *neighbour principle* y la naturaleza jurídica del *tort of negligence*, los elementos constitutivos del *tort of negligence* y el elemento del daño en el derecho de los *torts*, la violación del *duty of care* y el daño que deriva de ello: los conceptos de *causation* y *remoteness*, la *vis expansiva* del *tort of negligence*. (*Alma R.G.*)

VITELLI, F.: «Spunti in tema di obbligazione negativa e mora del debitore», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 4, pp. 1205-1226.

Análisis del artículo 1222 CC italiano, en virtud del cual las disposiciones sobre la mora son inaplicables a las obligaciones negativas. (*B. G. F.*)

VV. AA.: «Le Grenelle et l'urbanisme», *RDI*, 2011, núm. 2.

Dossier de diversos estudios sobre el Grenelle en materia inmobiliaria a raíz de la Ley de 2010 que implanta un nuevo régimen sobre planes urbanísticos locales. (*I. S. P.*)

VV. AA.: «Un second souffle pour l'arbitrage. Arbitrage interne. À propos du décret du 13 janvier 2011», *SJ* núm. 11-12, 2011, pp. 545-555.

Estudio de la reforma llevada a cabo en materia de arbitraje, dedicada al arbitraje interno. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «Un second souffle pour l'arbitrage. Arbitrage international. À propos du décret du 13 janvier 2011 Un segundo sople para el arbitraje. Arbitraje internacional - A propósito del decreto del 13 de enero de 2011», *SJ*, núm. 16, 2011, pp. 765-773.

Estudios sobre la reforma del arbitraje internacional recientemente producida. (*R. A. R.*)

VV. AA.: «Le Grenelle et l'immobilier», *RDI*, 2011, núm. 1.

Coloquio sobre la Ley de 2010 del Grenelle. Estudios sobre su influencia en el Derecho urbanístico; en las certificaciones; contratos de construcción; garantías ; etc. (*R. A. R.*)

WENDEHORST, Ch. C.: «Das deutsche Umsetzungskonzept für die neue Verbrauchercreditlinie», *ZEuP*, 2011, pp. 263-291.

Estudio de una jurista austriaca sobre la Ley alemana de 9 de julio de 2009, que transpuso la Directiva UE 2008/48 sobre crédito al consumo. La autora destaca que Alemania ha sido, de largo, el primer país en transponer la Directiva, con gran anticipación sobre la fecha límite fijada. En resumen, se trata de una crítica de la Ley alemana, con tantas deficiencias que tuvo que ser reformada por Ley de 24 de julio de 2010. (*M. G.-R.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

BERTOLASO, S.: «Pour une simplification de la preuve des servitudes conventionnelles», *RTDC*, 2011, núm. 2, pp. 273-286.

Estudios sobre la servidumbre convencional como discontinua y no aparente en los artículos 691 y 695 del Código civil. Necesidad de simplificar el tema de la prueba en el nuevo proyecto legislativo de los derechos reales. (*I. S. P.*)

BIXIO, M.L.: «Karaoke e diritto di autore», *Dir. Aut.*, 2010, núm. 4, pp. 381-387.

Nota a una sentencia que resuelve el recurso interpuesto por conocidos editores musicales frente a la RAI por la utilización indebida de composiciones musicales y de textos literarios, en la modalidad de karaoke, dentro de los programas televisivos. (*Alma R.G.*)

BOVA, A.: «Il diritto di sopraelevazione e l'indennità ex artículo 1127 c.c.», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 4, pp. 1054-1100.

Análisis del derecho a construir sobre el último piso de un edificio, reconocido en el artículo 1227 CC al propietario del último piso. El autor se centra en el derecho en sí (concepto y naturaleza jurídica) y en la obligación de indemnizar que surge a cargo de su titular (naturaleza jurídica y criterios de cálculo). (*B. G. F.*)

BOVA, R.M.: «Proporzionalità e ragionevolezza nel diritto di proprietà», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 3, pp. 707-730.

Análisis de la figura jurídica de la propiedad a la luz de las evoluciones legislativas y jurisprudenciales de carácter nacional e internacional. (*B. G. F.*)

CANALI, E.: «Nullità del preliminare di multiproprietà senza l'indicazione in millesimi della quota di comproprietà dell'unità immobiliare», *NGCC*, 2010, núm. 10, pp. 1070-1075.

Comentario a una sentencia del Tribunal Supremo italiano relativa a la naturaleza jurídica de la multipropiedad: como derecho real atípico, como propiedad temporal, como propiedad por turnos, como propiedad espacio-temporal, como figura de comunidad. (*Alma R.G.*)

CAPRARA, A.: «La Cassazione ritorna sui suoi passi: i privilegi speciali immobiliari non sono tutti uguali, le ipoteche sì (o quasi)», *CI*, 2010, núm. 6, pp. 1279-1296.

El Tribunal Supremo italiano vuelve a una cuestión que ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia: la hipoteca a favor de las entidades bancarias, inscrita con anterioridad a un contrato preliminar de adquisición de un bien inmueble, prevalece sobre el privilegio especial de los promisarios adquirentes del inmueble. (*Alma R.G.*)

CARBONE, E.: «Possesso e detenzione nella famiglia di fatto», *RTDPC*, 2011, núm. 1, pp. 37-56.

Reflexión sobre la figura de la posesión en las situaciones de las parejas de hecho. (*M. R. D. R.*)

DI RAIMO, R.: «La "proprietà" pubblica e degli enti privati senza scopo di lucro: intestazione e gestione dei beni culturali», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 4, pp. 1101-1115.

Estudio crítico de la regulación sobre la propiedad de los bienes culturales: criterios de clasificación y situación jurídica de dichos bienes. (*B. G. F.*)

EDELMAN, B.: «L'oeuvre ne meurt jamais», *RD*, 2011, núm. 25, pp. 1708-1712.

El autor se plantea cuestiones importantes sobre las obras de dominio público. Su concepto y caracterización jurídica así como su posibilidad de utilización gratuita por los demás. (*I. S. P.*)

FABIANI, M.: «Contratto di edizioni per le stampe ed *E-book*», *Dir. Aut.*, 2010, núm. 4, pp. 329-341.

Artículo dedicado al objeto y contenido del contrato de edición. Análisis comparativo entre el editor de libros y el editor fonográfico o videofonográfico. Extensión de la normativa del contrato de edición a las elaboraciones y traducciones de la obra. (*Alma R.G.*)

FABIANI, Mh.: «Tolérance et prescription», *GP*, 2011, núm. 161-162, pp. 30-32.

Problemas de interpretación de los términos litigiosos relativos a la propiedad intelectual según el país europeo donde se plantee. (*I. S. P.*)

GEOGER, Ch.: «"HADOPI", ou quand la repression deviant pédagogique», *RD*, 2011, núm. 11, pp. 773-779.

Regulación legal francesa en los casos de intercambio de ficheros por internet para evitar su tráfico en la red. Sistema jurídico complejo, costoso y con gran riesgo. (*I. S. P.*)

HEINZE, Ch.: «Die Abstrakte Verkehrshypothek», *AcP*, núm. 1, 2011, pp. 105-152.

En el año 2008 la Ley de Limitación de los Riesgos de las Inversiones Financieras (*Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken* –, „Risikobegrenzungsgesetz“–) incluyó un nuevo § 1192, pf. 1º en el BGB, según el que «Si la deuda territorial se constituye para asegurar una pretensión, se pueden oponer a cualquier adquirente las excepciones que correspondían al propietario frente al antiguo acreedor por razón del contrato de seguro o que resultaban del propio contrato de seguro».

Como consecuencia de esta vuelta a la consideración de la relación subyacente en la deuda territorial, ahora dirigen su vista los agentes económicos y jurídicos a la hipoteca, en la que desde antiguo el adquirente de buena fe está protegido frente a la relación causal. Sin embargo, la hipoteca con créditos accesorios tiene la desventaja frente a la clásica deuda territorial de su menor flexibilidad cuando se asegura un crédito de contenido variable, porque la modificación del crédito (§ 1180 BGB) requiere una modificación del folio del Registro de la Propiedad y la constitución de un nuevo título ejecutivo.

Pues bien, el trabajo se centra en si es posible evadir la prohibición de la deuda territorial abstracta mediante una hipoteca de tráfico abstracta. El autor opta por la afirmativa. (*M. G.-R.*)

IZZO, N.: «Lo scioglimento del condominio: necessaria autonomia strutturale dei separandi edifici e legittimazione processuale passiva dell'amministratore – osservazione a Cass. 1 de dicembre de 2010 n. 24380», *GC*, 2011, núm. 1, pp.59-61. (*M. R. D. R.*)

LENOIR, P./MAILLARD, R.: «Le brevet unitaire: une histoire sans fin?», *GP*, 2011, núm. 161-162, pp. 24-29.

El autor plantea la necesidad de unificar el sistema de invenciones en el Derecho europeo, así como su procedimiento judicial. Problemas jurídicos en torno a la unificación. (*R. A. R.*)

LOMBARDI, E.: «Il microcredito e il mutuo ipotecario a tasso variabile continuo o adattivo come contratti realmente praticabili», *GC*, 2011, núm. 1, pp. 25-38.

Reflexiones sobre la crisis financiera y las posibles soluciones a las situaciones de insolvencia en los supuestos de préstamos hipotecarios a interés variable. Revisión del *mortgage market* en relación al problema de las subprime mortgages de Estados Unidos. (*M. R. D. R.*)

MAETSCHKE, M.: «Der Zeitpunkt der Kündigung des Grundschuldkapitals bei der Sicherung von Immobiliendarlehen», *AcP*, núm. 2, 2011, pp. 287-316.

Artículo sobre un problema muy particular del Derecho alemán de garantías inmobiliarias. La Ley de Limitación de Riesgos (*Risikobegrenzungs-gesetz*), de 2008, modificó el § 1193 BGB, según el que la resolución del préstamo que sirve de base a la garantía inmobiliaria tiene un plazo de eficacia de 6 meses. El pfo. 2.º señala que son admisibles acuerdos distintos, salvo que se trate del aseguramiento de una deuda monetaria (caso más normal). La cuestión que se suscita es a partir de qué momento se puede resolver el contrato en cuanto al principal. Para algunos autores, en cualquier momento y sin justificación, porque el § no lo exige. Para otros, esto no es posible por ir contra la buena fe contractual. El autor opina que sólo se podrá resolver el contrato cuando haya un vencimiento de toda la obligación de capital, basándose en los principios generales que inspiran el BGB. (*M. G.-R.*)

RAVENA, S.: «Subrogation réelle et inopposabilité des exceptions: l'étrange cas de la vente avec réserve de propriété», *SJ*, núm. 18, 2011, pp. 868-871.

La reserva de dominio opera por efecto de la opción, trasladando al patrimonio del vendedor el precio o la parte del precio empleada por el sub-adquirente el día de la apertura del procedimiento colectivo del vendedor sin que el sub-adquirente pueda oponer las excepciones que hubiera podido oponer personalmente a éste. (*R. A. R.*)

SILLARD, G.A.: «La subrogation dans la saisie immobilière», *RD*, 2011, núm. 6, pp. 402-405.

Problemas del acreedor para utilizar la subrogación si no es el preferente en un procedimiento. Aplicación del decreto 2006-936 de 27 de julio de 2006. (*R. A. R.*)

STAGL, J. F.: «Gutgläubiger Fahrnisserwerb als 'sorfotige Ersitzung'. Eine Neubestimmung der §§ 932 ff. BGB», *AcP*, núms. 3/4, 2011, pp. 530-582.

El estudio se refiere a la adquisición de bienes muebles de buena fe. D. 50,17,54 dispone que «Nemo plus iura ad alium transferre potest quam ipse habet» (en realidad, «haberet»). Sin embargo, los §§ 932 y ss. BGB establecen la adquisición *a non domino* del que adquiere de buena fe de quien se encuentra en posesión de la cosa. La doctrina lo justifica en la protección de

la apariencia jurídica y en la seguridad del tráfico. El autor discute este punto de vista, basándose en casos como el del depositario, que posee para otro, y dispone de la cosa depositada: la base de la transmisión no se encuentra en la posesión del transmitente, «sino en la posesión del que pretende haber adquirido», como se puso de manifiesto en los casos del azúcar (RGZ 135, 75; 138, 265) y de la máquina fresadora (BGHZ 50, 45). (*M. G.-R.*)

STAZI, A.: «Intellectual Property and Consumer law in the Knowledge economy», *Dir. Aut.*, 2010, núm. 4, pp. 342-377.

Análisis, desde el punto de vista del Derecho Comparado, de la interacción existente entre la propiedad intelectual y el derecho de los consumidores en el momento actual, con particular referencia a la copia privada y a las medidas tecnológicas de protección, poniendo de manifiesto de este modo el ámbito y los límites de los derechos del consumidor de contenidos digitales. (*Alma R.G.*)

TARTAGLIA, P.: «Le polizze fideiussorie, il contratto autonomo di garanzia e le sezioni unite – nota a Cass. Sez. , sez. un., 18 febbraio 2010 n. 3947», *GC*, 2011, núm. 2, pp. 497- 505. (*M. R. D. R.*)

TOZZI, F.: «Plagio e presupposti di tutela di opera letteraria», *Dir. Aut.*, 2010, núm. 4, pp. 398-406.

Nota a sentencia sobre el plagio en la normativa reguladora del derecho de autor. Breve panorámica sobre los presupuestos para acceder a la tutela que proporciona la propiedad intelectual. (*Alma R.G.*)

## DERECHO DE FAMILIA

BALESTRA, L.: «L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive», *RTDPC*, 2010, núm. 4, pp. 1105-1134.

Reflexión acerca de la evolución del derecho de familia en torno al concepto de familia y las diferentes realidades jurídicas actuales: uniones matrimoniales, uniones de hecho, y aplicación uniforme de estas figuras familiares a las parejas del mismo sexo. (*M. R. D. R.*)

BOSSE-PLATIÈRE/ GOUTTENOIRE: «Adoption sur adoption ne vaut... même dans la famille recomposée!», *SJ* núm. 15, 2011, pp. 688-690.

La Corte de casación rehúsa firmemente admitir que un niño pueda ser sucesivamente adoptado por el marido de la madre y la mujer de su padre (*R. A. R.*)

BRUGUIÈRE, J.M.: «Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais...», *RD*, 2011, núm. 1, pp. 28-34.

El autor pone de relieve la relación que, en el Código civil chino, han realizado entre la familia y los derechos de la personalidad, con el fin de partir de una familia real para llegar a una familia ideal. Necesidad de hacer lo mismo en Francia. (*R. A. R.*)

BUZZELLI, D.: «Casa familiare e nuova famiglia dell'assegnatario», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 2, pp. 335-368.

Análisis del artículo 155-*quater*, comma 1 CC italiano sobre asignación de la vivienda familiar; el autor se centra en las causas de extinción del dere-

cho y, en concreto, en aquella que se basa en el nuevo matrimonio o en la convivencia *more uxorio* del asignatario. (B. G. F.)

CASEY, J.: «Objetivisation du divorce, que d'injustices sont commises en ton nom?» *GP* núm. 35-36, pp. 5-7

La Ley de reforma del divorcio de 2004 ha tendido a objetivar los supuestos de separación de los cónyuges. No obstante la nueva ley ha quedado fuertemente disminuida a propósito de las consecuencias de esta objetivación en caso de retrasar los efectos del divorcio a la fecha de separación de hecho. (I. S. P.)

— «L'article 267 du Code civil: d'une symphonie inachevée à une symphonie fantastique?», *GP*, 2011, núm. 147-148, pp. 7-13.

Los efectos patrimoniales del divorcio y la aparición del notario en caso de desacuerdos en la pareja. Insuficiencia legislativa del artículo 267 del Código civil francés. (R. A. R.)

— «Acquisitions en cascade sans emploi: quelle récompense?», *GP*, 2011, núm. 224-225, pp. 10-17.

El régimen económico del matrimonio de comunidad. Problemas de su liquidación en caso de divorcio, sobre todo de los bienes comunes adquiridos en ventas sucesivas. (I. S. P.)

COSTA, C.: «Se il denaro del coniuge costituisca bene personale e se la dichiarazione ex art. 179, comma 1°, lett.f), cod. civ. sia condizione necessaria per la personalità dell'acquisto», *NGCC*, 2010, núm. 12, pp. 1202-1206.

Comentario a una sentencia del Tribunal Supremo italiano relativa al carácter privativo del dinero perteneciente a uno de los cónyuges antes del matrimonio. Naturaleza jurídica y contenido de la necesaria declaración del cónyuge adquirente de un bien respecto al carácter privativo del dinero utilizado para dicha adquisición. (Alma R.G.)

CUBEDDU, G. / HENRICH, D.: «Due modelli europei di regime patrimoniale dei coniugi», *RDC*, 2010, núm. 4 parte prima, pp. 563-583.

Reflexión sobre la tendencia armonizadora del derecho de familia en Europa, en materia de régimen económico matrimonial de los cónyuges. Análisis de derecho comparado, con especial referencia al régimen jurídico alemán, francés e italiano. (M. R. D. R.)

DAGORNE-LABBE, Y.: «À quelle date y a-t-il réalisation de la vente en cas de divorce? A qué fecha tiene t-él realización de la venta en caso de divorcio?», *SJ* núm. 17, 2011, pp. 803-804.

Estudia un caso de promesa de venta seguido de una venta posterior analizando si hay que considerar como fecha de venta la del primer acuerdo o la del segundo. (I. S. P.)

DANOVI, F.: «Ancora inammissibile l'intervento dei nonni nella separazione e nel divorzio», *DFP*, 2010, núm. 4, pp. 1547-1565.

Valor social y jurídico de los abuelos. El derecho de visita de los abuelos. Inadmisibilidad de la intervención de los abuelos en el juicio de separación y divorcio en cuanto resultan ajenos al objeto de dicho pleito. (*Alma R.G.*)

D'AVACK, L.: «L'ordinanza di Salerno: ambiguità giuridiche e divagazioni etiche», *DFP*, 2010, núm. 4, pp. 1737-1760.

Análisis de la ordenanza del Tribunal de Salerno de 9 de enero de 2010 en relación a la debatida cuestión del diagnóstico prenatal y el “derecho a un hijo sano”. (*Alma R.G.*)

FUSARO, AN.: «La restituzione degli arricchimenti tra coniugi», *NGCC*, 2010, núm. 10, pp. 477-481.

Artículo relativo al derecho de reembolso de los gastos realizados por uno de los cónyuges, destinados a la reforma de un bien objeto de la comunión legal entre cónyuges. (*Alma R.G.*)

GARÉ, Th.: «Compétence et pouvoirs de TGI en matière d'attribution du nom de l'enfant», *SJ* núm. 1-2, 2011, pp. 30-31.

En interés del niño, el TGI es competente para sustituir el nombre del niño por otro. (*I. S. P.*)

— «Le refus de transposer la kafala en adoption n'est pas contraire aux droits fondamentaux», *SJ*, núm. 11-12, 2011, pp. 523-524.

El rechazo a dar a conocer la adopción de un niño confiado en *hafala* no atenta ni al derecho de respeto a la vida privada y familiar ni al interés superior del niño. (*R. A. R.*)

INGENITO, C.: «Indigenza, gravidanze ravvicinate, rifiuto d'ogni intervento dei Servizi sociali e dichiarazione di adottabilità», *DFP*, 2010, núm. 4, pp. 1605-1661.

Estado de abandono del menor y posterior declaración del estado de adopción: ¿es la adopción un remedio excepcional a gravísimas situaciones de total ausencia de cuidados parentales? (*Alma R.G.*)

JUSTON, M.: «Le syndrome d'aliénation parentale», *GP*, 2011, núm. 226-230, pp. 7-10.

Crisis en la pareja y su repercusión en los hijos. La misión del juez y de los abogados de evitar el síndrome de enajenación paternal. (*I. S. P.*)

KÄHLER, L.: «Nachwirkende Verantwortung statt Nachteilsausgleich –zur Rechtfertigung des Scheidungsunterhalts», *AcP*, núm. 2, 2011, pp. 262-286.

Trabajo sobre el fundamento de la pensión compensatoria. El autor critica la falta de criterio del legislador alemán en una cuestión tan básica en la sociedad contemporánea y repasa las razones dadas por doctrina y jurisprudencia, como la compensación del perjuicio, la protección de la confianza, la participación, el principio del respeto recíproco, la autodeterminación y autovinculación o la solidaridad postmatrimonial.

Para el autor, la pensión compensatoria es una consecuencia de la misma promesa matrimonial y, contra la corriente dominante, debe verse, no como una consecuencia del perjuicio causado por el matrimonio, sino como una

protección del matrimonio como institución y una responsabilidad por las consecuencias de tal matrimonio. (*M. G.-R.*)

LABBÉE, X.: «La portée du procès-verbal constatant l'acceptation du principe du divorce (C. civ. art. 233)», *SJ*, núm. 19, 2011, pp. 922-924.

Estudia el resultado de la combinación de los artículos 223 y 234 del Código civil en la ruptura del matrimonio y el vicio del consentimiento. (*R. A. R.*)

LARDEUX, G.: «Rome III est mort. Vive Rome III!», *RD*, 2011, núm. 27, pp. 1835-1841.

Necesidad de un procedimiento de cooperación único para los Estados de la unión europea en torno a la aplicación del Reglamento del Consejo en materia de divorcio y separación. Esto será posible con el Reglamento núm. 1259/2010 de 20 de diciembre que entrará en vigor el 21 de junio de 2012. (*R. A. R.*)

LIBERALI, B.: «La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo», *NGCC*, 2010, núm. 11, pp. 556-564.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado la sentencia de 1 de abril de 2010, que sostiene que la normativa austriaca en materia de procreación médicamente asistida (*Fortoßanzungsmedizingesetz 1992*) está en clara contradicción con la Convención Europea de los Derechos del Hombre en la parte relativa a la prohibición de la fecundación artificial heteróloga. (*Alma R.G.*)

LONG, J.: «La contrattualizzazione dell'assistenza agli anziani: dalla rendita vitalizia al contratto di mantenimento», *NGCC*, 2010, núm. 12, pp. 601-616.

Artículo sobre el contrato de mantenimiento vitalicio de los ancianos. Especial atención a la tutela de los derechos de los legitimarios. (*Alma R.G.*)

MAIONE, L.: «Fondo patrimoniale, derogabilità convenzionale del regime legale e poteri dei terzi creditori», *NGCC*, 2010, núm. 12, pp. 1211-1217.

Comentario a una sentencia del Tribunal Supremo italiano relativa al poder de agresión de los terceros acreedores sobre los bienes del fondo patrimonial conyugal para la satisfacción de los créditos contraídos frente a los cónyuges. (*Alma R.G.*)

MARTEL, D.: «Fraus omnia corrumpit... y compris lorsqu'il en va de l'intérêt supérieur de l'enfant», *SJ* núm. 11-12, 2011, pp. 525-527.

El interés superior del niño protegido por el artículo 3-1 de la convención internacional de los derechos del niño no podía justificar una filiación obtenida en fraude de ley. (*I. S. P.*)

MONETI, M./BUCELLI, A.: «Natura, cultura ed etica nel diritto europeo della famiglia. Un filosofo e un giurista a confronto», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 3, pp. 759-776.

Un jurista y un filósofo reflexionan sobre el nuevo modelo de familia. (*B. G. F.*)

MULLON, E.: «Etat des lieux des modes amiables de reglement des conflits en matiere familiale», *GP*, núm. 35-36, pp. 8-15.

La mediación y la conciliación están reguladas en la Ley pero podemos preguntarnos acerca de la relación entre una y otra. (*R. A. R.*)

MUSSOLINO, G.: «Testamento e condizioni riguardanti il matrimonio», *RTDPC*, 2011, núm. 1, pp. 57-87.

Estudio de las condiciones ilícitas establecidas en los testamentos que afecten a la voluntad de contraer o no matrimonio del heredero y de las condiciones del futuro cónyuge. (*M. R. D. R.*)

NASSETTI, C.: «Le conseguenze dannose dell'amore: la rottura della promessa di matrimonio», *NGCC*, 2010, núm. 11, pp. 1133-1137.

Comentario a una sentencia del Tribunal Supremo italiano que mantiene que la ruptura de una promesa de matrimonio no puede configurarse en absoluto como un ilícito civil extracontractual, constituyendo tal ruptura expresión de una libertad fundamental. (*Alma R.G.*)

PACCIA, R.: «Decorrenza degli alimenti legali e natura costitutiva del provvedimento giudiziale», *RDC*, 2011, núm. 1, parte prima, pp. 53-83.

Reflexión acerca del fundamento y requisitos constitutivos de la obligación de alimentos en el ámbito familiar y extrafamiliar (donatario). Determinación del contenido de la obligación por vía judicial y medidas a tomar en caso de mora o sobreveniencia de obligados preferentes. (*M. R. D. R.*)

PALERMO, P.: «Uguaglianza e tradizione nel matrimonio: dall'adulterio alle unioni omosessuali», *NGCC*, 2010, núm. 11, pp. 537-555.

Estudio a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 14 de julio de 2010, que se pronuncia, por primera vez, acerca de la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. (*Alma R.G.*)

PIERRE, Ph.: «Bénéfice d'une assurance invalidité et régime de communauté: quelle qualification matrimoniale?», *SJ*, núm. 13, 2011, pp. 578-581.

El beneficio de un seguro de invalidez suscrito por un esposo en comunidad de bienes sobrepasa la categoría de bienes propios por naturaleza. Esta es la solución dada por la Corte de casación. (*R. A. R.*)

PIERROUX, E.: «Famille biologique, famille logique?», *GP*, 2011, núm. 215-216, pp. 7-10.

Notas a la sentencia de la corte de casación, sección primera, de 16 de junio de 2011 sobre el interés del menor adoptado. (*R. A. R.*)

PINARDI, R.: «La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione», *NGCC*, 2010, núm. 11, pp. 527-536.

Estudio de la constitucionalidad del matrimonio entre parejas homosexuales a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 14 de julio de 2010, que reconoce que las parejas homosexuales son formaciones sociales tuteladas por el artículo 2 de la Constitución. (*Alma R.G.*)

RAOUL-CORMEIL, G.: «Le logement de la famille dans la tourment du divorce», *GP* núm. 28-29, pp. 30-34.

Bajo nombres diversos (domicilio, residencia principal, habitación...), el alojamiento familiar está sujeto a las reglas específicas para asegurar el amparo de sus ocupantes. La separación de la familia experimenta la necesidad de mantener los derechos por los cuales un alojamiento es asegurado a sus miembros. Sin paralizar la gestión patrimonial de la finca urbana afectada a esta función, la utilización y la disposición de este bien son controlados por el juez de familia. (*I. S. P.*)

RIONDINO, M.: «Mediazione familiare e interculturalità in Europa. Profili di diritto comparato», *DFP*, 2010, núm. 4, pp. 1845-1870.

Artículo dedicado a la mediación familiar: evolución del concepto de mediación familiar, estudio de cinco modelos de mediación existentes y análisis de la normativa europea sobre la materia. (*Alma R.G.*)

SANDERS, A.: «Vermögensausgleich bei Solidargemeinschaften: Trust (Ehegatten) Innengesellschaft und Bereicherungsrecht in Deutschland und England», *ZEuP*, núm. 1, 2011, pp. 65-93.

Estudio comparativo entre el Derecho alemán e inglés sobre los efectos patrimoniales de las llamadas parejas de hecho. Sucede en muchas ocasiones que en las parejas se producen atribuciones de bienes, desplazamientos patrimoniales, enriquecimientos (como, p. ej., la colaboración en la actividad empresarial del pseudo-cónyuge), etc. En ninguno de ambos ordenamientos se prevén normas especiales sobre restitución o compensación patrimonial, por lo que los tribunales aplican las normas generales del Derecho de obligaciones y contratos y de los Derechos reales. En Derecho inglés tiene especial importancia el *trust*. Por su parte, los tribunales alemanes han desarrollado figuras como la sociedad interna, la atribución condicionada a la existencia de una comunidad y el contrato de cooperación familiar. (*M. G.-R.*)

SWENNEN, F.: «Family (Self-) Governance at the Boundaries of a Privatized Family Law? A Belgian Exploration», *ERPL*, núm. 2, 2011, pp. 209-223.

La autonomía de la voluntad se considera en la actualidad como fundamento de la fuerza ejecutoria del gobierno del patrimonio familiar, empleando instrumentos contractuales y del Derecho de sociedades, cuya función es similar a las «leyes domésticas» de las grandes familias de la Edad Moderna.

La autorregulación privada de los patrimonios familiares utiliza formas de gobierno tomadas tanto del Derecho público como privado. La forma de gobierno familiar busca –como guardián– organizar la propiedad colectiva tanto para la generación actual como para las futuras. Las familias y los consejeros profesionales de todas clases están cada vez más interesados en la forma de gobierno del patrimonio familiar, pero no existe en la actualidad un marco teórico del que echar mano. Esta ausencia da lugar a incertidumbre jurídica. El artículo trata de explorar esta cuestión desde el punto de vista belga. (*M. G.-R.*)

VENCHIARUTTI, A.: «No al ricongiungimento familiare del minore affidato con *kafalah*: i richiedenti sono cittadini italiani!», *DFP*, 2010, núm. 4, pp. 1621-1639.

Contenido y finalidad de la figura marroquí de la *Kafalah*. Comentario de una sentencia del Tribunal de Casación referida a la delicada cuestión de la

reagrupación familiar de una menor, acogida en base a la figura de la *Kafalah*, por una pareja de adultos residentes en Italia. (*Alma R.G.*)

VIGANOTTI, E.: «Règlement du 20 décembre 2010 sur la loi applicable au divorce et à la séparation du corps: réflexions d'un avocat français», *GP*, 2011, núm. 173-174, pp. 5-7.

El Reglamento europeo autoriza a los esposos a acordar la ley aplicable en caso de separación y divorcio. Problemas jurídicos y necesidad de adoptar medidas a partir de su entrada en vigor el 21 de junio de 2012. (*I. S. P.*)

WINKLER, M.: «Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo», *NGCC*, 2010, núm. 11, pp. 1148-1154.

La sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 24 de junio de 2010 mantiene que el derecho a contraer matrimonio, en cuanto derecho reconocido por la Convención Europea para la salvaguarda de los derechos humanos y libertades fundamentales, no se extiende hasta garantizar su ejercicio por parte de las parejas del mismo sexo, y constituye prerrogativa discrecional de los legisladores nacionales prever una regulación para tal cuestión. (*Alma R.G.*)

## DERECHO DE SUCESIONES

CALVO, R.: «L'opposizione alla donazione», *RTDPC*, 2011, núm. 2, pp. 349-364.

Estudio de la figura de la reducción de donaciones como medida de protección de la legítima y formas de evitar sus efectos, tales como la usucapión, la simulación o la protección de terceros adquirentes. (*M. R. D. R.*)

— «Duplice sottoscrizione e solidarietà testamentaria», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 3, pp. 965-971.

Dictamen relativo a un testamento ológrafo pluripersonal prohibido por el artículo 589 CC italiano. (*B. G. F.*)

GABRIELLI, G.: «Invalidità delle disposizioni testamentarie e prescrizione», *RDC*, 2011, núm. 1, parte prima, pp. 1-13.

Estudio acerca de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad del testamento por incapacidad del testador, a excepción del plazo establecido para la aceptación de la herencia. (*M. R. D. R.*)

MARTINO, M.: «Acquisto a titolo originario e acquisto a titolo derivativo alla luce della disciplina dell'apparenza ereditaria», *RTDPC*, 2010, núm. 4, pp. 1135-1163.

Consideraciones generales sobre la adquisición de la herencia por el heredero aparente e intentos de determinación de la naturaleza jurídica, originaria o derivativa, del título de adquisición. (*M. R. D. R.*)

MUSSOLINO, G.: «Testamento e condizioni riguardanti il matrimonio», *RTDPC*, 2011, núm. 1, pp. 57-87.

Estudio de las condiciones ilícitas establecidas en los testamentos que afecten a la voluntad de contraer o no matrimonio del heredero y de las condiciones del futuro cónyuge. (*M. R. D. R.*)

PALAZZOLO, G.: «I diritti successori dei figli non matrimoniali», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 4, pp. 1116-1132.

Análisis de las disposiciones del CC italiano que regulan los derechos sucesorios de los hijos no matrimoniales. (*B. G. F.*)

PERLINGIERI, G.: «Heredis institutio ex certa re, acquisto di beni non contemplati nel testamento e l'art. 383 c.c.», *RTDPC*, 2011, núm. 2, pp. 459-481.

Reflexión sobre la posibilidad de instituir heredero universal y atribuir al mismo tiempo y a favor de la misma persona un bien concreto de la herencia. Análisis de la posibilidad de coexistencia de la sucesión legítima y la testamentaria. (*M. R. D. R.*)

— «La collazione per imputazione e il criterio di stima al tempo dell'aperta successione. La collazione d'azienda», *RDC*, 2011, núm. 1, parte prima, pp. 85-135.

Estudio acerca del instituto de la colación de donaciones para proteger y hacer cumplir los derechos de los legitimarios, a valorar en el momento de la apertura de la sucesión. (*M. R. D. R.*)

RÖTHEL, A.: «Familia und Vermögen im Erbrecht», *JZ*, 2011, núm. 5, pp. 222-228.

Según la autora, el derecho de sucesiones se ha orientado tradicionalmente hacia las instituciones familiares en lugar de hacia el patrimonio. Al respecto, propone una actualización del derecho sucesorio, en especial, entre otros aspectos de la legítima, con implicaciones también en la tributación. (*B. T. G.*)

SAUVAGE, F.: «Le droit transitoire de la clause formelle d'exhérédation du conjoint», *SJ*, núm. 10, 2011, pp. 468-470.

Estudio de la relación existente entre el artículo 764 de Código civil y la Ley de 3 de diciembre 2001. Aplicación en la sentencia de 15 de diciembre de 2010 (*I. S. P.*)

SIRECI, F.R.: «Il legato di *datio in solutum*», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 3, pp. 802 a 831.

El legado de *datio in solutum* es una disposición en virtud de la cual el testador, para cumplir una obligación, lega a su acreedor un determinado derecho en lugar de la prestación originariamente debida. El presente artículo estudia esta figura en general y algunos casos en particular como el legado de *datio in solutum* y la asignación a favor del cónyuge divorciado. (*B. G. F.*)

TODESCHINI PREMUDA, A.: «Liberalità atipiche e azione di riduzione: dalla legittima in natura alla legittima come diritto di credito», *NGCC*, 2010, núm. 12, pp. 1240-1246.

Comentario a una sentencia del Tribunal Supremo italiano sobre acción de reducción de donaciones indirectas lesivas de la legítima. (*Alma R.G.*)

## VARIA

AMOROSINO, S.: «L'incidenza delle regolazioni internazionali ed europee sui rapporti civilistici inerenti ai mercati finanziari», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 4, pp. 1001-1012.

Ponencia presentada en el V Convegno Nazionale della SISDiC (Società italiana degli studiosi del Diritto Civile) sobre el tema «La incidencia del derecho internacional sobre el derecho civil», celebrado el marzo de 2010. (B. G. F.)

VAN BEVER, A./GUNDT, N.: «Treu und Glauben als Rechtsgrundlage für die Änderung von Arbeitsverträgen», *ERPL*, núm. 1, 2008, pp. 3-24.

La buena fe como fundamento y causa para la modificación de los contratos de trabajo. (M. G.-R.)

DREYER, E.: «Le droit civil de la presse entre douceur et fermeté», *SJ*, núm. 14, 2011, pp. 637-639.

Comentario a la sentencia de Casación civil de tres de febrero de 2011, número 09-71. 711. (I. S. P.)

GANANCIA, D.: «Enjeux et perspectives de la médiation au tribunal de grande instance de Paris», *GP*, 2011, núm. 147-148, pp. 14-18.

La mediación y su utilidad en el ámbito familiar y civil según su uso por el Tribunal de Gran Instancia de París. (I. S. P.)

HIPOLD, P.: «Die Sprachenregelung der Union zwischen Grundfreiheiten und Kulturpolitik», *ZEuP*, núm. 1, 2011, pp. 500-517.

Artículo sobre la Unión Europea y la pluralidad de idiomas oficiales, que, a pesar de los pronósticos de algunos, no ha acabado como la torre de Babel. (M. G.-R.)

JANSEN, A./SCHULZE, R.: «Legal Cultures and Legal Transplants in Germany», *ERPL*, núm. 2, 2011, pp. 225-256.

Artículo de dos ilustres comparativistas acerca de la influencia que otros ordenamientos y culturas han tenido sobre el Derecho alemán, empezando por la recepción del *Ius Commune*, siguiendo por el *Code Civil*, la *scuola positiva* italiana y terminando con la Unión Europea. (M. G.-R.)

KUIPERS, J.-J./MIGLIORINI, S.: «Qu'est-ce que sont les "lois de police"»? – Une querelle franco-allemande après la communautarisation de la Convention de Rome», *ERPL*, núm. 2, 2011, pp. 187-207.

El artículo 7 de la Convención de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales establece: «Leyes de policía... 2. Las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato». Sin embargo, la Convención no define cómo ha de entenderse el concepto de normas imperativas, sobre todo a la vista del encabezado del precepto, que habla de «Leyes de policía». La ausencia de definición dio lugar a una controversia entre los tribunales franceses y alemanes. Según estos últimos, normas imperativas sólo se refiere a aquellas que

protegen el interés público en sentido estricto. Por el contrario, los franceses pueden considerar una disposición que simplemente protege a la parte más débil del contrato como norma imperativa a estos efectos. A la vista de que la dicción del art. 9.1 tampoco resuelve el asunto, parece necesaria la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (M. G.-R.)

LASERRE, V.: «Le risque», *RD*, 2011, núm. 24, pp. 1632-1636.

El concepto de riesgo como parte del mundo y el dominio del riesgo por el propio mundo. (R. A. R.)

PERLINGIERI, G.: «Sul giurista che come “il vento non sa leggere”», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 2, pp. 385-413.

Se trata de la conferencia que el autor dio con ocasión de la presentación del libro de Luccarelli y Paura *Diritto privato e diritto pubblico tra solidarietà e sussidiarietà. Il vento non sa leggere*. La expresión “el viento no sabe leer” se refiere a la incapacidad de los juristas de tomar el significado del dictado constitucional y utilizarlo para resolver los casos concretos. (B. G. F.)

PEULVE, C.: «Médiation et conciliation. Des jumeaux... vrais ou faux?», *GP*, 2011, núm. 177-179, pp. 17-19.

Estudio sobre las nuevas técnicas de resolución de conflictos adoptados en Francia: participación de los afectados; arbitraje; conciliación y transacción. La necesidad de que se utilice también la mediación. (I. S. P.)

ROUJOU DE BOUBÉE, G.: «La réforme de la garde à vue», *RD*, 2011, núm. 23, pp. 1570-1575.

Notas en torno a la Ley de 14 de abril de 2011 sobre la nueva regulación de la actuación de los abogados en materia de asistencias y guardias. Obligaciones que han de cumplir. (I. S. P.)

SOULEZ LARIVIÈRE, D.: «Réforme des professions vingt ans après», *RD*, 2011, núm. 22, pp. 1505-1508.

Las reformas de la profesión de abogado conforme la demanda de la sociedad. Evolución de la profesión y exigencias deontológicas nuevas. (I. S. P.)

WORTHINGTON, S.: «The Unique Charm of the Common Law», núm. 3, 2011, *ERPL*, pp. 345-361.

El artículo se centra en algunas de las diferencias reales e imaginadas entre el *Common Law* y el Derecho continental, y propone dos lecciones a aprender de esta comparación. En primer lugar, los dos sistemas se enriquecen mutuamente aprendiendo de sus diferencias y tomando cada uno lo mejor del otro. En segundo lugar, un aspecto menos deseable, como es que el *Common Law* está en riesgo de perder su conocida flexibilidad y sutilidad en la medida en que los jueces están cada vez más preocupados con la certeza y la predecibilidad; así, se hace menos capaz de acomodarse a los cambios sociales y comerciales modernos y, por tanto, de servir a las demandas reales de la sociedad. No está claro si el Derecho continental sigue el mismo paso, pero vale la pena pararse a considerarlo. (M. G.-R.)

**DERECHO MERCANTIL**

## PARTE GENERAL. EMPRESA

DE CRISTOFARO, G.: «Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 3, pp. 880-910.

El artículo 5 de la Directiva 2005/29/CE prohíbe la competencia desleal y deja a la discrecionalidad de los Estados miembro de la UE las consecuencias jurídicas de su violación. Tras un estudio de Derecho comparado, el autor pone de manifiesto la heterogeneidad de las soluciones y el consiguiente fracaso de la armonización de los ordenamientos nacionales en este ámbito. (*B. G. F.*)

GELATO, P.: «Le design est-il le nouveau moteur de l'innovation véritable?», *GP*, 2011, núm. 161-162, pp. 33-38.

La autora plantea el nivel de eficacia de la protección de diseños y modelos en materia de propiedad industrial. Su regulación en Italia. (*R. A. R.*)

LEGRAND, V.: «L'après-EIRL: la mise en société...», *RD*, 2011, núm. 14, pp. 966-973.

La entrada en vigor a partir del 1 de enero de 2011 de la Ley de 15 de junio de 2010 sobre la responsabilidad limitada del empresario individual. Cuestiones y problemas jurídicos que presenta actualmente. (*I. S. P.*)

— «Le chapitre II de l'ordonnance du 9 décembre 2010 concernant le surendettement de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée: premiers constats et déception», *RD*, 2011, núm. 2, pp. 99-103.

Análisis sobre la nueva regulación francesa que modera la normativa sobre responsabilidad limitada del empresario individual. Garantías en particular. (*R. A. R.*)

MAINGUY, D.: «La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies: une controverse jurisprudentielle à résoudre», *RD*, 2011, núm. 22, pp. 1495-1504.

Análisis sobre el carácter contractual o no de la responsabilidad de la empresa en los supuestos del artículo L 442-5,1,5° del Código de comercio. El autor para ello utiliza la jurisprudencia y doctrina francesa más reciente. (*R. A. R.*)

SALATINO, G.: «L'impresa sociale», *CI*, 2011, núm. 2, pp. 394-416.

Artículo sobre la normativa reguladora de la empresa social, con el fin de resaltar la relevancia que podría tener dicha disciplina para incentivar el empleo laboral. (*Alma R.G.*)

SCARPA, D.: «Comunicazione d'impresa tra studio di sistema e nuove prospettive», *CI*, 2010, núm. 3, pp. 802-838.

Artículo relativo a la comunicación de la empresa, base imprescindible para un estudio sistemático de la empresa como organización económica. Especial atención al estudio del régimen jurídico de la contabilidad. (*Alma R.G.*)

VV. AA.: «Entreprise et patrimoine», *GP*, 2011, núm. 138-139.

Coloquio sobre las nuevas formas de empresa organizado en París en abril de 2011. Los temas tratados han sido: concepto actual de empresa y empresario; cambios en el patrimonio social; relación de la empresa y el crédito; la empresa y la fiscalidad o la empresa y la familia. Evolución actual de la empresa. (*I. S. P.*)

## DERECHO DE SOCIEDADES

CRISCUOLI, P. / GRIMALDI, G.: «Cancellazione delle società – nota a Cass. Sez. un., 22 febbraio 2010 n. 4061», *GC*, 2010, núm. 12, pp. 2797-2808. (*M. R. D. R.*)

— «La cancellazione delle società (e le sopravvenienze attive) – nota a Cass. 9 aprile 2010 n. 8426», *GC*, 2011, núm. 3, pp. 739-754. (*M. R. D. R.*)

DI GIROLAMO, F.: «L'acquisizione di partecipazioni in imprese finanziarie. Regole procedurali e criteri di valutazione prudenziale», *NLCC*, 2010, núm. 6, pp. 1269-1326.

Análisis de las reformas introducidas por el d. lgs. 27 gennaio 2010 n. 21, en aplicación de la Directiva 2007/44/CE, relativa a las reglas de procedimiento y criterios de valoración en los procesos de adquisición y aumentos de participaciones sociales en el sector financiero. (*M. R. D. R.*)

GALLETTO, T.: «Linee evolutive dell'arbitrato societario», *NGCC*, 2010, núm. 10, pp. 483-496.

El arbitraje societario y su ámbito de aplicación. La introducción y la supresión de la cláusula compromisoria prevista en los estatutos de la sociedad. El arbitraje de derecho común aplicado al ámbito del Derecho de Sociedades. El problema de la impugnación de los acuerdos sociales. El excepcional poder cautelar de los árbitros y la intervención del juez. (*Alma R.G.*)

GHIGI, C.: «Novità in tema di fusione e scissione: esonero dalla relazione degli esperti di cui all'art. 2501 C.c.», *NLCC*, 2010, núm. 3, pp. 523-535.

Análisis, desde una perspectiva histórica, del artículo 2501, 6, 1 del Código Civil, tras la reforma introducida por el d. lgs. 13 ottobre 2009 n. 147, en tema de fusión y escisión de sociedades. (*M. R. D. R.*)

HOMMELHOFF, P.: «SPE-Mitbestimmung: Strukturen, Wertungen und rechtspolitische Kompromisslinien», *ZEuP*, núm. 1, 2011, pp. 7-40.

Trabajo sobre la sociedad privada europea (*Societas Privata Europaea*, SPE) que pretende crearse desde los órganos centrales de la Unión Europea, con la finalidad de favorecer la creación y desarrollo de pequeñas y medianas empresas en el mercado europeo. Al respecto, existen ya una serie de propuestas, como la «Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el Estatuto de la Sociedad Privada Europea» [2006/2013(INI)] o una «Propuesta de Reglamento del Consejo relativa al Estatuto de la Sociedad Privada Europea», de 2008; siendo el último un informe del *General Secretariat* al *Council* (10611/11, de 23-V).

Una de las características fundamentales de esta SPE es el fuerte derecho de participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa, lo que ha dado lugar a las lógicas discusiones. El autor analiza también la estructura de la sociedad, demasiado compleja, en su opinión, para el simple empresario que no sea experto en Derecho. (*M. G.-R.*)

KRAFFT, G./MAUBERT, N.: «De la nécessaire prise en compte des rompus dans le cadre de la transformation d'une SA en SAS», *RD*, 2011, núm. 9, pp. 605-609.

Transformación de una SA en una SAS. Necesidad de votos de los socios mediante asamblea general. Posibilidad de un mandato tácito para realizar el acto por un socio. (*R. A. R.*)

LUCA, N.: «Riduzione del capitale ed interessi protetti. Un'analisi comparatistica», *RDC*, 2010, núm. 6, parte seconda, pp. 559-615.

Análisis de derecho comparado con el Derecho americano, sobre la figura de la reducción de capital para proteger los intereses de los socios en las sociedades de persona y de capital. Determinación de los intereses de los acreedores y medidas de protección. (*M. R. D. R.*)

MAGGIOLO, M.: «Clausole di apertura e porta aperta nei procedimenti di adesione a contratti plurilaterali», *RDC*, 2010, núm. 6, parte prima, pp. 783-805.

Comentario sobre las cláusulas que permiten el acceso de nuevos miembros a asociaciones, consorcios, cooperativas u otro tipo de sociedades: naturaleza jurídica de la cláusula, función, procedimiento de admisión, obligaciones adquiridas por los nuevos miembros, e incumplimiento de la cláusula. (*M. R. D. R.*)

NURIT-PONTIER, L.: «La libération partielle du capital social: un choix pertinent pour les sociétés dispensées de capital minimum?», *RD*, 2011, núm. 12, pp. 828-833.

Posibilidad de las sociedades de liberar parcialmente su capital al no tener un capital legal mínimo fijado. Con ello se trata de conciliar el capital impuesto y las capacidades financieras limitadas de los socios pero puede tener inconvenientes. (*I. S. P.*)

OHL, D.: «Les pactes d'actionnaires à l'épreuve du droit boursier», *RD*, 2011, núm. 5, pp. 323-328.

Análisis de los acuerdos extraestatutarios de los socios y su repercusión en el Derecho bursátil. Igualdad y transparencia de las operaciones. Críticas y repercusión en las OPAS. (*I. S. P.*)

SACCO, A.: «Le società di rating nel regolamento CE n. 1060/2009: profili organizzativi dell'attività», *NLCC*, 2010, núm. 2, pp. 291-385.

Análisis del Reglamento CE n. 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, relativo a las agencias de clasificación crediticia: noción de la figura de la sociedad de clasificación crediticia, principios generales de su régimen jurídico, requisitos organizativos y de operatividad, ámbito de actuación, sistemas de control y criterios de responsabilidad. (*M. R. D. R.*)

SANGIOVANNI, V.: «Fusione di società e opposizione dei creditori», *CI*, 2010, núm. 6, pp. 1348-1367.

Análisis crítico del artículo 2503 del Código civil italiano, norma que permite a los acreedores oponerse al procedimiento de fusión entre sociedades. (*Alma R.G.*)

SBISÀ, G.: «Sui poteri della capogruppo nell'attività di direzione e coordinamento», *CI*, 2011, núm. 2, pp. 369-393.

Responsabilidad del *holding* que ejerce la actividad de dirección y coordinación vulnerando los principios de correcta gestión societaria y empresarial. (*Alma R.G.*)

SCARPA, D.: «La delega gestoria nella spa: architettura delle interazioni tra delegati e deleganti», *CI*, 2011, núm. 1, pp. 106-149.

Artículo dedicado a la gestión en las sociedades por acciones en función de la consecución del objetivo de la eficacia de las *corporate governance* y de la racionalización del poder de gestión. (*Alma R.G.*)

— «Decisioni non collegiali nelle società a responsabilità limitata: diritto di partecipazione e informazione dei soci», *GC*, 2011, núm. 3, pp. 153-166.

Reflexiones sobre el derecho de información y participación de los socios como requisito de validez, en el procedimiento de toma de decisiones en las sociedades de responsabilidad limitada. (*M. R. D. R.*)

SOLDATI, N.: «Il controllo giudiziario nella società a responsabilità limitata», *CI*, 2010, núm. 6, pp. 1317-1347.

El control judicial sobre la gestión de las sociedades es una forma de tutela de las minorías contra los ilícitos realizados por los administradores. (*Alma R.G.*)

## INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

BELLANTE, M.: «Il c.d. preliminare di preliminare concluso nelle compravendite immobiliari mediante agenzia», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 3, pp. 954-964.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione*, *Sez. II*, de 2 de abril de 2009, núm. 8038 sobre nulidad de contrato preliminar en virtud del cual las partes se obligan a celebrar un sucesivo contrato preliminar (preliminar de preliminar). (*B. G. F.*)

VV. AA.: «Crédit à la consommation: le dispositif applicable», *GP*, 2011, núm. 175-176.

Diversos estudios sobre la eficacia de la Ley Lagarde de 1 de julio de 2010, así como los inconvenientes jurídicos que plantea. Los problemas al consumidor por la publicidad engañosa y las garantías ocultas. (*I. S. P.*)

## CONTRATOS MERCANTILES

AYNÈS, A.: «Cession Dailly: la créance cédée peut-elle excéder le montant de la créance garantie?», *SJ*, núm. 5, 2011, pp. 215-217.

La Corte comercial de casación al juzgado que cuando el montante del crédito cedido es superior al del crédito garantizado excedente conserva derecho de obtener el pago del exceso. (*I. S. P.*)

BONTEMPI, P.: «L'obbligo della banca di eliminare gli addebiti in c/c derivanti da operazioni abusivamente compiute dal proprio funzionario», *NGCC*, 2010, núm. 10, pp. 977-983.

Comentario a una sentencia del Tribunal Supremo italiano relativo a la obligación de la entidad bancaria de eliminar las deudas del cliente anotadas en una cuenta corriente bancaria que sean resultado de operaciones abusivas por parte de un empleado de dicha entidad. (*Alma R.G.*)

— «Quando la giurisprudenza in tema di anatocismo bancario si ritorce contro il cliente», *NGCC*, 2010, núm. 10, pp. 964-970.

Comentario a una sentencia sobre la nulidad del anatocismo en relaciones bancarias y la posibilidad de su revisión de oficio por parte del juez. (*Alma R.G.*)

DAMMANN, R./VALDMAN, D.: «Sauvetage d'un groupe de sociétés grace à une double fiducie», *GP*, 2011, núm. 208-209, pp. 5-6.

La fiducia como procedimiento de salvaguarda de un grupo de sociedades en problemas. (*R. A. R.*)

DELFOF-ROY, Y.: «The PEICL and the Duty of Disclosure», *ERPL*, núm. 1, 2011, pp. 71-86.

Los Principios del Derecho Europeo del Contrato de Seguro (PEICL, en inglés) han sido proyectados para completar el mercado internacional de productos del seguro. La intención de los PEICL es su aplicación cuando las partes han acordado que el contrato se someta a ellos. De este modo, los aseguradores, al ofrecer sus servicios más allá de sus fronteras, no tendrán que enfrentarse al problema de los diferentes sistemas nacionales. El artículo trata el asunto de si los PEICL, que regulan el deber del tomador y asegurado de comunicar cualquier hecho relevante relativo a la persona o bien asegurado y las consecuencias de su incumplimiento, pueden, por elección de las partes contratantes, reemplazar las importantes normas al respecto del Código civil de los Países Bajos (*Burgerlijk Wetboek*, BJ), teniendo en cuenta que éstas son más favorables para el tomador del seguro y el asegurado. También se hace una comparación con el Derecho belga. (*M. G.-R.*)

FACCI, G.: «La sponsorizzazione tecnica e lo sfruttamento commerciale del marchio sportivo», *NGCC*, 2010, núm. 12, pp. 644-658.

Artículo dedicado a la esponsorización como contrato atípico: la esponsorización técnica y el derecho a la imagen del atleta individual, el *merchandising* y la tutela de la marca deportiva. (*Alma R.G.*)

— «Il *merchandising* del marchio sportivo», *CI*, 2011, núm. 1, pp. 198-225.

Artículo dedicado al *merchandising* en el ordenamiento deportivo. El contrato de *merchandising* y la evolución de la normativa en tema de marcas registradas. La marca deportiva. (*Alma R.G.*)

FRANZONI, M.: «L'assicurazione fra i contratti aleatori», *CI*, 2011, núm. 2, pp. 417-437.

Dentro del ámbito del contrato de seguro, el artículo se centra en el estudio del seguro de responsabilidad civil por accidentes de circulación. (*Alma R.G.*)

GIORGINI, E.: «Recesso *ad nutum* secondo ragionevolezza», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 2, pp. 586-602.

Comentario a la sentencia de la Corte di Cassazione. Sez. III de 18 de septiembre de 2009, núm. 20106 sobre el ejercicio del derecho de desistimiento *ad nutum* en un contrato de concesión y sus límites (abuso del derecho y buena fe). (*B. G. F.*)

ROSSI, G.: «Il collegamento contrattuale nel credito al consumo alla luce del nuovo d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141», *CI*, 2010, núm. 6, pp. 1432-1449.

Artículo acerca de la nueva normativa comunitaria reguladora del crédito al consumo (Directiva 2008/48/CE) y su desarrollo en el ordenamiento italiano a través del decreto legislativo n. 141 de 13 de septiembre de 2010. (*Alma R.G.*)

TARANTINO, G.: «Indebito prelievo su conto corrente *on line* e responsabilità dell'intermediario: una valutazione sotto il profilo dell'efficienza economica del contratto», *NGCC*, 2010, núm. 12, pp. 1183-1188.

Comentario a una sentencia del Tribunal Supremo italiano sobre la responsabilidad de la entidad bancaria en las operaciones de cuentas corrientes *on line*. (*Alma R.G.*)

## DERECHO CONCURSAL

BADILLET, J.: «Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises», *GP*, 2011, núm. 131-132, pp. 7-12.

Los procedimientos desconocidos y confidenciales para solucionar la crisis empresarial. La práctica judicial actual del Tribunal mercantil de París. (*R. A. R.*)

CLARIZIA, O.: «Funzione previdenziale e interpretazione adeguatrice: non acquisizione del valore di riscatto all'attivo fallimentare», *Rass. Dir. Civ.*, 2010, núm. 2, pp. 562-576.

Comentario a la sentencia de la Corte di Cassazione, Se. un., de 31 de marzo de 2008, núm. 8271 relativa a los efectos del concurso sobre el contrato de seguro de vida. (*B. G. F.*)

DAMMANN, R./SCHNEIDER, S.: «La sauvegarde financière accélérée-analyse et perspectives d'avenir», *RD*, 2011, núm. 21, pp. 1429-1440.

Procedimiento colectivo en caso de empresas en crisis. Modo de resolución del pago de deudas por el deudor. La Ley Warsmann y la necesidad de una nueva reforma ante situaciones transfronterizas. (*R. A. R.*)

GALGANO, F.: «Dichiarazione del fallimento e argomenti di prova dell'insolvenza», *CI*, 2011, núm. 1, pp. 1-8.

A raíz de la afirmación de que la insolvencia es un presupuesto objetivo de la quiebra el autor indaga en una serie de interrogantes: ¿Basta el incumplimiento para acreditar la insolvencia? ¿Puede la insolvencia derivarse del desequilibrio patrimonial? ¿Es admisible una insolvencia oculta? (*Alma R.G.*)

GUESMI, A.: «EIRL versus EURL à l'aune du droit des procédures collectives», *RD*, 2011, núm. 2, pp. 104-110.

Ruptura de la tradición francesa de la responsabilidad universal del empresario individual con la Ley de 2010. Razones del procedimiento en casos de crisis. (*I. S. P.*)

LÉCUYER, LA: «Procédure de sauvegarde et concurrence: le divorce consommé», *RD*, 2011, núm. 21, pp. 1441-1444.

El orden público económico, ha quedado como el punto de unión entre los problemas de competencia y el concurso de la empresa. Análisis de la sentencia de la Corte de Casación de 8 de marzo de 2011 sobre la protección a las empresas cuando existe crisis económica.

SICCHIERO, G.: «Efficacia *erga omnes* degli accordi di ristrutturazione», *CI*, 2011, núm. 1, pp. 9-15.

Reforma en 2006 del artículo 182 bis de la Ley reguladora de la quiebra, que permite los acuerdos extrajudiciales dirigidos a prevenir la quiebra del empresario insolvente. (*Alma R.G.*)

#### ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L	American Journal of Comparative Law
CLR	California Law Review
C. L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
ERPL	European Review of Private Law
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
L. Q. R.	Law Quarterly Review
MLR	Modern Law Review
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
N. Y. U. L. Rev.	New York University Law Review
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies

Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile
RD	Recueil Dalloz
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI	Revue de Droit Immobilier
RIDA	Revue Internationale du Droit d' Auteur
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCLA L. Rev.	University of California Los Angeles Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2010

**Coord.:** Ramón CASAS VALLÉS (Universidad de Barcelona). **Colaboran:** Mariana DE LORENZI (Universidad de Barcelona), Asunción ESTEVE PARDO (Universidad de Barcelona), Isabel MIRALLES GONZÁLEZ (Universidad de Barcelona), Mónica NAVARRO MICHEL (Universidad de Barcelona), Carles VENDRELL CERVANTES (Uría & Menéndez)

**STC 9/2010, de 27 de abril**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Delgado Barrio.**

**Conceptos: Filiación adoptiva. Igualdad de los hijos. Protección de la familia. Sustitución fideicomisaria. Interpretación del testamento.**

**Autonomía de la voluntad y principio de igualdad. Derecho genérico a la igualdad y prohibiciones específicas de discriminación. TEDH: Caso Pla y Puncernau c. Andorra.**

**Preceptos de referencia: Artículos 14 y 39.2 CE. Artículo 14 Convenio Europeo de Derechos Humanos.**

La sentencia pone fin, en términos discutibles, a un largo pleito cuyo origen está en un testamento otorgado en 1927. El testador dispuso una sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit*, con sustitución vulgar en fideicomiso, en los siguientes términos: «*Séptima: Y de todos sus bienes restantes, muebles e inmuebles, derechos, créditos y acciones presentes y futuros, instituye heredero universal a su hijo don José Antonio Lloret y Marcer, quien podrá disponer libremente de los bienes de la herencia cuando tenga algún hijo o hija que haya llegado a la pubertad; y en caso contrario sólo podrá disponer de la cantidad de siete mil pesetas que le servirán de pago de su porción legitimaria; y para después de su muerte sin hijos, le sustituyen sus hermanos D. Arcadio, D. Ramón, D. Antonio y D. Juan Lloret Mitjans, no a todos juntos sino el uno después del otro por el orden indicado y con la misma condición impuesta al primer instituido; advirtiendo que si al tener efecto alguna de tales instituciones, hubiese fallecido el sustituto y dejado algún hijo legítimo que entonces o después llegue a la edad de testar, quiere que éstos sucedan en lugar de su padre premuerto en el modo que resultan instituidos, y a falta de disposición observarán el mismo modo de suceder que el testador establece aquí para sus hijos*» (Antecedente 2).

El testador falleció en 1945. El primer instituido (José Antonio) murió en 1997, soltero y sin hijos. El segundo (Arcadio) lo había hecho antes que el testador, en 1940, también soltero y sin hijos. El tercero (Ramón) murió en 1995, antes que el primer instituido, pero dejando dos hijas adoptivas. Éstas llegaron a la edad de testar y, al amparo de la sustitución vulgar en fideicomiso prevista en la segunda parte de la cláusula transcrita, otorgaron escritura adjudicándose por mitad dos fincas rústicas que constitúan el objeto de la herencia fideicomitada. El registrador de la propiedad, sin embargo, denegó la inscripción por no ser las otorgantes «hijas legítimas» de Ramón. La obtuvo en cambio Antonio, cuarto hijo del testador.

Las hijas de Ramón interpusieron demanda reclamando la titularidad de las fincas como herederas del testador. Para asegurar al menos la propiedad de parte de los bienes, la madre de las actoras, también demandante, alegaba además haber adquirido una de ellas por usucapión. La demanda fue desestimada en primera instancia y en apelación por considerar que las demandantes no eran «hijas legítimas» y no cumplirse tampoco los requisitos de la usucapión.

Las hijas de Ramón recurrieron en casación ante el TSJC alegando, entre otros motivos, la vulneración del artículo 14 CE. El recurso fue desestimado por sentencia de 22 de enero de 2004. A juicio del tribunal y contra lo pretendido por las recurrentes, no cabía distinguir «entre una sustitución fideicomisaria regida por la voluntad del testador y una sustitución vulgar en la que, por haberse producido el hecho que desencadena la sustitución en un momento en el que se encontraban legalmente equiparados los hijos adoptivos a los llamados legítimos, aquéllos no podrían ser excluidos de la herencia». La voluntad del testador era clara «tanto en su interpretación literal, como en relación con las disposiciones legales vigentes en el momento en que fue declarada (año 1927) o en el que se abrió la sucesión (año 1945), y su deseo era que no entraran en posesión de su herencia quienes no tuvieran la condición de hijos legítimos, a los que no se equiparaban al tiempo del otorgamiento del testamento o de la apertura de la sucesión los hijos adoptivos. Así vendría a reconocerlo de manera unánime la doctrina científica y jurisprudencial vertida tanto en interpretación del Derecho civil común como del foral» (Antecedente 2). En la actualidad, explicaba el TSJC, los artículos 14 y 39.2 CE impondrían una equiparación plena de los hijos adoptivos a los demás y, por tanto, «habrían de entenderse puestos en condición en la sustitución condicional de referencia tanto los hijos matrimoniales como los no matrimoniales y los adoptivos. Sin embargo este criterio no sería aplicable al caso enjuiciado «porque no lo quiso así el testador —ley sucesoria— y porque no se contemplaba así en el momento de redactar el testamento y en el de su fallecimiento»» [FJ 3 (de la STSJC)] (Antecedente 2). En este sentido, decía la sentencia, se habría pronunciado ya el propio TC en su Auto 22/1992.

Las hijas de Ramón recurrieron en amparo alegando que la fecha de referencia para interpretar la expresión «hijos legítimos» no era 1927 (otorgamiento del testamento) ni 1945 (fallecimiento del testador), sino 1997 (fallecimiento del primer fiduciario), «momento en el que ha de examinarse la idoneidad de las demandantes de amparo para entrar en la herencia de su abuelo como sustitutas vulgares de su padre fallecido, procediendo, por tanto, realizar una interpretación de la cláusula testamentaria conforme a los principios constitucionales vigentes» (Antecedente 3).

El Ministerio Fiscal interesó la estimación del amparo. A ello, lógicamente, se opusieron las hijas de Antonio, el cuarto instituido, que a su vez ya había falle-

cido. Con invocación del ATC 22/1992, sostenían que no cabía interpretar según la Constitución de 1978 un testamento otorgado en 1927 por alguien fallecido en 1945. Alegaban asimismo «*que la Constitución no ha derogado el principio de libertad de testar y que el principio de igualdad de los hijos con independencia de su filiación únicamente implica que los derechos que la ley les otorga corresponden a todos los hijos por igual respecto de sus padres, pero no que el testador esté obligado a repartir la herencia en partes iguales entre todos sus hijos*» (Antecedente 7). A su juicio, además, la interpretación del testamento y la determinación de la legalidad aplicable eran cuestiones de legalidad ordinaria que correspondía resolver en última instancia al TSJC y no al TC.

En esta tesitura, se produjo un auténtico golpe de suerte para las recurrentes. Después de la solicitud de amparo (20 de febrero de 2004) y antes de sus alegaciones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió un supuesto análogo al planteado ante el TC; y lo hizo exactamente en el sentido pretendido por ellas (*cfr.* STEDH de 13 de julio de 2004, *Asunto Pla i Puncernau c. Andorra*). Pudieron así incorporar a su escrito de alegaciones un elemento que a la postre fue decisivo. La sentencia del TEDH, decían, resultaba relevante por tres motivos: «*Primero, porque el Derecho andorrano en materia de fideicomisos es coincidente con el Derecho catalán; segundo, porque la composición personal del Tribunal de Justicia de Andorra es parcialmente coincidente con la de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que dictó la Sentencia ahora impugnada en amparo; y, finalmente, porque en la Sentencia aquí impugnada y en la dictada por el Tribunal andorrano se utilizan los mismos argumentos para declarar que los hijos adoptivos no cumplen la condición de hijos legítimos establecida en la sustitución fideicomisaria dispuesta en los testamentos otorgados en 1939, en el asunto resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en 1927, en el que ahora nos ocupa, depurándose el fideicomiso en 1996 y 1997 respectivamente*» (Antecedente 8).

Para resolver el recurso, que estima, la sentencia se pronuncia sobre algunos puntos, en tanto que deja otros a un lado de forma expresa.

1. Ante todo, el TC aparta una cuestión del mayor interés y sobre la que acaso venga un día llamado a pronunciarse: la relación entre libertad de testar e igualdad de los hijos. El objeto del procedimiento, dice –o puede decir– la sentencia, no es el testamento (acto privado) sino la resolución o resoluciones judiciales (actos públicos) que lo han interpretado. Dicho de otra forma: no se dice que el testamento fuera discriminatorio sino que lo son las resoluciones que lo han interpretado. «*En caso de que la discriminación denunciada fuera imputable de modo inequívoco a la formulación por parte del causante de la cláusula de sustitución fideicomisaria, el problema constitucional planteado hubiera sido, por un lado, el de las relaciones entre el principio de autonomía de la voluntad y la prohibición de la discriminación en el ámbito de la sucesión testada, planteándose la cuestión relativa a la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales y, en particular, del reconocido en el artículo 14 CE (ATC 1069/1987, de 30 de septiembre, FJ 1), y, por otro, el de si es o no posible la aplicación retroactiva de la Constitución a actos privados realizados mucho antes de que ésta entrase en vigor. Sin embargo, en la demanda de amparo no se aduce que el testador hubiera estado vinculado, ni directa ni indirectamente, al principio constitucional de igualdad, ni que la discriminación alegada tuviera su origen en los términos en que la cláusula si sine liberis decesserit quedó formulada originariamente en el testamento, sino que la lesión se imputa de manera directa y autónoma a los órganos judiciales, como consecuencia del modo en que dicha cláusula fue interpretada y, en particular, del significado que atribuyeron a la*

expresión “hijos legítimos”» (FJ 2). Para que no quede duda en cuanto a lo que constituye el objeto del proceso, el TC remacha que éste «no consiste en comprobar la vigencia y, en su caso, el alcance del mandato constitucional que se deriva de los artículos 14 y 39.2 CE en relación con el acto privado de disposición testamentaria otorgado por el causante en el ejercicio de su libertad de testar, cuestión ésta que queda fuera de los límites de nuestro enjuiciamiento, sino en verificar si el órgano judicial que dictó la resolución judicial impugnada respetó o no el principio de interdicción de la discriminación por razón de nacimiento, al excluir a las demandantes del llamamiento a la herencia de su abuelo por causa de su condición de hijas adoptivas y, por tanto, como consecuencia del modo en que interpretó la expresión “hijos legítimos” en el ejercicio del arbitrio que le incumbe» (FJ 2). La interesante cuestión de la relación entre autonomía de la voluntad *mortis causa* y principio de igualdad queda así para mejor ocasión.

2. En segundo lugar el TC hace una síntesis de su propia doctrina sobre el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación. «El principio de igualdad no prohíbe cualquier tratamiento desigual», pero «exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada» y, además, «que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida». Ahora bien, hay que distinguir entre el «derecho general a la igualdad» y la «prohibición de discriminación por causas específicas contenidas en el art. 14 CE». El primero «no postula ni como fin ni como medio la paridad sino sólo la razonabilidad del criterio que funda la diferencia de trato y la proporcionalidad de las consecuencias que de ella se derivan». En el segundo caso, en cambio, la propia Constitución ha establecido un «juicio de irrazonabilidad de la diferenciación» que «impone como fin y generalmente como medio la parificación». De este modo las causas de discriminación mencionadas «sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto» (FJ 3).

Pues bien, precisamente, «dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación». Y directamente conectado con ese principio de no discriminación por la filiación «se encuentra el mandato constitucional recogido en el artículo 39.2 CE, que obliga a los poderes públicos a asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación” (STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b), de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad, incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el artículo 14 CE, ya que la filiación no admite categorías jurídicas intermedias (STC 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5)» (FJ 3, citando la STC 200/2001).

3. En el caso planteado la posible fuente de discriminación estaría en el proceder judicial, en la medida en que «los órganos judiciales pueden vulnerar el artículo 14 CE cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca, o no corrija, el trato discriminatorio». Aquí radica el *quid* del asunto. Todo el esfuerzo argumental del TC se centra en demostrar que, en realidad, contra el criterio de los órganos judiciales, sí había dudas interpretativas en la cláusula testamentaria. En este sentido, el TC afirma que la exclusión de los hijos adoptivos «no se deduce de manera inequívoca de la formulación literal de la cláusula testamentaria, sino que es producto de la interpretación que (de la expresión “hijos legítimos”) realiza el órgano judicial, de manera que la exclu-

*sión de las demandantes de amparo del llamamiento a la herencia no tiene su origen directo en el ejercicio de la libertad de testar sino en el de la jurisdicción.» (FJ 4). Según el TC «aunque el testamento se otorgó y el causante falleció mucho antes de 1978, la condición correspondiente a la sustitución fideicomisaria se verificó con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, de tal manera que también podía entenderse que la voluntad del testador expresada en el testamento debe ser interpretada de conformidad con la situación jurídica propia del momento en que ha de ejecutarse la sustitución» (FJ 4). Había pues duda (siempre a juicio del TC) y, en tal caso, lo procedente era optar por la interpretación favorable a la igualdad y no discriminación.*

4. Ese fue el criterio del TEDH en el reciente *Caso Pla y Puncernau*, que el TC español hace suyo. «Los Tribunales andorranos, tomando en consideración el momento histórico y jurídico en el que se otorgó testamento (1939) y aquel en que se produjo el fallecimiento de la causante (1949), estimaron que no podía entenderse puesto en condición un hijo adoptivo en la sustitución fideicomisaria que ordenaba que quien llegara a ser heredero debía transmitir la herencia a un hijo o nieto de un matrimonio legítimo y canónico». Tal interpretación fue considerada «discriminatoria y contraria a los postulados del principio de igualdad proclamado por el artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas (...), por cuanto, una vez aceptado que la cláusula en cuestión requería una interpretación por parte de los Tribunales internos, ésta no podría realizarse exclusivamente a la luz del contexto social y jurídico en vigor en el momento de la redacción del testamento o del fallecimiento de la testadora (1939 y 1949, respectivamente) y ello debido al largo período de tiempo transcurrido entre las fechas en las que se produjeron tales acontecimientos y el momento en el que tomó efecto la disposición testamentaria (1996), en el curso del cual se produjeron profundos cambios de orden social, económico y jurídico que han dado lugar a nuevas realidades que no pueden ser ignoradas por el Juez» (FJ 5).

**STC 22/2010, de 27 de abril**

**CI: Estimada.**

**Ponente: Rodríguez Arribas.**

**Conceptos: Igualdad ante la ley. Pensión de viudedad y convivencia *more uxorio*.**

**Preceptos de referencia: Artículo 14 CE. Artículo 174.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Artículo 101 CC.**

El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el artículo 174.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

La cuestión que se debate son los efectos que deben asignarse a la situación de una divorciada, titular de una pensión de viudedad reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social al amparo del artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social, que tras el fallecimiento del causante inicia una convivencia *more uxorio* con otra persona. El Instituto Nacional de la Seguridad Social consideró que tal convivencia era causa legalmente válida para acordar la pérdida de los efectos de dicha pensión, con apoyo en el

artículo 101 del Código Civil al que se remite el artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social.

Plantea la Sala de lo Social del Tribunal Supremo si el artículo 174.3 de dicha Ley vulnera el derecho de igualdad de trato del artículo 14 CE, al no establecer la misma solución en el caso de la viuda que, en el momento del fallecimiento del marido, no se hubiera separado o divorciado ni se hubiera anulado el matrimonio. En tales circunstancias, de acuerdo con la redacción del art. 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, la viuda no se ve privada de la pensión de viudedad si tras el fallecimiento de su marido inicia una relación *more uxorio* con otra persona. Se está, por tanto, ante dos situaciones iguales a las que, sin embargo, el legislador da un trato desigual.

Admite el Tribunal Constitucional (FJ4) que en este caso *«la constatación de un panorama de desigualdad resulta evidente. Una vez que a todos los cónyuges sin distinción se les otorga el derecho a la pensión de viudedad, la pensión de viudedad queda concebida como única pensión repartida entre todos los cónyuges supervivientes, por lo que es evidente que no puede considerarse constitucionalmente admisible que la concreta causa de extinción de la pensión por convivencia more uxorio pueda aplicarse en unos casos y no en otros»*. Y añade a continuación que *«a lo anterior debe añadirse que la diferencia de trato que se introduce por la norma cuestionada entre unas y otras personas que estuvieron unidas con el causante por un vínculo conyugal no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión de viudedad, sino que corresponde a causas totalmente ajenas, que no son otras sino el distinto estado civil derivado de la relación que mantenía con el causante la persona que tiene la condición de titular de la misma, factor éste de diferenciación que, al margen de no reunir la cualidad de elemento razonable y constitucionalmente exigible para descartar la discriminación ante supuestos de hecho que reciben diferente trato legal, conlleva, en última instancia, una directa vulneración del artículo 14 CE y en particular de la prohibición de discriminación en función de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que aquel precepto se refiere»*.

Por las razones anteriormente expuestas, declara el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en su referencia a la concreta causa de extinción de la pensión de viudedad establecida en el artículo 101 del Código Civil.

**STC 23/2010, de 27 de abril**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez.**

**Conceptos: Derecho fundamental a la propia imagen. Derecho patrimonial de imagen patrimonial. Derecho fundamental a la libertad de expresión. Interés público relativo a la crítica política o social. Caricatura o parodia. Derecho a la tutela judicial efectiva. Determinación de la cuantía indemnizatoria.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18.1; 20.1 a); y 24.1 CE.**

El semanario *Noticias del Mundo* publicó un reportaje fotográfico, cuyo contenido se anunciaba en la portada de una de sus ediciones bajo el título *«La doble de Chabeli se desnuda»*. Este reportaje, según quedó acreditado en la jurisdicción ordinaria, incluía *«una composición fotográfica de tamaño*

*15x21 cm. conjugando perfectamente la cabeza de la actora (...) y el cuerpo desnudo de una mujer hasta la parte superior de los muslos, cubierta con solo un taparrabos y exhibiendo unos pechos protuberantes (sic)» (apud Sentencia del Tribunal Supremo 7 de marzo de 2006, FJ 2). Se trataba, en efecto, del modo en que lo resume la propia Sentencia del Tribunal Constitucional, de «un montaje irónico elaborado a partir de una fotografía de la actora civil [un conocido personaje de la prensa rosa] superpuesta sobre un cuerpo ajeno» (FJ 5).*

El Tribunal Supremo confirmó la decisión de la Audiencia Provincial, que había condenado al medio a abonar a la demandante una indemnización de 5.000.000 de ptas. (30.050,60 €), al considerar que la publicación descrita «constituía una intromisión ilegítima en el derecho de la demandante a su propia imagen» (Sentencia del Tribunal Supremo 7 de marzo de 2006, FJ 1). En la presente Sentencia, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo formulado por la sociedad responsable del semanario litigioso y confirma la resolución recurrida.

**1. El encuadramiento de la sátira del personaje de notoriedad pública como «valoración crítica del modelo de sociedad y su evolución» comprendida en el ámbito objetivo del derecho fundamental a la libertad de expresión.**—La alegación de la recurrente en amparo de vulneración del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 (a) CE] lleva a la presente Sentencia, en primer lugar, a caracterizar este derecho fundamental de conformidad con su propia doctrina, si bien con algún matiz relativamente novedoso y especialmente apto para encuadrar en su ámbito de aplicación a aquellas publicaciones cuya contribución a la opinión pública no radica en su proyección política. Así, por lo pronto, el Tribunal —bien consciente de la naturaleza, contenido y finalidad de la publicación litigiosa— aclara que su doctrina respecto a la garantía constitucional, por medio del derecho fundamental a la libertad de expresión, del desarrollo de la comunicación pública y libre que permite la libre circulación de ideas y juicios de valor inherente al principio de legitimidad democrática, no sólo se extiende «a los juicios de valor de ámbito político o los que se refieren directamente al funcionamiento de las instituciones públicas (...) sino también aquéllos (sic) que tienen por objeto la valoración crítica del modelo de sociedad y su evolución» (FJ 3). Indudablemente, la libertad de expresión —sigue recordando el Tribunal— se halla sometida a límites, del modo en que se demuestra en el presente caso; mas no puede olvidarse que, en la medida en que dichos límites no pueden tener rango infraconstitucional, ni el «buen gusto» ni la «calidad literaria» sirven al propósito de limitar el contenido del derecho fundamental a la libertad de expresión (ibíd.).

**2. Caracterización constitucional del derecho fundamental a la propia imagen.**—Del modo en que quedó fijado en la jurisdicción ordinaria, el conflicto de relevancia constitucional en el presente caso viene constituido por el juego del derecho fundamental a la propia imagen como límite del derecho fundamental a la libertad de expresión. Para ello, el Tribunal recuerda los rasgos constitucionales de este derecho conforme a su doctrina, lo que resulta de interés desde una doble perspectiva. En primer lugar, en cuanto al objeto de este derecho, la presente Sentencia —asumiendo la doctrina de la STC 117/1994— reitera una concepción amplia de este derecho, según la cual su objeto no se limita a la reproducción gráfica de la figura humana, sino que se extiende a «la voz o el nombre» (FJ 4). De hecho, el Tribunal no duda en atribuir a este derecho un contenido amplio y flexible que comprende «aque-

llo que socialmente evoca la persona física hasta constituirse en su representación»; e incluso asigna a este derecho una función de válvula de cierre del sistema de protección de la personalidad por medio de los derechos fundamentales: «(p)or ello el ámbito propio de protección del derecho a la propia imagen es la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental» (ibíd.). En segundo lugar, el Tribunal recuerda su doctrina acerca de la exclusión de la llamada vertiente patrimonial del ámbito del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 CE, según la cual «el conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de la imagen no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen». Ello no obstante, según el Tribunal –y acaso tratando de salvar alguna contradicción en dicha doctrina– «las posibles consecuencias patrimoniales del uso ilegítimo de la imagen ajena no obstan para su protección constitucional» (ibíd.).

**3. El enjuiciamiento del caso: la caricatura de Chabeli no presenta un interés público constitucional.**—Resulta indudable para el Tribunal Constitucional que la utilización y manipulación no consentida de la imagen del personaje de notoriedad pública en cuestión podría constituir un ejemplo de caricatura, esto es, en los términos de su doctrina, «una de las vías más frecuentes de expresar mediante la burla y la ironía críticas sociales o políticas que, en tanto elemento de participación y control público, resultan inscindibles de todo sistema democrático, y coadyuvan a la formación y existencia de (...) la opinión pública». No obstante, es igualmente claro para el Tribunal que, en el presente caso, la utilización no autorizada de la imagen de Chabeli «no puede entenderse como un ejercicio de crítica política o social a través de la sátira y el humor», de manera que no existe un «interés público constitucionalmente defendible» que «priv(e) de justificación a la intromisión en el derecho a la propia imagen» (FJ 5). Si bien no se desarrollan con toda claridad las razones de la ausencia de ese interés público (ni tampoco en qué consiste éste en casos en los que, como el presente y como ha quedado dicho, es evidente que no se persigue la crítica política), parece que el Tribunal funda la exclusión de las imágenes litigiosas del ámbito del derecho a la libertad de expresión en que dichas imágenes no se vinculan de forma expresa con una crítica social al personaje, sino que su intención era simplemente la de «provocar, con un marcado sesgo sexista, la burla sobre su persona, a partir exclusivamente de su aspecto físico y obteniendo con ello un beneficio económico para la empresa periodística en cuestión. Dificilmente puede apreciarse interés público alguno en este uso de la imagen desvinculado de cualquier finalidad legítima de crítica política o social, de modo que la publicación de la fotografía manipulada en nada contribuye a la formación de una opinión pública libre» (ibíd.).

**4. Ausencia de infracción del derecho a la tutela judicial efectiva por la valoración del daño indemnizatorio realizada por la jurisdicción ordinaria.**—Ante la alegación de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva invocada por la recurrente en relación con la valoración del daño derivado de la intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen, el Tribunal recuerda su doctrina, en cuya virtud «aunque la determinación del quantum indemnizatorio es cuestión que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria (...), corresponde a este Tribunal controlar la suficiencia de la motivación de tal decisión desde la perspectiva del artículo 24.1 CE» (FJ 6). Desde esta lógica –no siempre seguida por el Tribunal (recuérdese, por ejemplo, STC

115/2000, de 5 de mayo, caso *Isabel Preysler*)–, la Sentencia considera que la valoración del daño realizada por la Audiencia y confirmada por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo se ajustó al criterio de la gravedad de la lesión del artículo 9.3 de la LO 1/1982 y que, simplemente por ello, no se produce la infracción del artículo 24.1 CE alegada por la recurrente.

**STC 28/2010, de 27 de abril**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Conde Martín de Hijas.**

**Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso al proceso, derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías. Ejecución hipotecaria.**

**Preceptos de referencia: Artículo 24.1 y 2 CE.**

El recurso de amparo lo interpone A.L.G.M., con motivo de las irregularidades en que incurrió el Juzgado de Primera Instancia en un procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado contra él por una entidad de crédito. El recurrente señala que en la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria se ha lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva al haberse seguido *inaudita parte*, sin que los correspondientes requerimientos y notificaciones que debían haberse hecho a su persona se hubieran practicado en su domicilio real, que figuraba en las actuaciones judiciales, sino en el domicilio de la finca hipotecada. Impugna igualmente el Auto del mismo Juzgado que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el recurrente al haberse seguido dicho procedimiento *inaudita parte*, por considerarlo extemporáneo.

Señala la sentencia (FJ4) que para garantizar el derecho de defensa reconocido en el artículo 24 CE «*recae sobre el órgano judicial no sólo el deber de velar por la correcta ejecución de los actos de comunicación procesal, sino también el de asegurarse que dichos actos sirven a su propósito de garantizar que la parte sea oída en el proceso*». Ello comporta la exigencia «*de que el órgano judicial agote los medios que tenga a su alcance para notificar al ejecutado la existencia del proceso en su domicilio real, de modo que, una vez que surjan dudas razonables de que el domicilio señalado en la escritura del préstamo hipotecario y que figura en el Registro sea el domicilio real del ejecutado, le es exigible que intente, en cumplimiento del deber de diligencia que en orden a la realización de los actos de comunicación procesal le impone el artículo 24.1 CE, el emplazamiento personal del ejecutado en el domicilio que figure en las actuaciones, distinto del que consta en la escritura de préstamo hipotecario y en el Registro*». En relación con la inadmisión del incidente de nulidad por parte del Juzgado por considerarlo extemporáneo, considera el Tribunal Constitucional (FJ3) que «*la interpretación que el órgano judicial ha llevado a cabo en orden a determinar el dies a quo del plazo para promover aquel incidente no puede considerarse razonable, resultando, por el contrario, por su rigorismo desfavorable y desproporcionada en orden a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo*» y señala que el recurrente lo presentó cuando aún quedaban dos días para que concluyera el plazo.

**STC 31/2010, de 28 de junio**

**RI: Estimación parcial.**

**Ponente: Casas Baamonde.**

**Conceptos: Competencias en materia civil.**

**Preceptos de referencia: Artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE. Estatuto de Autonomía de Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio; EAC). Artículo 129 EAC.**

En su sentencia 31/2010, el TC resuelve el recurso interpuesto por noventa y nueve diputados y senadores del Grupo Parlamentario Popular contra una larga serie de preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por LO 6/2006, de 19 de julio. Como es notorio se trata de una resolución muy compleja y de una gran extensión, que no es posible reseñar aquí de forma exhaustiva y pormenorizada. A este objeto cabe remitir a publicaciones especializadas (p.e., para una visión desde Cataluña, el número monográfico de la *Revista catalana de Dret públic*, «Especial sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006», 2010). Aquí nos limitaremos a dar cuenta de la posición adoptada en relación con la polémica cuestión de la competencia en materia de Derecho civil, a la que el EAC dedica su artículo 129. No obstante, antes de exponer lo resuelto por el TC en esta sentencia, convendrá describir la situación preexistente.

**1. El EAC de 1979.**—El artículo 9.2 del anterior Estatuto (LO 4/1979) había atribuido a la Generalitat competencia exclusiva sobre la «*conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán*». Probablemente por prudencia, se reprodujo la misma fórmula que aparece en el torturado artículo 149.1 CE, según el cual: «*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 8.<sup>a</sup> Legislación civil, sin perjuicio de la “conservación, modificación y desarrollo” por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial*». Con este marco constitucional y estatutario Cataluña aprobó una amplia serie de leyes civiles, que fueron sucesivamente impugnadas por el Estado, aunque a la postre los recursos fueron retirados sin que el TC tuviera ocasión de pronunciarse. Así sucedió con las leyes sobre sucesión intestada, filiación, accesión y ocupación y derechos reales de garantía; y también con la Ley primera del Código civil de Cataluña (Ley 29/2002), a la que se reprochaba «*una pretensión codificadora que resulta incompatible con la Constitución, al tratar de establecer un régimen jurídico de Derecho civil para Cataluña, completo e independiente del Derecho civil común estatal*».

**2. Las posiciones doctrinales sobre el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE.**—Como es sabido, el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE dio lugar a diversas interpretaciones, más o menos autonomistas. Básicamente se dibujaron tres líneas. La más restrictiva identificaba el Derecho civil sobre el que las CCAA tienen competencias con el contenido de las viejas Compilaciones. Ese sería el Derecho a conservar, modificar y, de forma muy limitada, desarrollar. En el extremo opuesto se situarían quienes sostienen que el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE permite a

las CCAA asumir una competencia plena sobre el Derecho civil, sin más límite que las materias reservadas «en todo caso» al Estado y, aun entonces, con la salvedad relativa a las fuentes. La tercera posición, ecléctica, sin prescindir del dato histórico, no limita el Derecho civil autonómico a las Compilaciones, al tiempo que adopta una posición mucho más abierta que la primera en cuanto a las posibilidades de desarrollo. Para esta última interpretación, los límites al mismo serían más de método que de horizontes; sin perjuicio, claro está, de las materias reservadas al Estado en todo caso.

**3. Doctrina del TC.**—El TC tuvo ocasión de abordar la problemática suscitada por el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE en las sentencias 88/1993 y 156/1993, relativas, respectivamente, a la Ley aragonesa 3/1988 (equiparación de los hijos adoptivos) y a la Ley balear 8/1990 (Compilación de Derecho civil). En estas sentencias el TC vino a inclinarse por la posición intermedia, evitando identificar los Derechos civiles autonómicos con los textos compilados, pero vinculando su «desarrollo» a un criterio de conexión con la situación preexistente. Vale la pena reproducir lo sustancial del FJ 3.º de la STC 88/1993: *«El concepto constitucional (art. 149.1.8) y estatutario (art. 35.1.4 EAA) de “desarrollo” del propio Derecho civil, especial o foral, debe ser identificado a partir de la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil que establece (...) aquel precepto de la Norma fundamental. La Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de “conservación” y “modificación”, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales. Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 CE) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. El término “allí donde existan” a que se refiere el artículo 149.1.8 CE, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas». Y añadía: «Sin duda que la noción constitucional de “desarrollo” permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de “modificación”. El “desarrollo” de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral. Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada racione materiae dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar» (en el mismo sentido, FJ 1 de la STC 156/1993).*

**4. El nuevo Estatuto.**—El artículo 129 del EAC de 2006, relativo a la competencia en Derecho civil, sustituyó la fórmula anterior por la siguiente: «*Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8.ª de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña*». Es fácil ver que se optó por la posición doctrinal más favorable al crecimiento del Derecho autonómico, evitando el riesgo de las adjetivaciones reductoras. La Generalitat no asumía competencias sobre el Derecho civil «catalán» sino, simplemente, sobre el Derecho civil. La única excepción serían las materias que «*en todo caso*» el repetido artículo 149.1.8.ª CE reserva al Estado; con una salvedad en la que, al fin, acababa apareciendo la precisión que inicialmente se quiso evitar: el sistema de fuentes del «*derecho civil “de Cataluña”*».

**5. Impugnación.**—El artículo 129 EAC fue impugnado con el argumento de que la cláusula «*en todo caso*» no establece las competencias estatales. Éstas vendrían fijadas por la declaración inicial, según la cual: «*El Estado tiene competencia exclusiva sobre (...) legislación civil*». El «*en todo caso*» vendría a ser así una cláusula añadida, destinada a recortar la competencia autonómica sobre el Derecho civil propio, de modo que, ni siquiera por vía de su conservación, modificación o desarrollo se podría entrar en las materias aludidas; siempre con la salvedad de lo previsto en materia de fuentes.

**6. Doctrina del TC.**—La sentencia hace amplio uso de la doctrina sentada con anterioridad. En este sentido, recuerda que el artículo 149.1.8.ª CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación civil aunque también «*introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política*» (FJ 76, con cita del FJ 1 de la STC 88/1993). La cláusula «*en todo caso*», añade, «*no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquél (...) la Constitución le atribuye ya la “legislación civil”, sin más posible excepción que la “conservación, modificación y desarrollo” autonómico del Derecho civil especial o foral. El sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno, ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del artículo 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho.*» (FJ 76, con remisión a la misma STC y FJ antes mencionados).

Asimismo reitera el TC la declaración de que la noción de «desarrollo» del Derecho civil especial o foral permite «*su crecimiento orgánico*», reconociendo así no sólo «*la historicidad y la actual vigencia sino también la vitalidad hacia el futuro*» (FJ 76, con remisión al FJ 3 de la STC 88/1993). Ello no permite «*impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos*». Pero tampoco viene determinado por las Compilaciones en su día aprobadas, permitiendo regular «*instituciones conexas*» (ibídem).

¿Resulta de lo anterior la declaración de inconstitucionalidad del artículo 129 EAC? En absoluto. Siguiendo la línea general de la sentencia, el TC lo salva por vía interpretativa: «*En definitiva, el artículo 129 EAC no se refiere, ni podría hacerlo, a la totalidad del Derecho civil español, sino sólo al Derecho civil privativo de Cataluña, respecto del que la Generalitat puede perfecta-*

*mente ostentar una competencia exclusiva que tenga por objeto la conservación, modificación y desarrollo de ese Derecho, en los términos establecidos en nuestra doctrina, y en la que se comprenda la determinación de su propio sistema de fuentes. Determinación que, como función normativa, sólo puede tener el alcance que es propio de las funciones de “conservación, modificación y desarrollo” del Derecho civil existente en Cataluña al constituirse ésta en Comunidad Autónoma, que son las que constitucionalmente le reconoce y garantiza el artículo 149.1.8 CE. Sistema privativo de Derecho civil, por tanto, que el legislador del Estado debe respetar al ejercer su competencia exclusiva para la determinación de las fuentes del Derecho en su integridad y para el conjunto del Estado, esto es, articulando en un sistema general los diferentes sistemas normativos vigentes en el ámbito civil por razón de la especialidad o foralidad, “allí donde existan” (art. 149.1.8 CE)» (FJ 76 ult. pfo).*

Por supuesto, la sentencia admite interpretaciones diversas. Pero parece difícil negar que desautoriza la tesis más autonomista. El «en todo caso», dice, no determina, por sí solo, las competencias respectivas de Estado y Autonomías. La de las Comunidades se configura como una excepción a la competencia exclusiva del Estado y su alcance se cifra en la «conservación, modificación y desarrollo» del Derecho civil propio. De nuevo, sin embargo, no se ponen límites al desarrollo, salvo el que resulta de las materias incluidas en el «en todo caso» y el metodológico derivado de la exigencia de «conexión». Probablemente no cabía pedirle más a esta sentencia que, a fin de cuentas, se pronuncia sobre una norma de tipo genérico. Habrá que esperar a que se produzcan –si se producen– nuevos pronunciamientos sobre leyes concretas. Por lo pronto, en lo que afecta a Cataluña, se han completado cinco de los seis libros del Código civil y se trabaja ya en el sexto.

**STC 34/2010, de 19 de julio**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Pérez Vera.**

**Conceptos: Medidas cautelares. Derecho a la libertad de expresión e información. Derecho a la creación artística. Derecho a la tutela judicial efectiva. Censura previa. Menores. Derechos a la intimidad y propia imagen.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18.1; 20.1 a), b) y d); y 24.1 CE.**

El caso tiene origen en una actuación de oficio del Ministerio Fiscal («MF») a raíz de que éste, tras ser advertido por los Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León, tuviera conocimiento de la inminente emisión, en el programa «Sin Hogar» de *Antena 3*, de un docudrama sobre la vida y vicisitudes personales y familiares de un menor de edad. En particular, el MF interesó la adopción de medidas cautelares sin audiencia del demandado consistentes en la suspensión de la emisión de dicho programa televisivo; solicitud que fue acordada por el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia núm. 6 de Salamanca como medida cautelar en el procedimiento de constitución de acogimiento de dicho menor. Con posterioridad, después de que se formara la correspondiente pieza separada de medidas cautelares y se emplazara a la cadena televisión y a la productora del docudrama para que formularan sus alegaciones, el Juzgado confirmó su decisión anterior y acordó la suspensión «definitiva del programa televisivo».

La Audiencia Provincial de Salamanca desestimó los recursos de apelación de las demandadas y confirmó la decisión del Juzgado. El Tribunal Constitucional, en la presente Sentencia, estima los recursos de amparo de la productora y de la cadena de televisión y anula las resoluciones del Juzgado de 1.ª Instancia y de la Audiencia Provincial [para el conocimiento de los aspectos procesales que están en el origen del caso resulta imprescindible la lectura de los Antecedentes de la Sentencia 34/2010; resulta igualmente de interés, la descripción de la actuación del MF en el caso, explicada en A. Sánchez-Tembleque, «Prohibición cautelar de programa televisivo por colisión con el derecho a la intimidad de un menor», *La Ley*, 15 de junio, de 2011, pp. 5-6 (572/2011)].

**1. Delimitación del derecho fundamental invocado en el recurso de amparo: el docudrama como manifestación de los derechos a la libertad de información y de creación artística.**—En atención a que, con arreglo a la doctrina constitucional, el derecho a la libertad de creación artística constituye un derecho autónomo respecto a la libertad de información, el Tribunal debe precisar si, en el caso, el docudrama litigioso y, más en particular, la decisión de la jurisdicción ordinaria de acordar la prohibición cautelar de su difusión, afecta a ambos derechos o sólo al segundo. Para el Tribunal, a pesar de que ambos derechos *«aparezcan intensamente imbricados»*, en la obra consistente en el docudrama objeto del caso subyace *«básicamente (...) el ejercicio del derecho a la libertad de información garantizado en el artículo 20.1 d) CE»*, y ello, porque no se trata de *«crear una obra por completo nueva, sino que los autores de la película y las entidades mercantiles recurrentes en amparo pretendieron realmente hacer llegar a los espectadores su versión e interpretación de unos hechos reales y recientes, utilizando la forma dramática y sus consecuentes licencias creativas para hacer más accesible y amena la información»* (FJ 3). El argumento —de escasa consistencia, pues la finalidad informativa de la obra o el hecho de que ésta esté inspirada en hechos reales no excluyen su originalidad ni su idoneidad para ser expresión de la libertad de creación artística— parece explicarse más por comodidad expositiva que por una voluntad de fijar un criterio de deslinde entre los dos derechos y su proyección respecto a aquellas ficciones de carácter informativo. De hecho, el Tribunal admite sin reparos que el enjuiciamiento de la eventual lesión al derecho a la libertad de información en el caso deberá tener presente *«las especialidades derivadas del aspecto creativo de la obra audiovisual»* (*ibíd.*), lo que implica admitir, como no podría ser de otro modo, que el derecho fundamental a la libertad de creación artística desempeña un papel igualmente destacado en dicho enjuiciamiento.

**2. La constitucionalidad de la adopción de medidas cautelares de interdicción de la difusión pública de obras intelectuales.**—A renglón seguido, la presente Sentencia repasa la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la legitimidad de la adopción de medidas cautelares dirigidas a impedir la difusión de un mensaje amparado por las libertades de expresión e información. En este sentido, constituye una doctrina constitucional consolidada —según puede leerse en la interpretación realizada por la presente Sentencia— la legitimidad de la adopción de *«medidas cautelares que impliquen la interdicción de difusión pública de una obra, destinadas a asegurar la eficacia de la protección judicial de los derechos fundamentales»*. Conviene apresurarse a advertir, pese a la literalidad de la expresión de esta doctrina, que la legitimidad de la adopción de estas medidas no se limita a asegurar la eficacia de *«derechos fundamentales»*, sino que también se extiende —según

la STC 187/1999, citada en la propia Sentencia— a «*otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente protegidos*» (*apud* FJ 4). En cualquier caso, en dicha doctrina también se contienen con claridad los límites a la legitimidad constitucional de la adopción de medidas cautelares de interdicción del ejercicio de los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información: (i) deberá existir una «*ley habilitante*», esto es, una norma legal que autorice para la restricción judicial de dichas libertades por medio de la adopción de medidas cautelares en el marco de un procedimiento judicial; (ii) la actuación judicial no podrá ser acordada de oficio; y (iii) dichas medidas deberán ser acordadas, en su caso, en el «*curso de un proceso judicial (...)* con severa observancia tanto de las garantías formales como de las pautas propias del principio de proporcionalidad en toda aplicación de medidas restrictivas de los derechos fundamentales».

**3. Aplicación al caso: la medida cautelar litigiosa estaba amparada por el artículo 9.2 LO 1/1982, pero su adopción en un procedimiento que no se halla vinculado a un procedimiento principal en el que se discute la licitud de la difusión del docudrama litigioso resulta contraria al derecho fundamental a la libertad de información.**—El Tribunal considera que la medida cautelar cuya adopción se recurre encuentra su fundamento normativo en el artículo 9.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen («LO 1/1982») y, por ello, la restricción al derecho a la libertad de información encuentra en dicha norma una habilitación legal que la justifica (en el caso, además, el artículo 9.2 LO 1/1982 debe ponerse en relación con el artículo 4 de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor, en la medida en que la pretensión cautelar fue sustanciada por el MF). Ahora bien, para el Tribunal, el hecho de que «*las partes no ha(ya)n podido acceder a un juicio declarativo en el que a título principal se debatiera sobre la posibilidad de la emisión del programa cuestionado*» es determinante de la infracción del derecho fundamental a la libertad de información de las recurrentes. En efecto, debido a las particularidades procesales indicadas, la medida cautelar en cuestión fue solicitada y acordada en el marco de un procedimiento de constitución de acogimiento, esto es, en un procedimiento principal en el que no se discutió —ni podía hacerse por razones competenciales— la cuestión de fondo de la que sistemáticamente depende la medida cautelar. En definitiva, la inexistencia de un procedimiento principal en el que las partes tuvieran la oportunidad de alegar —con todas las garantías previstas para el juicio declarativo— sobre la cuestión de fondo (esto es, si la protección del derecho a la intimidad del menor prevalecía sobre el derecho a la libertad de información de las recurrentes) determina la estimación del recurso de amparo y la anulación de las resoluciones recurridas.

**STC 43/2010, de 26 de julio**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Casas Baamonde.**

**Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.**

**Extranjeros con residencia habitual fuera de España.**

**Precepto de referencia: Artículo 24.1 CE.**

Los recurrentes habían comprado en el año 2004 una vivienda y la habían inscrito en el Registro de la Propiedad de Muros el día 18 de agosto de 2004.

Este inmueble había sido embargado en 1997 en procedimiento de ejecución instado por el Banco Español de Crédito a resultas del cual fue subastado y adjudicado en diciembre de 2002 a un tercero que lo vendió posteriormente. En dicho juicio de ejecución, uno de los demandados-deudores del Banco Español de Crédito fue notificado mediante edictos por el Juzgado de Arzúa de la postura ofrecida en la tercera subasta. El demandado así notificado interpuso recurso de amparo por defectos en los actos de comunicación procesal, que le fue otorgado por STC 40/2005, de 28 de febrero de 2005, ordenándose entonces la nulidad y retroacción de actuaciones.

El Juzgado de Arzúa, en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional que había otorgado el amparo al demandado-deudor del Banco Español de Crédito, procedió a notificarle a éste la postura ofrecida en la tercera subasta, pero no realizó notificación alguna a R.E.C y M.A.C. El deudor presentó un mejor postor, por lo que el Juzgado acordó abrir nueva licitación entre el mejor postor y el que había sido el primer adjudicatario de la vivienda en el año 2002. Este último expuso que el inmueble adquirido en subasta había sido objeto de una cadena de transmisiones y que R.E.C. y M.A.C constaban como titulares registrales del mismo desde el año 2004 destacando que se trata de terceros hipotecarios protegidos por la fe pública registral e instó al Juzgado a suspender la subasta, localizar a los nuevos adquirentes y darle audiencia para evitar su indefensión. El Juzgado acordó no haber lugar a lo solicitado. El día 8 de enero de 2007 se celebró la subasta, a la que compareció solamente el mejor postor al que se le adjudicó el bien.

Los recurrentes –cuya residencia habitual se encuentra en el Reino Unido– se encontraban en la vivienda cuando recibieron la visita de dos agentes de la Guardia Civil, quienes les comunicaron que esa propiedad se había subastado y adjudicado a un tercero. Ello motivó que promovieran incidente de nulidad de actuaciones ante el Juzgado, alegando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva que les fue denegado mediante Auto de 8 de enero de 2008 contra el que recurren en amparo.

El Tribunal Constitucional señala que (FJ3) *«el órgano judicial no actuó con la diligencia debida en orden a procurar que los demandantes de amparo pudieran tener conocimiento y comparecer en un proceso ejecutivo en el que resultaban afectados sus intereses (pues se subastó y adjudicó un bien de su propiedad), pese a haber sido advertido de su existencia y de que eran los titulares registrales de la vivienda subastada. Y dicho comportamiento del órgano judicial causó indefensión constitucionalmente relevante, pues les privó de su derecho a ser oídos y les impidió el ejercicio del derecho de defensa de sus legítimos derechos e intereses sobre el citado inmueble»*. En relación con el incidente de nulidad de actuaciones promovido por los recurrentes indica el Tribunal (FJ5) que *«de conformidad con la regulación vigente en el momento en que se dicta el Auto de 8 de enero de 2008, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Arzúa debía haber tenido en cuenta que se estaba denunciando la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por quienes hasta ese momento no habían podido comparecer en el proceso y no contaban con ningún otro recurso en ese procedimiento ejecutivo para denunciarla; que, por tanto, el incidente de nulidad de actuaciones era un instrumento idóneo para la tutela del derecho fundamental en cuestión, y que su resolución debía tener presente que –de no tener el caso trascendencia constitucional– se trataría de la última vía que permitiría la reparación de la vulneración denunciada»*.

**STC 50/2010, de 4 de octubre**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Jiménez Sánchez.**

**Conceptos: Derecho fundamentales a la libertad de expresión e información. Derecho al honor. Memoria del fallecido.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1 a) y d) CE.**

Los hechos del conflicto constitucional enjuiciado por la presente Sentencia se remontan a junio de 1995, cuando el periodista Carlos Llamas (1954-2007), durante el transcurso del programa radiofónico «*Hora 25*» de la *Cadena Ser* y al hilo de una valoración de una opinión del también periodista Antonio Herrero Lima (1955-1998) –según la cual el asunto del espionaje del CESID resultaba más grave que el intento de golpe de Estado de 23 febrero de 1981–, recordó la trayectoria profesional e ideológica del padre de aquél, el periodista Antonio Herrero Losada (1923-1992), en los siguientes términos: «*Ha habido un lumbreras de radio, de esos que en los Estados Unidos seguramente lideraría una secta, que ha dicho que el asunto del espionaje del CESID es más grave que el intento de golpe de Estado del 23 de febrero. Ese lumbreras se llama A. H. Creo que ese señor que dice que lo de las escuchas es más grave que lo de Tejero desde luego sabe de lo que está hablando. Su padre era el responsable de la Agencia Europa Press, que difundió íntegro «El Manifiesto de los cien» apoyando aquel golpe y mantuvo conversaciones con uno de los responsables de la trama civil. ¿Se acuerdan ustedes de aquel ciudadano voluminoso, G. C.? Aparece en el sumario por aquella intentona golpista, así que tal vez esté intentando exorcizar ese pasado de su apellido y restar gravedad a aquellos hechos. Señor H., yo no sé con quién habla usted para conspirar.*»

Ante tales hechos, la viuda y los descendientes de A. Herrero Losada demandaron al periodista Carlos Llamas y a la *Cadena Ser* e interpusieron acciones de protección de la memoria de éste al amparo de la LO 1/1982. Las acciones fueron parcialmente estimadas por el Juzgado de 1.ª Instancia, que declaró la intromisión ilegítima en el derecho al honor y concedió una indemnización simbólica a los demandantes. La Audiencia Provincial y la Sala 1.ª del Tribunal confirmaron la resolución de primera instancia. El Tribunal Constitucional, en la presente Sentencia, estima el recurso de amparo de la *Cadena Ser* –los herederos de Carlos Llamas no se personaron en el recurso– y anula las tres resoluciones dictadas en la jurisdicción ordinaria.

**1. Examen del mensaje difundido y delimitación del derecho fundamental invocado en el recurso de amparo: ¿libertad de expresión o libertad de información?**—En atención a la distinción entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la libertad de expresión y, en particular, a su distinto canon de enjuiciamiento, la presente Sentencia examina, de forma preliminar, el mensaje litigioso, a fin de encuadrarlo en uno u otro derecho. Y, en este sentido, el Tribunal identifica, por un lado, una primera parte del mensaje, relativa a la descripción de la trayectoria de A. Herrero Losada, esto es, «*que fue director de la agencia Europa Press en la fecha del golpe de Estado del “23-F” ; que durante ese tiempo se difundió por la citada Agencia el llamado “manifiesto de los cien”, y que el Sr. Herrero Losada entrevistó a un personaje que aparecía en el sumario abierto como consecuencia de la trama civil del citado golpe de Estado*» (FJ 6). Por otro lado, existe una segunda parte en el mensaje («*así que tal vez esté intentando exor-*

*czar ese pasado de su apellido y restar gravedad a aquellos hechos») en la que, según la apreciación del Tribunal, el autor estaba expresando una opinión personal sobre A. Herrero Losada. De este modo, el enjuiciamiento de la licitud de la primera parte debe realizarse desde el derecho fundamental a la libertad de información; el de la segunda, desde el derecho fundamental a la libertad de opinión.*

**2. Caracterización constitucional del bien jurídico a ponderar con las libertades de información y opinión.**—A pesar de que no sea objeto específico de análisis en la Sentencia, resulta igualmente de interés la delimitación del bien jurídico que, según la jurisdicción ordinaria, prevaleció respecto a los derechos fundamentales invocados por la recurrente en amparo. Y, al respecto, no deja de ser significativo que, en este punto, el Tribunal Constitucional —asumiendo acríticamente la descripción normativa de la jurisdicción ordinaria— califique dicho bien como el relativo al «honor de A. Herrero Losada» (*cf.*: FJ 6). Repárese, no obstante, en que éste había fallecido en el momento en el que se produjeron las manifestaciones pretendidamente difamatorias, por lo que, en buena dogmática, lo que estaba en juego, en todo caso, era la protección de la memoria del fallecido (en los términos de la LO 1/1982), y no la de unos derechos que se extinguieron con la muerte del titular (*arg. ex* artículo 32 CC). Y nótese que no es ésta una cuestión meramente terminológica; antes bien, se trata de una cuestión de naturaleza constitucional de primer orden, como es la de saber si la protección de la memoria del fallecido tiene el mismo régimen jurídico que el de los derechos fundamentales a al honor, a la intimidad y a la propia imagen (algo que, probablemente, no pueda ser discutido, con arreglo a la jurisprudencia constitucional, pero que requeriría, cuando menos, de algún pronunciamiento expreso por parte del Tribunal Constitucional).

**3. El enjuiciamiento del mensaje desde el derecho fundamental a la libertad de información: la difusión de los datos de la trayectoria profesional del padre del periodista supera el canon de veracidad y presenta interés público por insertarse en un debate entre dos profesionales de la información.**—No resulta dudoso para el Tribunal que aquella parte del mensaje que, como queda dicho, se limita a transmitir los datos de la trayectoria profesional de A. Herrero Losada son veraces, conforme al canon de veracidad de la jurisprudencia constitucional. Y ello, simplemente, porque su veracidad (en sentido estricto) no fue discutida por las partes en el procedimiento (FJ 6). Tampoco resulta discutible para el Tribunal que dicha información presentaba interés público, en la medida en que la «*actividad periodística sobre el golpe de Estado no puede calificarse de absolutamente ajena al “debate” que mantenían los dos profesionales*»; así como a que fue el propio hijo del afectado el que motivó el recuerdo de la (relativa) gravedad del «23-F» (*ibíd.*).

**4. El enjuiciamiento del mensaje desde el derecho fundamental a la libertad de opinión.**—El Tribunal considera que el contenido valorativo incluido en el mensaje litigioso está amparado por la libertad de opinión por las siguientes razones (*cf.*: FJ 8):

a) *La opinión fue expresada en el marco de una disputa competitiva por la audiencia entre emisoras radiofónicas y protagonizada por dos profesionales del periodismo en el ejercicio de esta profesión.*—Resulta trascendente para el Tribunal que el ejercicio de la libertad de opinión del autor del mensaje litigioso se produce dentro de un contexto determinado que no fue debidamente ponderado por la jurisdicción ordinaria. En efecto, es decisivo

para el Tribunal, a fin de justificar la constitucionalidad de la opinión expresada por el demandante, que ésta se produce en un «*contexto de libre competencia (...) en el marco de la disputa por la audiencia entre emisoras radiofónicas*». Además, el Tribunal recuerda la protección reforzada de la que goza la libertad de opinión de los periodistas en el ejercicio de su profesión.

b) *La opinión presenta relevancia pública.*- Según la Sentencia, la opinión litigiosa posee relevancia pública, en la medida en que alude a un «*asunto público*» y, por ello, «*sirve al interés general en la información*». A pesar de que el Tribunal no parece olvidar que, como ha dicho, el conflicto tiene origen en una disputa competitiva (de carácter privado), considera que ésta presenta «*evidentes conexiones políticas de fondo*».

c) *La opinión no está formada por expresiones «formalmente vejatorias o humillantes».*-El mensaje perseguido por la opinión litigiosa es claro, según el Tribunal: «*dejar entrever una presunta cercanía ideológica del Sr. Herrero Losada con los participantes en el golpe de Estado*». Pero, para expresar este mensaje, no se han utilizado expresiones «*indudablemente injuriosas*», que descarten su legitimidad constitucional, conforme a la doctrina del Tribunal.

**STC 60/2010, de 7 de octubre**

**CI: Desestimada.**

**Ponente: Delgado Barrio.**

**Conceptos: Imposición obligatoria de la prohibición de acercarse a la víctima, familiares u otros, en los delitos de violencia de género o violencia doméstica. Principio de personalidad de las penas. Indefensión de la víctima. Proporcionalidad de las penas.**

**Preceptos de referencia: Artículos 1.1, 10.1, 18.1, 19.1, 24.1 y 25.1 CE, y artículo 57.2 CP.**

La sentencia resuelve las dudas sobre la constitucionalidad de la norma que establece la necesaria imposición de la pena de prohibición de aproximación a la víctima, familiares u otras personas (llamada también «pena de alejamiento») en los delitos de violencia de género o de violencia doméstica. El artículo 57.2 CP establece que la comisión de estos delitos llevará aparejada «en todo caso» la imposición de la pena de prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal. Esta pena, como define el artículo 48.2 CP, «*impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.*» Hasta la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, esta sanción era de aplicación discrecional, dependía de un juicio de pronóstico sobre la reiteración delictiva que había de verificarse a partir de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del autor. La modificación introducida en el Código Penal para imponerla con carácter obligatorio suscita la duda acerca de su constitucionalidad.

A esta misma cuestión se refieren las SSTC 79/2010, 80/2010, 81/2010, 82/2010, 83/2010, 84/2010, 85/2010, 86/2010, 115/2010, 116/2010, 117/2010, 118/2010 y 119/2010 todas con el mismo fallo desestimatorio.

Las alegaciones formuladas por la Audiencia Provincial de Las Palmas son agrupadas y examinadas en tres bloques. En primer lugar, se analiza la posible vulneración del principio de personalidad de las penas (art. 25.1 CE). Aduce el órgano promotor de la cuestión que la imposición del alejamiento en contra de la voluntad de la víctima supondría la aplicación de una pena a quien no ha cometido ilícito penal alguno, dada la bilateralidad de la sanción. El TC recuerda que el principio de personalidad de las penas, que forma parte del de legalidad penal, e implica que sólo se puede responder personalmente por los actos propios y no por los ajenos, sólo es aplicable a aquellas medidas que sean auténtica manifestación del ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Ello permite distinguir entre efectos propios (directos e inmediatos) de la pena y efectos indirectos o mediatos; en este sentido, aunque indudablemente la víctima se ve afectada por la imposición de la pena, ésta se impone al autor del hecho punible, no a la víctima.

En segundo lugar, se plantea la posible indefensión de la víctima (art. 24 CE). Se cuestiona que la medida se impondría sin oír a la víctima, sin haber participado en el proceso, o incluso aunque no haya intervenido. El TC considera que no se vulnera ningún derecho de la víctima, ya que puede intervenir en el proceso y formular actos de alegación y de defensa de sus pretensiones, más incluso que en otros ordenamientos jurídicos, pues en el sistema procesal penal español no existe un monopolio estatal del ejercicio de la acción penal y la víctima puede constituirse en parte del proceso. El TC concluye diciendo que no se puede equiparar «*el derecho de la víctima a no padecer indefensión con un supuesto derecho a que la Ley acoja su criterio respecto del modo en que el Estado debe ejercer su poder punitivo*» [FJ 5.º].

Pero el núcleo central de este asunto gira en torno a la posible vulneración del principio de proporcionalidad de las penas (art 25.1 CE en relación con el artículo 9.3 CE). Las normas que establecen medidas que restringen principios o derechos fundamentales deben pasar por el tamiz corrector del principio de proporcionalidad, pues como ha dicho el TC, «*la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza*» (FJ 7.º, con referencia a otras STC anteriores). En el caso de la norma analizada, los principios restringidos son la libertad de residencia y circulación (art. 19 CE) y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), pero no el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE).

La constatación de que existe una afectación de ciertos principios o derechos fundamentales no lleva aparejada sin más la inconstitucionalidad de la norma penal impugnada, sino que procede hacer un control de proporcionalidad, para verificar que se cumplen tres requisitos esenciales: la medida impuesta debe ser idónea o adecuada para conseguir los fines; debe ser necesaria, y debe ser proporcionada.

En cuanto al primer requisito o presupuesto del canon de control, el TC analiza, con carácter previo, cuál es el fin perseguido por el legislador mediante la norma cuestionada y si esos fines son constitucionalmente legítimos. El TC declara que «*la finalidad inmediata perseguida por el legislador mediante el artículo 57.2 CP es, por tanto, la de proteger los bienes jurídico-*

*constitucionales tutelados por los tipos penales a los que se refiere el artículo 57.1 CP (vida, integridad física, libertad, patrimonio, etc.) mediante la evitación de futuros ataques que no se individualizan ni sólo ni principalmente por el hecho de ser violentos (...) sino sobre todo por materializarse en el seno de las relaciones afectivas, de convivencia, familiares o cuasifamiliares definidas en el propio artículo 57.2 CP.» Esa finalidad directa o inmediata existe junto a «otras finalidades secundarias como la creación de un espacio de confianza capaz de generar libertad en el disfrute de las posiciones en las que se concretan esos bienes jurídicos, así como la de eliminar la venganza privada y, con ello, evitar futuras lesiones de esos u otros bienes jurídicos» [FJ 10.º]. Y esos fines son legítimos en cuanto capaces de justificar la restricción de los derechos afectados. Por tanto, la norma cuestionada sirve a la protección de fines constitucionalmente legítimos; otro problema distinto es el de la intensidad y los términos en los que se producen aquellos efectos.*

El segundo elemento integrante del canon de control expuesto consiste en la necesidad de la medida cuestionada. El TC considera que la amenaza de imposición de la pena de alejamiento puede contribuir a influir en el comportamiento de sus destinatarios disuadiéndoles de realizar en el futuro las conductas desvaloradas por el legislador mediante los correspondientes tipos penales, y es una medida eficaz en su función preventiva de futuras lesiones, tanto general como especial. Seguidamente debe plantearse el tribunal si existen otras medidas alternativas menos restrictivas de derechos, cuestión que resuelve afirmativamente, pues no se puede dudar de que la alternativa propuesta (imposición facultativa de la pena de alejamiento) es menos coactiva que la opción acogida por el legislador (imposición obligatoria), pero «*ello no es suficiente para concluir la inconstitucionalidad de la medida, puesto que, junto a la intensidad de la restricción, el control de necesidad requiere interrogarse, en segundo lugar, acerca del grado de eficacia de la medida alternativa en punto a la satisfacción del fin perseguido por la disposición impugnada, que debe ser al menos semejante al que se deriva de esta última. Sólo en tal caso la adopción de la medida menos restrictiva vendría constitucionalmente exigida*» [FJ 15.º]. Y a este interrogante el TC contesta negativamente, reiterando lo dicho ya en otras ocasiones, que el control constitucional sobre «*la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia (...) tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido.*» [FJ 14.º]. La innecesariedad de una medida sólo existe cuando «*las medidas alternativas sean palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada*» [FJ 14.º].

El tercer elemento es la desproporción, el desequilibrio, que ha de ser manifiesto o evidente, un «*patente derroche inútil de coacción*», como lo definía la STC 136/1999. Supone valorar el alcance de la restricción de principios y derechos constitucionales afectados por la norma penal, por un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, por otro. A pesar de reconocer el TC que se trata de una norma controvertida y que se contempla en relación con un conjunto numeroso y heterogéneo de tipos penales, no resulta un desequilibrio porque el órgano judicial aún dispone de un amplio margen de arbitrio respecto a la fijación de la duración de la pena. El TC considera que el régimen de sanciones establecido en el

artículo 57.2 CP es «*lo suficientemente flexible como para que el juez o tribunal pueda graduar la intensidad de la respuesta sancionadora a la luz de las circunstancias del caso. (...) Podría aquí decirse que, mientras que la norma penal permite al órgano judicial realizar una ponderación en el caso concreto respecto del quantum de la pena, la ponderación entre los principios constitucionales afectados en lo que respecta a (...) la sanción habría sido ya realizada por el legislador penal.*» [FJ 18.º]. Concluye la sentencia desestimando la cuestión planteada pues, aunque el precepto cuestionado «*puede dar lugar a un reproche al legislador desde el punto de vista de la legitimidad externa u oportunidad de la medida adoptada, para que esa desproporción adviniera relevancia constitucional ha de tratarse de un exceso verdaderamente patente y manifiesto*» [FJ 22.º], cosa que no ocurre.

**STC 61/2010, de 18 de octubre**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Jiménez Sánchez.**

**Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.**

**Sucesiones. Repudiación de herencia por no aceptación. Cataluña.**

**Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE.**

Doña Ana Isabel Querol Simón interpone recurso de amparo contra el Auto de 13 de febrero de 2003, dictado por el titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de Madrid en autos de jurisdicción voluntaria sobre aceptación de herencia y contra el Auto de 9 de mayo de 2005, por el que se desestimó el incidente de nulidad interpuesto frente a aquél por haber sido objeto de emplazamiento edictal.

Dichos Autos traen causa en el expediente de jurisdicción voluntaria que los hermanos de Ana Isabel promovieron a fin de requerirla a aceptar o repudiar la herencia de su madre. La recurrente fue emplazada varias veces en su domicilio de Madrid sin que se obtuviera ningún resultado. Los vecinos indicaron que la recurrente residía en Almería y que sólo acudía a su domicilio de Madrid en navidades y en verano. A solicitud de los hermanos, el Juzgado requirió a la Dirección General de la Policía y al Servicio de Averiguación Patrimonial información sobre el domicilio de Ana Isabel. Éstos no pudieron obtener ningún dato sobre una persona con el nombre que les fue facilitado. Finalmente, los hermanos interesaron que el Juzgado practicara la citación de su hermana por edictos, que se fijaron dos veces en el tablón de anuncios del Juzgado y en la puerta del domicilio de Madrid de la recurrente. Una vez transcurrido el plazo para la aceptación o repudiación de herencia y puesto que Ana Isabel no compareció ante el Juzgado, el Juez dictó Auto en el cual, por aplicación del artículo 28 del entonces vigente Código de Sucesiones de Cataluña, se tuvo por repudiada la herencia de la madre por parte de Ana Isabel.

Posteriormente, Ana Isabel se personó ante el Juzgado y solicitó la nulidad de las actuaciones por haberse procedido a una incorrecta indagación de su domicilio debido a una ocultación maliciosa por parte de sus hermanos de los siguientes datos: su nombre verdadero (los hermanos facilitaron el nombre Anabel siendo en realidad Ana Isabel, cosa que al menos uno de ellos conocía por haber intervenido en el expediente de cambio de nombre en el Registro civil), su número de teléfono móvil y su número de DNI (que sus

hermanos conocían por haber hecho uso del mismo al inscribir los bienes de la herencia en el Registro de la Propiedad). El Juzgado desestimó por Auto el incidente de nulidad.

El Tribunal Constitucional admite el recurso de amparo promovido por Ana Isabel por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Considera el Tribunal que (FJ 2) *«recae sobre el órgano judicial no sólo el deber de velar por la correcta ejecución de los actos de comunicación, sino también el de asegurarse que dichos actos sirven a su propósito de garantizar que la parte sea oída en el proceso. Ello comporta, en lo posible –ya desde la STC 9/1981, de 31 de marzo (RTC 1981, 9)–, la exigencia del emplazamiento personal de los afectados y, con otra perspectiva, la limitación del empleo de la notificación edictal a aquellos supuestos en los que no conste el domicilio de quien haya de ser emplazado o bien se ignore su paradero»*. En palabras de la STC 231/2007, de 5 de noviembre (RTC 2007, 231), F. 2: *«La validez constitucional de esta forma de emplazamiento exige que se hayan agotado previamente por el órgano judicial las modalidades aptas para asegurar en el mayor grado posible la recepción de la notificación por el destinatario de la misma, a cuyo fin aquél ha de extremar las gestiones en la averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales a su alcance, de manera que el acuerdo o resolución judicial que lleve a tener a la parte en un proceso como persona en ignorado paradero debe fundarse en criterios de razonabilidad que conduzcan a la certeza, o cuando menos a una convicción razonable, de la inutilidad de los medios normales de citación»*.

Considera la sentencia (FJ3) que, en este caso, el órgano judicial efectuó las diligencias de investigación de modo incorrecto, porque nunca facilitó a los Registros a los que acudió, ni a las Fuerzas de Seguridad, los suficientes datos de identificación de Ana Isabel Querol Simón, limitándose a hacerles llegar su nombre y apellidos. Se constata, además, que algunos de los datos de identificación obraban en la causa (los nombres del padre y de la madre) y otros (el número del DNI, de manifiesta utilidad para el Servicio de Averiguación Patrimonial, o el lugar de nacimiento) podían haber sido hallados por medios normales al alcance del Juzgado, como requerirlos de los hermanos promotores del expediente (el lugar de nacimiento) o de la Policía (en concreto, el número de DNI, a la vista de los ya mencionados datos conocidos de la requerida).

Indica la sentencia (FJ3) que *«esta irregular ejecución por el órgano judicial de las gestiones para la averiguación del paradero de la requerida, sin facilitar todos los datos referidos a ella que constaban en las actuaciones a quienes podían informar de otros domicilios, ni procurar la identificación de éstos a través de aquellos otros cauces, sin necesidad de efectuar una desmedida labor investigadora, hace que deban reputarse inútiles al fin perseguido y que no permitan sustentar de modo consistente el desconocimiento del domicilio o paradero de la recurrente ni, en definitiva, puedan llevar a una razonable convicción sobre la inutilidad de otros medios de comunicación distintos a la notificación edictal, no pudiendo por consiguiente estimarse justificado constitucionalmente el recurso a ésta»*.

En consecuencia, procede el Tribunal Constitucional a otorgar el amparo solicitado y declarar la nulidad de los Autos de 13 de febrero de 2003 y de 9 de mayo de 2005.

**STC 114/2010, de 29 de noviembre**

**CI: Desestimada.**

**Ponente: Elisa Pérez Vera.**

**Conceptos: Adopción y otras formas de protección de menores.**

**Consentimiento y asentimiento. Posible inconstitucionalidad del artículo 1827 de la LEC de 1881 en la redacción dada por la Ley 21/1987, de 12 de noviembre, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.**

**Preceptos de referencia: Artículo 1827 LEC 1881. Artículo 122 CC. Artículos 24 y 163 CE y 35.1 LOTC.**

El origen de la cuestión está en una demanda en solicitud de adopción de la hija de la esposa. En ese momento la adoptanda era ya mayor de edad. El adoptante y la adoptanda prestaron consentimiento. Por su parte, la madre biológica dio su asentimiento. El padre biológico, en cambio, no lo hizo.

El Auto del Juzgado de Primera Instancia desestimó la petición y declaró no haber lugar a la adopción ya que, además del requisito del consentimiento del adoptante y de la adoptada, si tiene doce años o más, el artículo 122 CC señala que deberán prestar su asentimiento a la adopción, si no están imposibilitados para hacerlo, el padre y la madre del adoptado o adoptada salvo que estén privados legalmente de la potestad o estén sometidos a una causa de privación de ésta.

El adoptante interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial de Lleida se planteó el dilema de si, ante la oposición del padre de la adoptanda, el Juzgado de Primera Instancia debía haber acordado la transformación en contencioso del expediente, para permitir la posibilidad de una efectiva oposición en Derecho y la proposición y práctica de prueba por parte del padre natural, en cuyo caso debería decretarse la nulidad de actuaciones desde el momento en que se efectuó dicha oposición, a fin de que dicho expediente se tramitara por vía contenciosa.

En primer lugar el TC se plantea si el hecho de que el precepto discutido haya sido derogado por la LEC 1/2000, de 7 de enero (disposición derogatoria única), provoca o no que la cuestión de inconstitucionalidad pierda su objeto. Pues bien *«esa derogación no determina la pérdida sobrevinida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, porque, como es reiterada doctrina de este Tribunal Constitucional, en las cuestiones de inconstitucionalidad, la derogación, modificación o sustitución de la norma cuya constitucionalidad se pone en duda no priva de sentido al proceso constitucional, ni impide, por sí sola, el juicio de constitucionalidad sobre la misma, toda vez que la posible aplicación de la norma derogada, modificada o sustituida en el proceso a quo puede hacer necesario el pronunciamiento de este Tribunal. De modo que, a diferencia de lo que, por regla general, acontece en los recursos de inconstitucionalidad, en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación, modificación o sustitución de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras esas operaciones, resulte o no aplicable al proceso a quo y de que de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo (por todas, STC 253/2004, de 22 de diciembre, F. 4)»*. (FJ2)

En segundo lugar el TC se plantea si la cuestión supera o no el juicio de relevancia que limita el alcance de la cuestión de inconstitucionalidad a las normas con rango de Ley aplicables al caso y de cuya validez dependa el fallo. De acuerdo con la doctrina del TC es al órgano judicial que plantea la cuestión a quien corresponde efectuar el llamado juicio de relevancia. En

coherencia con ello, el TC queda facultado para inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad cuando, tras efectuar el examen de la relevancia de la norma legal cuestionada para la resolución del proceso pendiente, «*de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de los principios jurídicos básicos se desprenda que dicho nexos causal no existe*» ( SSTC 83/1984, de 24 de julio; 4/1988, de 21 de enero; 189/1991, de 3 de octubre; y 90/1994, de 17 de marzo, entre otras)» (FJ 3).

El Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, se centra en la siguiente argumentación: la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 supondría que la «*tutela judicial efectiva se desarrollara plenamente al aplicarse la norma general del artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y haberse, por tanto, debido tramitar como contencioso el expediente una vez opuesto a la adopción el padre natural. Dicho punto esencial impide a la Sala dictar resolución definitiva, ya que de apreciarse la inconstitucionalidad, debería declararse la nulidad del auto dictado por el Juzgado por las razones antedichas, y de no apreciarse la misma entonces sí, resolver la Sala sobre el recurso interpuesto dando o no, en definitiva, lugar a la adopción de una mayor de edad pretendida*».

A juicio del TC se ha formulado incorrectamente el juicio de relevancia ya que : «*Falla así el punto de partida del razonamiento del órgano promotor (...), al margen de las circunstancias del caso, el artículo 1827 LECiv de 1881 es una norma procesal que se encuentra al servicio de la norma sustantiva que disciplina la intervención de los progenitores en la adopción de sus hijos mayores de edad, y que sitúa esa intervención en la simple audiencia [artículo 123 a) del Código de familia de Cataluña y artículo 177.3.1 en relación con el artículo 177.2 CC], de suerte que una eventual declaración de inconstitucionalidad de aquél no tendría el efecto pretendido por el Auto de planteamiento, que lo que cuestiona es el alcance de la intervención del progenitor de un mayor de edad en su adopción, ya que la regulación sustantiva permanecería plenamente vigente (...). Al no quedar justificada la relevancia de la norma cuestionada en los términos requeridos por la LOTC y por nuestra doctrina, (la cuestión) debe ser inadmitida*» (FJ. 4).

**STC 123/2010, de 29 de noviembre**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Jiménez Sánchez.**

**Conceptos: Intervención de terceros en el proceso y derecho a la tutela judicial. Interés legítimo. Gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. SGAE. Compensación por copia privada.**

**Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE. Artículo 13 LEC. Artículo 25 TRLPI.**

El caso es sustancialmente semejante al que dio lugar a la STC 196/2009, de la que ya se dio cuenta en la reseña correspondiente. La nueva resolución, no obstante, incluye algunas precisiones de interés.

El origen del conflicto está en un juicio verbal en el que el comprador de una caja de 10 CD-R reclamaba la devolución de la compensación por copia privada, repercutida en el precio. En total, 1,72 €. La demanda se interpuso contra la empresa vendedora y concluyó con sentencia estimatoria que, al no ser recurrida, devino firme. SGAE y EGEDA, dos entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, tras tener conocimiento de ella por los

medios de la comunicación, presentaron sendos escritos personándose y pidiendo que se les notificara, para ejercitar los derechos y acciones que pudieran corresponderles. El juzgado rechazó la petición. Las entidades pidieron entonces la nulidad de actuaciones al entender que, siendo la compensación por copia privada un derecho de gestión colectiva obligatoria, ostentaban un interés legítimo para intervenir en el procedimiento. El incidente, sin embargo, no se admitió a trámite porque los solicitantes no tenían la condición de parte ni de tercero interviniente (art. 13 LEC).

SGAE recurrió en amparo, alegando vulneración del derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE): *«El órgano judicial ha incurrido en una omisión de emplazamiento en infracción del artículo 25.7 LPI, puesto que no llamó “a ninguna” de las entidades de gestión, entre las que se encuentra ella, a fin de permitirles actuar en defensa de sus derechos e intereses legítimos, siendo así que, como consecuencia de la Sentencia estimatoria de la demanda interpuesta, el establecimiento condenado podría oponer tal resolución firme para exonerarse de la responsabilidad solidaria que le incumbe con base en el precepto antes citado»* (Antecedente 3).

Como cabe suponer, el TC se remite y aplica la doctrina de la STC 196/2009. El TC insiste en *«la trascendental importancia de que los órganos judiciales velen por la correcta constitución de la relación jurídico procesal mediante el emplazamiento de quienes pueden actuar en la causa, cualquiera que sea su posición procesal, interpretando las normas que regulan los diversos títulos de legitimación de manera motivada, razonable y en sentido no restrictivo, con observancia así del principio pro actione»* (FJ 3). En el caso planteado, observa el TC, *«la respuesta del órgano judicial en congruencia con lo alegado y pedido ha conllevado el pronunciarse sobre diversos aspectos de la validez del canon puesto en entredicho»* (FJ 3). La demanda en la que se pedía la devolución de la compensación *«conllevaba abrir un debate procesal en el que los derechos e intereses de la SGAE, como entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual, autorizada ante la Administración desde 1988 y cuyos estatutos prevén expresamente su intervención judicial para la defensa entre otros del derecho de los autores a la remuneración por copia privada del artículo 25 LPI (según acreditó en el proceso judicial, cuando interpuso el incidente de nulidad de actuaciones), podían verse afectados. Por ello, no puede negarse a la recurrente prima facie un evidente interés legítimo en el objeto discutido»* (FJ 3).

Como en el caso anterior, el TC anula no ya la resolución sobre el incidente de nulidad de actuaciones sino la propia sentencia del juzgado, retro trayendo los autos al trámite de admisión de la demanda. *«Y ello porque, más allá de la reclamación al vendedor de la cuantía del canon correspondiente a una concreta operación de compraventa, se cuestionaba en el mismo el contenido y alcance de la remuneración compensatoria o canon por copia privada previsto en el artículo 25 LPI, así como el papel atribuido por la ley a las sociedades de gestión de los derechos contra [sic] la propiedad intelectual, solicitando incluso el demandante el planteamiento por el órgano judicial de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 25 LPI, entre otras razones, por la inconstitucionalidad de los sujetos gestores del derecho: las entidades de gestión, “como las únicas encargadas de la exigencia, recaudación, control y gestión del canon”»* (STC 196/2009, de 28 de septiembre, FJ 3)» (FJ 3).

Hasta aquí, el TC se limita a aplicar la doctrina de la anterior STC 196/2009. Sin perjuicio de ello, añade dos precisiones. La primera, a

propósito de algunas dudas suscitadas por el Ministerio Fiscal acerca de las consecuencias de aquella sentencia. La segunda, para incorporar una referencia al conocido *Caso Padawan* resuelto por el TJUE y, en definitiva, por la AP de Barcelona que había planteado la petición de decisión prejudicial.

La STC 196/2009, en la que se estimó la primera demanda de amparo de SGAE en un similar caso previo, suscitaba a juicio del Ministerio Fiscal (y no solo de él) no pocos interrogantes; en particular por el hecho de que la gestión de la compensación por copia privada no sólo compete a SGAE pues en ella confluyen todas las sociedades de gestión autorizadas. Las preguntas que se hacía el Ministerio fiscal en el trámite de alegaciones eran las siguientes: «¿El emplazamiento debe hacerse exclusivamente a la SGAE o debe extenderse a otras sociedades de gestión?; ¿qué sucedería si otra sociedad de gestión, distinta de la recurrente, que no intervino inicialmente pretende personarse una vez finalizado el proceso por sentencia firme?; ¿su no intervención inicial afectaría, también, a la validez de la constitución de la relación jurídico-procesal?; ¿cuál serían entonces los efectos constitucionales y procesales que derivarían de su no intervención?» (Antecedente 7).

La respuesta es simple: los efectos vinculantes de la sentencia se limitan a SGAE, pero el juzgado hará bien en notificar la demanda a todas las entidades de gestión si no quiere que la situación pueda repetirse. Dice el TC: «*Resulta evidente que los efectos vinculantes de esta Sentencia sólo pueden predicarse a favor de quien ha sido la parte promotora del presente recurso de amparo, no de otras personas aludidas en escritos de alegaciones de las partes (por todas, STC 5/2009, de 12 de enero, FJ 3, y las que en ella se citan); por tanto en este caso únicamente la SGAE, quedando obligado el órgano judicial competente a dictar respecto de ella una nueva respuesta jurisdiccional que resulte respetuosa del derecho fundamental vulnerado*» (FJ 4). Pero, de inmediato, añade: «*Sin perjuicio de que resulte un dato objetivo acreditado en autos el que la recurrente no es la única entidad gestora del canon de reproducción por copia privada que actúa en España, esta Sentencia no puede formular pronunciamiento sobre la legitimación procesal de otras entidades. En todo caso son los órganos judiciales los que han de solicitar a la Administración competente la relación de las entidades gestoras del derecho de propiedad intelectual que resulte objeto de controversia a fin de evitar situaciones de indefensión o de diferencia de trato procesal entre ellas*» (FJ 4). Huelga decir que esta doctrina, que mantiene y ahonda la sentada en la anterior STC 196/2009, puede tener consecuencias prácticas importantes en otros pleitos relacionados con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. ¿Deberán los jueces, a partir de ahora, examinar de oficio las demandas sobre propiedad intelectual a fin de establecer si afectan a intereses legítimos de las entidades de gestión –todas o algunas– y darles traslado por si estiman oportuno personarse?

El TC concreta el alcance de su decisión anulando la sentencia y retrotrayendo los autos a fin de que el órgano judicial provea el trámite de admisión de la demanda «*dando ocasión a la recurrente*» (y cabe pensar que a cualquier otra entidad de gestión) «*para que mediante su personación en el proceso pueda defender sus intereses*». El TC se abstiene de hacer consideraciones sobre el fondo, aunque no deja de indicar al juez, de forma bastante innecesaria, que deberá resolver el litigio «*con base en las normas del ordenamiento interno, incluyendo el Derecho comunitario aplicable [últimamente, a este respecto, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 21 de octubre de 2010, asunto C-467/08 (Caso SGAE/Padawan)]*» (FJ 4).

**STC 124/2010, de 29 de noviembre**

**RA: Estimado parcialmente.**

**Ponente: Rodríguez Arribas.**

**Conceptos: Internamiento como medida de seguridad. Duración.**

**Revisión de la medida. Derecho a la libertad. Legalidad penal.**

**Garantía del sometimiento del Juez a la ley penal sin incurrir en arbitrariedad o discrecionalidad.**

**Preceptos de referencia: Artículos 17, 24 y 25 CE. Artículos 20.1 y 101 CP.**

Los hechos sucintamente expuestos son los siguientes. El demandante fue condenado como autor de un delito de asesinato en grado de tentativa, en concurso con un delito de incendio, con la concurrencia de la eximente incompleta de esquizofrenia paranoide y la agravante de parentesco, a la pena única de siete años de prisión e internamiento en centro psiquiátrico penitenciario por igual tiempo. Su recurso de casación fue estimado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que apreció en el recurrente la eximente completa por incapacidad de culpabilidad del artículo 20.1 CP, absolviéndole libremente de los delitos de los que había sido acusado, con aplicación de la medida de seguridad prevista en el artículo 101 CP por tiempo de veinte años, sin que pudiera ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento.

La demanda de amparo, invocando los artículos 17, 24 y 25 CE, denuncia la vulneración del derecho del recurrente a la libertad, a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías, al incurrir la Sentencia recurrida en reforma peyorativa e infringir los principios de legalidad penal y de orientación de las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social. Si bien el establecimiento de la medida de seguridad prevista en el artículo 101 CP por la Sentencia recurrida es plenamente legítimo, no lo es –a juicio del recurrente– la especificación de que «*dicha medida no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento*», ya que supone una agravación de la medida de seguridad impuesta por la Audiencia Provincial no solicitada por ninguna de las acusaciones y, al no permitir la revisión de la medida, se dificulta la reinserción social del demandante.

En relación a la queja de reforma peyorativa el TC recuerda que la doctrina sobre la interdicción de la *reformatio in peius* (entre otras STC 28/2003, de 10 de febrero), reconoce la relevancia constitucional de la reforma peyorativa determinante de una situación de indefensión, cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, produciéndose un efecto contrario al perseguido. Sin embargo, dice el TC: «*Esta doctrina no resulta de aplicación al presente supuesto ya que la Sentencia del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por el demandante, único recurrente, absolviéndole de los delitos por los que había sido condenado en la instancia al ser declarado exento de responsabilidad criminal con arreglo al artículo 20.1 CP, dejando sin efecto el pronunciamiento recurrido, todo lo cual evidencia que la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo no agravó la situación penal del demandante al excluir la pena privativa de libertad que le fue impuesta como reacción a la culpabilidad apreciada en el pronunciamiento condenatorio de instancia. Así la medida de internamiento finalmente establecida como de seguridad y no como pena, fue una consecuencia jurídica del pronunciamiento absolutorio del delito (...), aplicación que lleva implícita la previsión contenida sobre límite de duración del internamiento que “no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de*

*libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la Sentencia ese límite máximo.*” (FJ 3)

Ahora bien, en cuanto al internamiento, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la STC 112/1988, de 8 de junio, han venido a señalar que deben darse las siguientes condiciones y presupuestos: Existencia de una perturbación mental real; que ésta revista un carácter o amplitud que legitime la medida; y constatación de la persistencia de la perturbación. Ello implica que no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo [ver sentencias de 24 de octubre de 1979 (TEDH 1979, 4), 5 de noviembre de 1981 (TEDH 1981, 5, caso X contra Reino Unido) y 23 de febrero de 1984 (TEDH 1984, 4, caso Luberti contra Italia)]. Por tanto, resulta obligado su cese cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad que motivó el mismo, correspondiendo al Tribunal penal realizar los pertinentes controles sucesivos a tal fin.

En relación a la prohibición establecida por la Sentencia, según la cual la medida de seguridad impuesta al demandante –internamiento– no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años, el TC señala que: *«Lo expuesto conecta la vulneración denunciada del derecho a la libertad con la infracción de precepto penal (...) que tiene su encaje en el artículo 25.1 CE, al regular la forma de cumplimiento de la medida de seguridad impuesta, que se integra, en el desarrollo legislativo dado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, dentro de las privativas de libertad del artículo 96.2 CP, privación de libertad que aparece definida en cuanto a su alcance, forma y límites en los preceptos penales que dan desarrollo a la regulación de dichas medidas como garantía del derecho a la libertad reconocido en abstracto por la Constitución»*. Y prosigue: *«El precepto citado por la Sentencia recurrida (...) establece con carácter obligatorio una revisión periódica anual, circunstancia por la que el pronunciamiento combatido vulnera el principio de legalidad penal, artículo 25.1 CE, en su vertiente de garantizar el estricto sometimiento del Juez a la Ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación, STC 133/1987, de 21 de julio, al merecer tal consideración la prohibición de la revisión de la medida hasta transcurridos ocho años de internamiento, por ser contraria a la previsión sustantiva de revisión anual contenida en el artículo 97 CP.»* (FJ 6)

### **STC 131/2010, y 132/2010, ambas de 2 de diciembre**

**CI: Estimada.**

**Ponente: Aragón Reyes (131/2010) y Gay Montalvo (132/2010).**

**Conceptos: Internamiento en centro psiquiátrico. Libertad. Necesidad de regulación por Ley orgánica.**

**Preceptos de referencia: Artículos 17.1 y 81.1 CE. Artículo 211 CC y Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (disposición final 12.<sup>a</sup> y 23.<sup>a</sup>). Artículo 763.1 (párr. 1 y 2) LEC.**

Toda medida de internamiento, sea en un centro penitenciario, sea en un centro psiquiátrico, es una medida de privación de libertad que afecta al núcleo fundamental de ese derecho, reconocido en el artículo 17 CE y, por el juego del artículo 81.1 CE, sólo puede ser objeto de regulación por Ley orgánica. Con este entendimiento, el Juzgado de primera instancia de A Coruña

plantea una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 211.1 CC, que establece uno de los supuestos en que cabe privar a una persona de su libertad y que debería haber sido aprobado por Ley orgánica. La regulación del artículo 211.1 CC fue modificada por la disposición final 12.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM, en lo sucesivo), y por tanto, inserta en una Ley Orgánica, pero la misma Ley Orgánica, en su disposición final 23.<sup>a</sup>, declara el carácter de ley ordinaria de la disposición final 12.<sup>a</sup>. El mismo juzgado plantea después una cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 763.1 LEC, que deroga el artículo 211 CC. Dada la similitud de argumentos planteados, examinaremos primero la STC 131/2010, a los que la STC 132/2010 se remite en lo fundamental, con algún matiz que será recogido al final.

Una cuestión previa a resolver por el TC, en la STC 131/2010, era si se había producido la desaparición sobrevenida del objeto de este procedimiento por derogación de la norma legal impugnada. Como es sabido, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, deroga el artículo 211 CC, cuyo contenido se reproduce sustancialmente en el artículo 763 LEC. El TC distingue, a estos efectos, entre los recursos de inconstitucionalidad y las cuestiones de inconstitucionalidad, pues si bien es cierto que en aquellos la derogación de la norma impugnada supone la pérdida del objeto del proceso como regla general, no ocurre lo mismo en éstos. En las cuestiones de inconstitucionalidad, *«los efectos extintivos (...) de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras esa derogación o modificación, resulte o no aplicable en el proceso a quo y de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo»* (FJ 2.<sup>o</sup>).

Entrando en el fondo del asunto, el TC considera que dentro de los casos del artículo 17.1 CE ha de entenderse incluido también el del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, como hace el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que *«es obvio que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una Ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el artículo 17.1 CE»* (FJ 4.<sup>o</sup>). Por tanto, el artículo 211.1 CC es declarado inconstitucional por regular materia reservada a Ley orgánica. Cabe recordar que el segundo párrafo del artículo 211 CC había sido declarado constitucional por la STC 129/1999, de 1 de julio, porque las reglas procedimentales no contienen una regulación directa del derecho a la libertad personal. En este sentido, el TC adopta un criterio estricto para determinar el alcance de la reserva de Ley orgánica, que afecta la regulación del contenido esencial de un derecho fundamental, y que no alcanza el artículo 211.2 CC, máxime cuando el procedimiento de autorización del internamiento garantiza la posibilidad de defensa y oposición.

El fallo de la STC 131/2010 declara inconstitucional tanto la disposición final 23.<sup>a</sup> de la LOPJM por declarar el carácter de ordinario de una materia reservada a ley orgánica, como el artículo 211.1 CC en la redacción dada por la disposición final 12.<sup>a</sup> de la LOPJM, por regular materia reservada a Ley orgánica. Este precepto es inconstitucional, pero no nulo. El TC recuerda que no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad (SSTC 273/2005, 236/2007 y 120/2010, entre otras). Para evitar que se produzca un vacío en el ordenamiento jurídico, y dado que no se ha cuestionado su contenido material, el precepto declarado inconstitucional despliega todos

sus efectos hasta su derogación por la Ley 1/2000, es decir, hasta el 8 de enero de 2001.

Y como al artículo 763 LEC, por ser Ley ordinaria, se le pueden hacer los mismos reproches de inconstitucionalidad que al artículo 211 CC, el Juzgado de Primera Instancia de A Coruña interpuso cuestión de inconstitucionalidad contra dicho precepto. La STC 132/2010 declara la inconstitucionalidad de los párrafos 1 y 2 del precepto. Estos párrafos hacen referencia a la habilitación al juez para acordar la medida de internamiento forzoso de las personas que padecen trastornos psíquicos, y no se ven afectados los párrafos que establecen las reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial de internamiento. Al igual que la sentencia anterior (STC 131/2010), la STC 132/2010 señala que en este caso la inconstitucionalidad no conlleva la nulidad del precepto, *«pues esta última crearía un vacío en el ordenamiento jurídico no deseable, máximo no habiéndose cuestionado su contenido material.»* (FJ 3.º). Esta STC 132/2010 termina instando al legislador *«para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica.»* Mientras tanto, deberemos seguir aplicando un precepto que ha sido declarado inconstitucional que no nulo, porque adolece de defectos formales pero no materiales o de fondo.

### **STC 133/2010, de 2 de diciembre**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Casas Baamonde.**

**Conceptos: Derecho a la educación. Escolarización obligatoria de menores de edad que reciben la educación en sus domicilios. Alcance del concepto escolarización.**

**Preceptos de referencia: Artículo 27 CE.**

El recurso de amparo se dirige contra las Sentencias por las que se ordenaba la escolarización de los hijos menores de los demandantes de amparo, que recibían enseñanza en su propio domicilio. Los recurrentes alegaron que sus hijos hablan cinco idiomas y reciben clases de música, matemáticas, ciencias y lengua, así como una educación ética bastante completa y adecuada y que con ello no se les está causando ningún perjuicio.

La cuestión central es la relativa a la vulneración del derecho a la educación. La posible lesión del derecho descansa en dos premisas. En primer término, se alega que la libertad de los recurrentes para decidir que sus hijos reciban la enseñanza básica en su propio hogar, se encuentra protegida por el artículo 27 CE, que proclama el derecho de todos a la educación reconociendo al tiempo la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) y el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). En segundo lugar, en este contexto nos encontraríamos, al parecer de los recurrentes, ante una *«laguna legislativa; pues no aparece en nuestra legislación nada referente a la enseñanza que no sea en centros docentes»*, de tal manera que los órganos judiciales, en lugar de *«haber[la] suplido con una interpretación abierta y conforme al momento histórico, social y político en que vivimos»*, la habrían integrado mediante una decisión vulneradora de la libertad constitucional señalada en primer lugar.

Respondiendo a estas apreciaciones el TC considera que: «el origen de la lesión alegada en la demanda de amparo no se encontraría en las resoluciones judiciales impugnadas sino, en su caso, en la disposición legislativa que éstas aplican puntualmente al supuesto de autos. En efecto, pese a lo que aducen los recurrentes no nos encontramos aquí en modo alguno ante una laguna normativa: la cuestión de si la escolarización en la edad correspondiente a los hijos de los recurrentes en amparo debe o no ser obligatoria ha sido decidida expresamente, en sentido afirmativo, por el legislador, pues el artículo 9 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (en adelante LOCE), vigente en el momento en que se dicta la Sentencia del Juzgado aquí recurrida, establece que la enseñanza básica, además de ser obligatoria y gratuita (apartado 1) en los términos del artículo 27.4 CE, “incluye diez años de escolaridad”, de tal manera que se “iniciará a los seis años de edad y se extenderá hasta los dieciséis” [apartado 2; en el mismo sentido, cfr. el vigente artículo 4.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante LOE)]. Quiere ello decir que la conducta de los padres ahora recurrentes en amparo consistente en no escolarizar a sus hijos supone el incumplimiento de un deber legal –integrado, además, en la patria potestad– que resulta, por tanto, en sí misma antijurídica. No hay, pues, laguna normativa de ninguna clase» (FJ 4).

Una vez dicho esto, ha de precisarse si la imposición normativa del deber de escolarización de los hijos de entre seis y dieciséis años, es o no respetuosa con los derechos fundamentales alegados, resultando que: «La invocada facultad de los padres de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico no está comprendida, ni siquiera prima facie, en ninguna de las libertades constitucionales que la demanda invoca y que el artículo 27 CE reconoce (...) No lo está, en primer lugar, en la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) (...) La libertad de enseñanza de los padres se circunscribe en este contexto, por tanto, a la facultad de enseñar a los hijos sin perjuicio del cumplimiento de su deber de escolarización, de una parte, y a la facultad de crear un centro docente cuyo proyecto educativo, sin perjuicio de la inexcusable satisfacción de lo previsto en el artículo 27.2, 4, 5 y 8 CE, se compadezca mejor con sus preferencias pedagógicas o de otro orden (...) tampoco está comprendida, en segundo lugar, en el derecho de todos a la educación (art. 27.1 CE), que, dejando ahora a un lado su dimensión prestacional, no alcanza a proteger en su condición de derecho de libertad la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos. (...) el derecho a la educación en su condición de derecho de libertad no alcanza a proteger, siquiera sea prima facie, una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no escolarización en centros homologados de carácter público o privado» (FJ 5).

En relación al alcance del artículo 27 CE, el TC lo integra con lo establecido en la normativa internacional, en concreto hace referencia al «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), cuyo artículo 18.4 reconoce “la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) ( RCL 1977, 894 ), cuyo artículo 13.3 reconoce el derecho de los padres o tutores a “escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas (...) y hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus pro-

*pias convicciones”. A la misma conclusión se llega en atención al artículo 2 del Protocolo adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), que reconoce el derecho de los padres a asegurar que la educación y enseñanza de sus hijos resulte “conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”, sin que, de acuerdo con su interpretación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), éstas puedan amparar cualquier consideración independientemente de cuál sea su naturaleza (cfr., entre otros, Caso Kjeldsen, Sentencia de 7 de diciembre de 1976 (TEDH 1976, 5))» (FJ.6).*

Además de por esta razón, el amparo se desestima por un segundo motivo: *«La escolarización sirve para garantizar una adecuada transmisión de conocimientos a los alumnos, pero debe servir también de garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales, una finalidad ésta que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización» (FJ.7).*

*«En definitiva, la medida propuesta como alternativa en la demanda de amparo quizás resulte menos restrictiva desde la perspectiva del derecho de los padres reconocido en el artículo 27.3 CE, pero en modo alguno resulta igualmente eficaz en punto a la satisfacción del mandato que la Constitución dirige a los poderes públicos en el artículo 27.2 CE y que constituye, al tiempo, el contenido del derecho a la educación reconocido en el artículo 27.1 CE. Por lo demás, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que la apreciación de que estos objetivos no pueden «ser satisfechos en la misma medida por la educación en el propio domicilio, incluso en el caso de que ésta permitiera a los niños la adquisición del mismo nivel de conocimientos que proporciona la educación escolar (...) no es errónea y que cae dentro del margen de apreciación que corresponde a los Estados signatarios en relación con el establecimiento y la interpretación de las normas concernientes a sus correspondientes sistemas educativos» (Caso Konrad v. Alemania, Decisión de admisibilidad de 11 de septiembre de 2006, núm. 35504/2003) (FJ 8).*

El alcance de la restricción ha de ser en todo caso relativizado en la medida en que, los padres pueden influir en la educación de sus hijos tanto fuera como dentro de la escuela: dentro porque los poderes públicos siguen siendo destinatarios del deber de tener en cuenta las convicciones religiosas particulares, y fuera de ella porque los padres continúan siendo libres para educar a sus hijos después del horario escolar y durante los fines de semana, de modo que el derecho de los padres a educar a sus hijos de conformidad con sus convicciones morales y religiosas no resulta completamente desconocido. A esto se debe añadir que los padres pueden ejercer su libertad de enseñanza a través del derecho a la libre creación de centros docentes (art. 27.6 CE). *«Según ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la “escolarización obligatoria en el ámbito de la educación primaria no priva a los padres demandantes de su derecho a ‘ejercer sobre sus hijos las funciones de educadores propias de su condición parental, ni a guiar a sus hijos hacia un camino que resulte conforme con sus propias convicciones religiosas o filosóficas’ (véase, mutatis mutandis, Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen v.*

*Dinamarca (TEDH 1976, 5), cit., pp. 27-28, apartado 54; Efstratiou v. Grecia, Sentencia de 18 de diciembre de 1996 (TEDH 1996, 71) Repertorio de Sentencias y Decisiones, 1996-VI, p. 2359, apartado 32) (Caso Konrad v. Alemania, Decisión de admisibilidad de 11 de septiembre de 2006, núm. 35504/2003)» (FJ.8).*

En definitiva: «*La Constitución española no prohíbe al legislador democrático configurar la enseñanza básica obligatoria (art. 27.4 CE) como un período de escolarización de duración determinada (cfr. arts. 9.2 LOCE y 4.2 LOE) durante el cual quede excluida la opción de los padres de enseñar a sus hijos en su propio domicilio en lugar de proceder a escolarizarlos. Según se ha comprobado, esa configuración legislativa no afecta en el caso presente a los derechos constitucionales de los padres (art. 27.1 y 3 CE), (...). Con todo, ésta no es una opción que venga en todo caso requerida por la propia Constitución que, efectivamente, no consagra directamente el deber de escolarización, ni mucho menos otros aspectos más concretos de su régimen jurídico (...). Quiere ello decir que, a la vista del artículo 27 CE, no cabe excluir otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo y, en particular, a la enseñanza básica, sin que ello permita dejar de dar satisfacción a la finalidad que ha de presidir su configuración normativa (art. 27.2 CE) así como a otros de sus elementos ya definidos por la propia Constitución (art. 27.4, 5 y 8 CE)» (FJ 9).*

#### **STC 136/2010, de 2 de diciembre**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Pérez Tremps.**

**Conceptos: Arbitraje y derecho a la tutela judicial efectiva. Renuncia al derecho y renuncia a las acciones. Necesaria voluntariedad del arbitraje. Arbitraje impuesto como condición para una operación de fusión empresarial. Conducta suficientemente expresiva del ánimo de renunciar. Arbitraje institucional.**

**Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE.**

Entre las condiciones para la aprobación por parte del Consejo de Ministros de la integración de *Vía Digital* en *Sogecable* se incluyó la obligación de presentar ante el Servicio de Defensa de la Competencia un plan de actuaciones que, necesariamente, debía incorporar un mecanismo de arbitraje privado destinado a resolver los conflictos que pudieran suscitarse con terceros operadores. Si no se llegaba a un acuerdo sobre la designación de árbitros, *Sogecable* propondría como árbitro independiente a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, sujetándose el procedimiento a las normas que regulan la función arbitral de esta Comisión. El plan fue efectivamente presentado en los términos requeridos y aprobado.

En ese marco, *Telecable Asturias* solicitó a *Sogecable* la formalización de una oferta para la transmisión de determinados canales temáticos. Las gestiones, sin embargo, resultaron infructuosas y, al fin, *Telecable Asturias* formalizó demanda de arbitraje contra *Sogecable* ante la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones.

*Sogecable* se opuso a la demanda alegando, entre otras razones, la inexistencia de un convenio arbitral entre las partes y el incumplimiento del procedimiento arbitral previsto en el plan de actuaciones. Asimismo planteó la

recusación de los miembros de la Comisión por haber intervenido en un expediente administrativo previo. Pese a ello la Comisión se declaró competente. La impugnación judicial de tal declaración fracasó. Lo mismo sucedió más tarde con la impugnación del propio laudo arbitral, que fue desestimada por sentencia de la AP de Madrid.

En esta tesis *Sogecable* interpuso recurso de amparo. Alegaba, básicamente, que la resolución de la Audiencia había vulnerado el derecho a la tutela judicial por haber argumentado de forma irrazonable la existencia de un convenio arbitral, y aceptar en definitiva un arbitraje impuesto legalmente, contra el criterio de la STC 134/1995. Subsidiariamente, denunciaba la incorrecta designación de árbitros, la ausencia de independencia e imparcialidad de éstos y el hecho de que no se trata de abogados en ejercicio. La demanda de amparo, sin embargo, se desestima.

1. La sentencia resume en primer lugar la doctrina constitucional en materia de arbitraje, empezando por su admisibilidad. El carácter irrenunciable e indisponible del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), recuerda el TC, resulta compatible con «*la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio.*» (FJ 2). Es cierto que la renuncia, añade, debe ser «*explícita, clara, terminante e inequívoca.*». Pero, en aras de «*la protección que se debe dispensar a la buena fe*», también puede «*inferirse de la conducta de los titulares del derecho*», siempre que sea «*suficientemente expresiva del ánimo de renunciar*» (FJ 2, con remisión a la STC 65/2009). Lo que, en cambio, no resultaría admisible es «*la imposición obligatoria e imperativa del sometimiento a arbitraje (por todas, STC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3)*» (FJ 2). El control constitucional, por tanto, se limita a la verificación de la voluntariedad del arbitraje.

Asimismo recuerda la sentencia que tanto el procedimiento como el laudo quedan fuera de la jurisdicción constitucional. Ésta sólo entra en juego cuando se trata de actos referibles a algún poder público. «*De ese modo, las garantías contenidas en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) sólo pueden ser proyectadas respecto del control jurisdiccional que se desarrolle sobre las fases del procedimiento arbitral previstas en la legislación, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje, el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo (por todas, STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 2)*» (FJ 2).

2. En cuanto al caso concreto, la Audiencia había entendido que la voluntad de someterse a arbitraje quedaba suficientemente acreditada dados los términos del plan de actuación presentado por *Sogecable* ante el Servicio de Defensa de la Competencia. El TC considera que esta argumentación es respetuosa con la exigencia de motivación de las decisiones: «*Excluido que en este caso el sometimiento a arbitraje haya sido impuesto por ley, la conclusión sobre la efectiva voluntad de la recurrente de que controversias como la planteada fueran resueltas por un procedimiento arbitral con renuncia a la vía judicial se ha inferido de una conducta suficientemente expresiva del ánimo de renunciar, como es el hecho de que fue una de las condiciones contenidas en el acuerdo para la operación de concentración económica y que expresamente se aceptó y desarrolló en el plan de actuación presentado por la recurrente*» (FJ 3). «*Tampoco cabe apreciar ningún defecto de motivación con trascendencia constitucional en la respuesta judicial obtenida para desestimar la corrección de la designación de árbitros, el rechazo de la*

*causa de recusación de los árbitros y la carencia de la condición profesional exigida por la Ley para el arbitraje» (FJ 4). «Igualmente, se destaca en la resolución judicial impugnada, en cuanto a la carencia de la condición de abogados en ejercicio de los árbitros y la concurrencia de la causa de recusación, que era de aplicación la doctrina de los actos propios, ya que se trataba de un arbitraje institucional asumido voluntariamente por la recurrente, que conocía tanto que los miembros de la Comisión no tenían la condición de abogados como su carácter de organismo administrativo, señalando, además, que no concurría ninguna de las causas de recusación establecidas en la Ley de arbitraje» (FJ 4).*

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Nota de Jurisprudencia

### Erosiones en el contractualismo y abuso de las cláusulas abusivas (Comentario de la STS de 8 de abril de 2011)

**LUIS DíEZ-PICAZO**  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

Don Carlos Maria, que era y es hoy todavía abogado de profesión y está integrado en un bufete prestigioso, celebró, en su momento, un contrato de arrendamiento de servicios con don Anselmo para defender los intereses de éste en un proceso divisorio de la herencia de doña Manuela.

En ese contrato de arrendamiento de servicios, que se plasmó por escrito, se reconocían a favor del abogado dos especiales facultades.

*a)* La primera era fijar de acuerdo con sus criterios profesionales, los honorarios que pudieran tener derecho a percibir en el curso de su actividad.

*b)* La segunda permitía al abogado (y se supone que al bufete al que pertenecía) percibir una determinada suma si se prescindía de sus servicios. Según se transcribe, aunque parcialmente, en la sentencia, la cláusula decía así:

«si por cualquier circunstancia don Anselmo decidiera prescindir de los servicios de Abogados, los honorarios quedaran fijados en el quince por ciento del valor de su participación en el herencia, según la valoración más alta de la que se tenga conocimiento y serán satisfechos en el momento de la retirada del asunto».

Don Anselmo era padre y causante de la que luego resultó demandada en el pleito que era doña Celia. No se conoce bien en qué momento se decidió desistir del contrato, o hacerlo unilateralmente y quien fue el autor de este desistimiento. En cualquier caso, ello provocó que se formulara una demanda

contra doña Celia en reclamación de 239.366,23 euros. La demanda la plantearon los abogados y se seguía contra la hija y heredera de la persona que inicialmente había contratado con ellos.

En primera instancia se había estimado parcialmente la demanda y se había condenado a la demandada al pago de una suma de alrededor sesenta mil euros más los intereses legales de esa cantidad, pero se estimó parcialmente la demanda reconvenzional y se declaró nula, y por tanto como no puesta, la última línea de la estipulación contractual, pero sin declarar la nulidad del párrafo central de ella. Hay que decir, inmediatamente, que resulta muy difícil por no decir imposible saber con el texto de la sentencia cual era la última línea y cual era al párrafo central.

Apelaron ambas partes la resolución del Juzgado y la Audiencia de la Provincia (que era Valladolid), estimó parcialmente el recurso de la actora y desestimó totalmente el formulado por la demandada. Como consecuencia de ello, revocó parcialmente la sentencia del Juzgado en el único sentido de señalar que la suma que se debía abonar al actor era la cantidad de alrededor ciento cincuenta y ocho mil euros. Argumentaba la sentencia que no resultaban de aplicación al caso los preceptos en cuya presunta infracción se sustentaba el recurso, puesto que no se trataba de fijación de condiciones generales de la contratación impuestas a consumidores y usuarios, ni se estaba ante una estipulación abusiva impuesta contra las exigencias de la buena fe, sino que el contrato podía ser resuelto unilateralmente en cualquier momento por quien habría contratado la prestación del servicio.

El Tribunal Supremo en la sentencia mencionada estimó el recurso de la demandada y dijo, entre otras cosas, lo siguiente:

«Sin duda lo acordado por los interesados lo fue en virtud del principio de *autonomía de la voluntad* que se recoge en el artículo 1255 CC. Ahora bien, este principio se desenvuelve con las *limitaciones* propias que imponen las exigencias de la buen fe o la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos –artículo 1258 CC–, que *también recoge la normativa propia de consumidores y usuarios*, con lo que se trata de evitar que se produzca un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones que resultan del acuerdo retributivo, como aquí sucede, pues es evidente que lo que se convino en el contrato *penaliza* de forma clara y grave al cliente desde el momento en que es la voluntad del profesional la que impone de forma encubierta los requisitos del servicio jurídico que presta el bufete para impedir que el cliente pueda resolver unilateralmente el contrato con evidente y grave limitación de su derecho de defensa, pues sólo será posible hacerlo mediante el desembolso de una *indemnización desproporcionalmente alta* que no tiene como correlativo un pacto que ampare su situación en el supuesto de que quisiera resolver el contrato sea cual sea el motivo y en que momento. Se trata, en definitiva, de una *cláusula abusiva* y, por tanto, nula, que no mantiene una reciprocidad real y equitativa de las obligaciones asumidas por ambos contratantes».

(Las cursivas son nuestras)

### 1. Un ejemplo casi paradigmático del anticontractualismo. La búsqueda de la «equidad contractual» como *desideratum*

Me ha llamado la atención la sentencia que da origen a estas líneas, porque cumple bastante bien lo que reza el epígrafe en este momento. Existe latente un anticontractualismo un poco por doquier, que, en el fondo, es una desconfianza en lo que las personas hayan por su cuenta pactado y la tentación de introducir en ello inyecciones de «equidad contractual». Los órganos jurisdiccionales cumplen así un deseo siempre existente en ellos que es antes de nada hacer justicia, sin darse cuenta de que, como el autor de estas líneas ha dicho alguna vez, pretender hacer justicia es la peor manera de cumplir la función que a cada uno le encomiendan las leyes y, especialmente, la Constitución.

No discutiré que se ha introducido en nuestra cultura jurídica no se si por obra de los telefilmes o por otra vía parecida, una cultura norteamericana en la cual los jueces, según dicen, hacen el derecho o cumplen lo que podemos llamar el valor creativo de la función jurisdiccional, a veces sin darse cuenta de que ello es contrario a la Constitución, que prohíbe que los jueces establezcan normas jurídicas de carácter general. Además, con las inyecciones «de equidad contractual» el resultado es algo que tiene ya poco de contrato como expresión de la libertad de las personas, y se convierte en un enganche de una actividad jurisdiccional por donde resulta que las obligaciones son producto de una doble paternidad: las partes y los jueces.

No discutiré que el anticontractualismo es algo latente que pudo ganar espacio en le época de la economía intervenida, pero hoy me parece que está por completo fuera de lugar. Al hablar de la autonomía de la voluntad, epígrafe que va unido inmediatamente después a otro que dice «rectificación y limitación del actuar; la concepción social del contrato», José Castán Tobeñas, en su conocida obra de «Derecho civil español, común y foral», III, 7.º ed., Madrid, 1951, decía, entre otras muchas cosas, las siguientes: «Hay que confesar que en algunos otros puntos concede la ley civil un *excesivo respeto* a las convenciones privadas, en *detrimiento de la equidad* y de las *exigencias morales*. Nótese que en el Derecho moderno han desaparecido instituciones como el beneficio de competencia y el recurso de rescisión por lesión, que atenuaban en otros tiempos el rigor de los principios jurídicos, y que al amparo de la libertad de contratación y aun de disposiciones concretas del código, inspiradas en teorías abstractas o tradicionales, caben innumerables *abusos* y *verdaderas injusticias*, lo mismo dentro de la compraventa que del arrendamiento y de los demás contratos». (Las cursivas siguen siendo nuestras.)

Ello, como decía, pudo ser reflejo de la economía intervenida en la que esa llamada «concepción social del contrato» parecía que iba a imperar, pero es también una absoluta desconfianza de las posibilidades de los individuos libres. El corregir los innumerables abusos y las innumerables injusticias en detrimento de la equidad o de las exigencias morales es, probablemente desde el punto de vista de la dignidad de las personas, mucho peor, pues finalmente no se sabe la razón por la cual hay que proteger a unos en detrimento de los otros.

Tampoco negaré que en determinados supuestos el ordenamiento puede permitir lo que he llamado inyecciones de equidad contractual, pero son casos y supuestos muy concretos y contados. En principio a mi me parece que hay solamente dos: uno de ellos es la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o de la doctrina de la base del negocio, cuando las nuevas circuns-

tancias han creado una situación de onerosidad sobrevenida que hay que corregir para devolver el contrato a las coordenadas en que las partes lo situaron. La otra está en el Derecho inglés cuando admite la impugnación de los contratos en los casos de «duress» y de «interutue influence».

En la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, que elaboró la Comisión General de Codificación en el año 2009, con origen como he dicho en el Derecho inglés, se recogió en el artículo 1.301 un supuesto de posible anulación de los contratos que recoge las categorías antes mencionadas.

En efecto, dice este artículo «una de las partes puede anular el contrato que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que se ha aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión». El precepto añade que «a petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico».

Pero se observará enseguida que el supuesto del artículo 1.301 y de la «dureza» guarda más relación con la anulación de los contratos usurarios que con el supuesto del pleito que la sentencia que comentamos decide.

Por consiguiente, por las líneas que estamos transitando hasta ahora es muy difícil alcanzar las conclusiones que la sentencia quiso buscar, probablemente en aras de una intuitiva justicia que procedía más de los sentimientos que del análisis sopesado de las circunstancias.

## **2. Límites de la autonomía de la voluntad y límites de los derechos subjetivos**

La sentencia que comentamos dice, lo que es perfectamente lógico, que la autonomía de la voluntad tiene sus límites, que son aquellos de los que se precisa usar para no dotar de todo valor al pacto a que las partes hayan llegado, y señala que entre tales límites se encuentra, la buena fe y el abuso del derecho, con referencia indiscutible al artículo 7 CC. Sin embargo, al hacer este tipo de afirmaciones comete, en nuestra opinión, algunos errores flagrantes. Los límites de la autonomía de la voluntad se encuentran fijados –y ello nunca ha sido discutido– en el artículo 1.255 y son las leyes imperativas, la moral y el orden público conceptos con los que se puede abrir algún juego. La buena fe en el artículo 7 CC, tal y como quedó redactado tras la reforma de 1974, y el abuso del derecho, son límites del ejercicio de los derechos subjetivos y significan que los derechos subjetivos ya adquiridos no pueden ejercitarse en forma que sea contraria con los módulos establecidos. Por consiguiente, no hay nada en el artículo 7 CC que resulte aplicable a la contratación. A veces se ha hablado de abuso de la contratación, pero esta es una expresión enormemente errónea sin que en este momento haya que justificarlo más.

## **3. Las cláusulas abusivas y las condiciones de su posible declaración**

La sentencia recurre finalmente a la idea de «cláusulas abusivas», que es una idea que naturalmente a los partidarios de la «equidad contractual» les

produce un especial agrado. Puede señalarse que alguna tendencia moderna, como ocurre de manera especial con los Principios de Derecho Contractual Europeo, ha mantenido la línea de crear una regla de nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos de Derecho común. En la antes citada Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos se puede encontrar el artículo 1.262, que refleja esa línea procedente de los PLC, y dice el precepto que «las cláusulas no negociadas individualmente serán nulas por abusivas cuando causen, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio significativo en los trechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato». Aunque después dice que «el carácter abusivo no alcanzará a las pretensiones que sean objeto principal del contrato». Es, naturalmente, una propuesta que no ha recibido –y que es posible que no reciba nunca– el marchamo del legislador. En el Derecho vigente las cláusulas abusivas parece que necesitan cumplir tres requisitos:

1.º Solamente se pueden valorar como abusivas cláusulas insertas en contratos con consumidores, es decir, en contratos de consumo en que una de las partes sea un consumidor. Y en el caso actual no se podrá decir que el contrato tenía por objeto consumir, como consumidores servicios de abogados.

2.º Las cláusulas se tienen que encontrar dentro de condiciones generales de la contratación, hipótesis que en el caso que estamos examinando no se menciona en absoluto.

3.º Para que se pueda valorar una cláusula como abusiva es preciso que no haya sido negociada individualmente, cosa de la que en el caso presente no sabemos nada.

Por ultimo, habrá que discutir si las prestaciones previstas para el momento de resolución unilateral, o como se le quiera llamar, de la relación contractual, eran o no un objeto principal del contrato y no un accesorio.

La conclusión que hay que sacar de ello es que traer a colación la idea de cláusula abusiva es un recurso abusivo al que nos estamos malamente acostumbrando *contra legem*.

#### 4. La posible consideración del pacto como una cláusula penal

Es la ultima de las posibilidades que en la sentencia no entra en juego aunque en algunos momentos y muy de pasada se hable del carácter penal o de la penalización. Tendríamos que admitir que existían como algo implícito un pacto prohibitivo del vencimiento unilateral salvo que se tratara de una resolución por incumplimiento. Si así fuera la arbitraria resolución unilateral podría ser considerada como un incumplimiento sujeto a la penalización o multa convencional en los términos que admite el art. 1.154 CC.

Probablemente, si lo que se quería era moderar o inyectar equidad contractual por decirlo con nuestras palabras, es muy posible que esta hubiera sido una vía salida mucho mas idónea. Nosotros seguiremos creyendo que los contratos son la base del desarrollo económico de una sociedad, y que no es conveniente que forme parte de una verdadera política social, ayudar a los contratantes que se hayan equivocado.



## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep M.<sup>a</sup> BECH SERRAT, Mònica CASADELLÀ SÁNCHEZ, M.<sup>a</sup> Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, María LUBOMIRA KUBICA, Andrea MACÍA MORILLO, Patricia MARISCAL GARRIDO-FALLA, Sara MARTÍN SALAMANCA, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Alfons SURROCA COSTA.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

### DERECHO CIVIL

#### PARTE GENERAL

**1. Excepción a la irretroactividad de las normas civiles interpretativas o aclaratorias. Renuncia del usufructuario como causas de extinción del usufructo. Reclamación del incremento del valor de las acciones usufructuadas.**–Si bien el artículo 2.3 CC dispone que las leyes no tendrán un efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, la regla «*tempus regit actum*» que recoge tiene diversas excepciones y entre ellas, en el ámbito civil, cuando se trate de normas interpretativas o aclaratorias (SSTS de 3 de junio de 1995, de 24 de noviembre de 2006 y de 15 de octubre de 2008). Por tanto, dicho principio de irretroactividad no impide que las lagunas de regulación de la Ley

de Sociedades Anónimas de 1951 puedan cubrirse a la luz de las normas interpretativas de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989. Así, la Ley de 1951 guardó silencio sobre las reglas a aplicar en el caso de extinción del usufructo y la Ley de 1989, al regular la liquidación del usufructo, se limitó a explicitar unas reglas silenciadas, sin introducir modificación alguna (SSTS de 22 de octubre de 1990, de 6 de marzo de 1991, de 9 de abril de 1992, de 24 de noviembre de 2006 y de 20 de abril de 2009). Por todo ello, los supuestos surgidos durante la vigencia de la anterior norma, deberán ser interpretados en base al artículo 68. 1 de la ulterior ley en lo que a las consecuencias derivadas de la extinción del usufructo se refiere, permitiendo al usufructuario, finalizado el usufructo, exigir al nudo propietario el incremento de valor experimentado por las acciones usufructuadas. (STS de 27 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos.]

HECHOS.—En 1975 demandante y demandado otorgan escritura pública de capitulaciones matrimoniales en la que se constituye un derecho de usufructo a favor de la parte actora sobre las acciones de una sociedad. En vista de la política de crear reservas y no distribuir dividendos de la sociedad, en el año 2001 la usufructuaria renuncia a su usufructo. Tras ello, interpone una demanda contra el nudo propietario de dichas acciones en reclamación del incremento estimado del valor de éstas durante el usufructo.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda, por entender que con arreglo a la normativa vigente en el momento de la constitución del usufructo (Ley de Sociedades Anónimas de 1951) no corresponde a la usufructuaria dicho incremento del valor de las acciones.

La sentencia de apelación, por el contrario, estimó el recurso y la demanda interpuesta por la usufructuaria, al sostener aplicable a la liquidación del usufructo la solución prevista en el artículo 68 de la Ley de Sociedades Anónimas vigente en el momento de la renuncia (Ley de 1989).

Contra la expresada sentencia el demandante interpone recurso de casación. Alega la inaplicación del artículo 2.3 CC y de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de retroactividad de las normas. El Tribunal Supremo desestima este recurso y confirma la sentencia impugnada.

NOTA.—Para entender el exacto alcance del recurso es necesario constatar las normas vigentes y las derogadas. La Ley de Sociedades Anónimas de 1951 no regulaba ninguna regla aplicable en el caso de liquidación del usufructo, ya fuese por extinción del usufructo manteniéndose la sociedad, ya por disolución de la sociedad subsistiendo el usufructo. Este vacío fue completado por la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, que en su artículo 68.1, establece el derecho del usufructuario para, una vez finalizado el usufructo, exigir del nudo propietario el incremento de valor experimentado por las acciones usufructuadas correspondiente a los beneficios de la explotación de la sociedad. Este último precepto ha sido derogado por el artículo 128.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se prueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (G. M. A.)

## 2. Cómputo del plazo tras la interrupción de la prescripción.–

Declara el Tribunal Supremo que, a diferencia de la suspensión, la interrupción de la prescripción implica la amortización del tiempo pasado, que se tiene por no transcurrido, de suerte que, a partir de la interrupción, hay que comenzar a computar el nuevo plazo para que se cumpla el tiempo de la prescripción (SSTS de 6 de marzo de 2003, 2 de noviembre de 2005 y 16 de abril de 2008). La interrupción, por tanto, inutiliza el tiempo transcurrido para el cómputo, mientras que la suspensión lo paraliza (STS de 16 de marzo de 2006 y 12 de junio de 2007). Por tanto, aunque la jurisprudencia propugna una interpretación restrictiva de la prescripción, ello no puede llevar a una ampliación de los plazos legales, ni a la interpretación de los casos de interrupción en sentido extensivo, por la inseguridad e incertidumbre que llevaría consigo la existencia y virtualidad del derecho mismo (STS de 15 de julio y 2 de noviembre de 2005 y 16 de abril de 2008). **(STS de 10 de septiembre de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.–El 15 de diciembre de 2001 tuvo lugar un incendio que causó una serie de daños en una nave industrial. El propietario de la misma reclamó extrajudicialmente la indemnización de los daños la presunta responsable del incendio el 10 de diciembre de 2002 y el 2 del mismo mes, a su aseguradora. Al no haberse producido actuación alguna a este respecto, el propietario de la nave industrial siniestrada llevó a cabo una nueva reclamación extrajudicial contra la presunta responsable del daño el 12 de diciembre de 2003, siendo recibida la reclamación por ésta el día 15. Ante la negativa al pago, interpuso entonces demanda el propietario de la nave industrial, reclamando la mencionada indemnización. La presunta responsable del daño se opuso, alegando la prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual ejercitada. Tal excepción fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia, quien desestimó la demanda. El demandante interpuso entonces recurso de apelación, alegando que el plazo de prescripción interrumpido por reclamación extrajudicial en diciembre de 2002 concluía el 15 de diciembre de 2003, sobre el argumento de que el cómputo del plazo tenía que comenzar, tras cada interrupción, desde el día en que se produjo el hecho dañoso (15 de diciembre de los años sucesivos). La Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia. El propietario de la nave industrial interpuso tras ello recurso de casación, sobre el mismo argumento, que el Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (A. M. M.)

## DERECHO DE LA PERSONA

**3. Derecho al honor, libertad de información y libertad de expresión: ponderación en casos de colisión.–**Como regla general, la jurisprudencia considera que el derecho a la libertad de información y a la libertad de expresión tienen una posición prevalente sobre el derecho al honor (STS de 11 de marzo de 2009). No obstante, en los casos de colisión entre estos derechos fundamentales es preciso llevar a cabo una ponderación para lo que resulta oportuno utilizar distintos criterios. En primer lugar, es oportuno determinar si

la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo o profesión con proyección y notoriedad pública, ya que el peso de la libertad de información en esos supuestos es más intenso (SSTC de 24 de abril de 2002 y 6 de julio de 2009 y SSTS de 17 de diciembre de 1997, 25 de octubre de 2000 y 14 de marzo de 2003). En segundo lugar, la libertad de información para prevalecer sobre el derecho al honor debe cumplir el requisito de veracidad, que no implica total exactitud, a diferencia de la libertad de expresión que protege la emisión de opiniones (entre otras SSTC de 21 de enero de 1988, 12 de noviembre de 1990, 21 de diciembre de 1992, 31 de mayo de 1993, 30 de junio de 1998, 15 de julio y 25 de octubre de 1999 y 27 de febrero de 2006) y; finalmente, en tercer lugar, la transmisión de la noticia no puede sobrepasar el fin informativo dándole un matiz injurioso desproporcionado o denigrante, dado que no se reconoce un derecho al insulto (SSTC de 5 de mayo de 2000, 6 de mayo de 2002, 19 de junio de 2006, 17 de enero, 4 de junio de 2007 y 14 de abril de 2008 y SSTS de 18 de febrero y 17 de junio de 2009).

Por todo ello, el derecho a la libertad de información del presidente de una comunidad de propietarios en relación con la gestión de su predecesor en el cargo se encuentra amparado por el cargo de representación que ostenta y por su deber de informar al resto de comuneros. La información sobre las irregularidades en la gestión tienen relevancia pública para el conjunto de los propietarios de la comunidad y la crítica a las actuaciones del gestor anterior está amparada por el derecho a la libertad de expresión. Si en estos casos se antepusiera el derecho al honor de dichos gestores, cualquier crítica de su gestión sería obstaculizada; así la carga de asumir la crítica severa e incluso inconveniente se impone a quienes se ven involucrados en estos cargos representativos (**STS de 26 de octubre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor, don E. antiguo presidente de una comunidad de propietarios, demanda por supuesta intromisión ilegítima en su derecho al honor a don L., actual presidente de la comunidad. El demandado redactó una comunicación e informe que remitió a todos los copropietarios con ocasión de la celebración de una junta extraordinaria, donde daba cuenta de las supuestas irregularidades cometidas por el actor en la gestión de la comunidad y afirmaba que era hora de «poner a raya al señor don E.».

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por considerar que las expresiones fueron vertidas en el seno de una situación conflictiva existente en una comunidad de propietarios sobre cuestiones que afectan a todos los copropietarios, sin que las referencias al actor en esas circunstancias constituyan una intromisión ilegítima en el honor del mismo. La Audiencia Provincial confirma la sentencia recurrida. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo, igualmente, lo desestima. (*S. E. M.*)

**4. Ponderación entre libertad de información y derecho a la intimidad. Doctrina general del Tribunal Supremo.**—La técnica de ponderación exige valorar tanto el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión como el peso relativo de ambos. En este último sentido, debe tenerse en cuenta si la información tiene relevancia

pública o interés general, en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales o se trata, simplemente, de satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones. En concreto frente al derecho al honor, la información difundida debe cumplir el requisito de veracidad, por la que se entiende el resultado de una razonable diligencia por constar la noticia de acuerdo con las pautas profesionales. Cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no sólo al personaje a quien corresponde el ejercicio de funciones oficiales, sino también a terceras personas, debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a éstas está justificada por razón de su carácter accesorio en relación con el personaje político al que se refiere, la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate y la aceptación por el tercero de su relación con la persona afectada como personaje político. La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público. Por último, la ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico.

**Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso concreto.**—La persona afectada goza de cierta celebridad y conocimiento público pero esta celebridad no deriva de ejercicio de funciones públicas, lo que hace débil el grado de afectación de la libertad de información frente a la protección del derecho a la intimidad. Además, la captación tuvo lugar, al menos en parte sustancial, en el interior del domicilio de la demandante, tras una puerta de cristal. Se verificó mediante inmisión en ámbitos físicos considerados típicamente reservados a la vida personal y familiar. Comprendía escenas de la vida privada, acordes con la existencia de una relación personal. La información se refería a hechos que objetivamente forman parte de la intimidad de las personas y se encaminaba a divulgarlos. Por último, no existe prueba alguna de que la demandante consintiera la revelación de los aspectos de su vida privada divulgados, ni que con anterioridad hubiera dado lugar, mediante sus pautas de comportamiento, a entender que las escenas divulgadas, se hallaban total o parcialmente privadas de carácter doméstico.

**Revisión en casación de la cuantía de indemnizaciones por resarcimiento de daños.**—Esta Sala tiene reiterado que tal revisión no tiene acceso a la casación, salvo que se revise por error notorio o arbitrariedad cuando existe una notoria desproporción, o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación del *quantum*. En este caso, la Sala considera que la fundamentación del motivo presentado es insuficiente para desvirtuar las apreciaciones de la sentencia recurrida, pues no se aportan datos objetivos o precedentes que, en aplicación de los criterios previstos en la LPDH, sean suficientes para justificar el incumplimiento o la defectuosa aplicación de los criterios establecidos en la LPDH, la notoria desproporción de la indemnización concedida, o su falta de equidad o desigualdad en relación con casos similares, teniendo en cuenta que la fijación de la cuantía de la indemnización, que parte de la importancia notoria

del medio en que se produjo la difusión, se realiza mediante una comparación con supuestos de daño moral contemplados en diversas sentencias de los tribunales, aunque no sean sobre idéntica materia, y se apoya expresamente en el hecho de que la parte demandada, pudiendo hacerlo, no aportó datos sobre determinados factores que según el artículo 9 LPDH pueden ser reveladores de la gravedad de la lesión efectivamente producida. (**STS de 8 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—Doña Claudia solicitó de A3T la indemnización de 90.000 euros en concepto de indemnización por el daño moral producido en virtud de una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad, consistente en un programa producido y emitido por la entidad demandada se reprodujo una grabación obtenida a través de las ventanas en el interior de una propiedad privada, en la que se la observa con su pareja despidiéndose en el interior de su casa, y se completaron las imágenes con una voz en off que realizaba comentarios en tono sarcástico e hiriente. El Juzgado estimó parcialmente la demanda y, entre otros extremos, condenó a la demandada al abono de una indemnización de 3.000 € en concepto de daños morales. La Audiencia Provincial, estimando el recurso interpuesto por la actora, revocó la sentencia recurrida únicamente en cuanto a la cuantía de la indemnización concedida, que elevó a 90.000 €. (S. M. S.)

**5. Libertad de expresión y libertad de información. Necesidad de distinción.**—Declara el Tribunal Supremo que el libre ejercicio de los derechos de libre expresión y libre información garantizan un interés constitucional relevante, como es la formación y existencia de una opinión pública libre, condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático. Ambos vienen reconocidos en el artículo 20 de la Constitución, y su distinción no es sencilla, puesto que, como declara el Tribunal Constitucional (SSTC 29/2009 y 77/2009, respectivamente, de 26 de enero y 23 de marzo), la expresión de pensamientos, ideas y opiniones —garantizada por la libertad de expresión— necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos —garantizada por el derecho a la libertad de información— y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o una vocación a la formación de una opinión. Sin embargo, tal distinción es necesaria porque, en caso de colisión de tales derechos con los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen, la ponderación sobre la primacía de unos u otros opera de forma diferente. Por tanto, el primer paso que hay que dar antes de entrar a cualquier ponderación, es determinar si el derecho que entra en conflicto con el honor, la intimidad o la propia imagen es la libertad de expresión o la de información.

**Derecho a la intimidad como límite a la libertad de información.**— Definido por numerosas sentencias el derecho a la intimidad como la garantía al individuo de un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares (entre otras, SSTS de 16 de noviembre de 2009 y 8 de febrero de 2010 y SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre y 115/2000, de 10 de mayo), su

delimitación cuando entra en conflicto con la libertad de información viene condicionada por dos factores: que la información verse sobre hechos de trascendencia pública, en el sentido de noticiables, y que la información sea veraz. Para lo primero, el Tribunal Constitucional establece que se ha de tener en cuenta la relevancia de la materia, el interés público, su contribución a la formación de una opinión pública libre y la persona objeto de la información (SSTC 107/1988, 172/1990 y 15/1993, entre otras muchas); para lo segundo, afirma la jurisprudencia constitucional que veracidad no debe confundirse con la exigencia de concordancia con una realidad incontrovertible de los hechos, sino que consiste en la exigencia de una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo (v. gr., SSTC 219/1992 y 41/1994).

**Derecho a la propia imagen como límite a la libertad de información.**—El Tribunal Constitucional define el derecho a la propia imagen como el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de un sujeto que pueden tener difusión pública y el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde. El límite a este derecho, cuando entra en colisión con la libertad de información se pondera, a partir de la existencia de un interés público en la captación o difusión de la imagen, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (entre otras, SSTC 156/2001, de 2 de julio y 77/2009, de 23 de marzo).

**Refuerzo de los límites a la libertad de información en el caso de menores de edad.**—Afirma el Tribunal Constitucional que, en el caso de que el conflicto entre los derechos al honor, intimidad o propia imagen, por un lado, y la libertad de información, por otro, se manifieste respecto de un menor de edad, hay que añadir un segundo límite a los límites generales entre estos derechos: atender al interés del menor. Por tanto, aun cuando la utilización de la imagen o el nombre de un menor no suponga menoscabo en su honra o reputación o no sea contraria a sus intereses, lo que parece excluir aquí el concepto de intromisión ilegítima, conforme al artículo 4.3 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, el menor sigue conservando sus derechos a la intimidad y propia imagen y, en atención al interés del menor, hay que establecer una superprotección que obliga a ser sumamente cautelosos en cuanto a la información que se suministra de los mismos, aunque tenga interés público (STC 169/2009, de 11 de marzo). Este segundo límite, además, opera, incluso, como excepción a la regla prevista en el artículo 2.2 LO 1/1982, relativa al consentimiento a la intromisión prestado por el menor o por sus representantes legales: el consentimiento, para ser válido, ha de constar por escrito y comunicarse al Ministerio fiscal. **(STS de 26 de julio de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

**HECHOS.**—En un programa de televisión intervienen las abuelas de dos menores de edad, relatando datos pertenecientes a la intimidad de los mismos relacionadas con la tutela o guarda de los menores, a los que se identifica con claridad con su imagen. Ni los menores de edad afectados, ni sus representantes legales habían prestado consentimiento previo a este relato de su vida y circunstancias. Frente a estos hechos, el Ministerio Fiscal interpone demanda contra las dos intervinientes en el programa, la cadena de

televisión que emitió el programa, su director, la productora del programa, la directora del mismo y la presentadora, solicitando que se declare que se ha producido una intromisión ilegítima en la intimidad de los menores y un uso ilegítimo de su imagen, y que se dé publicidad a la sentencia que, en su día, se pronuncie en ese sentido y se condene solidariamente a los demandados a indemnizar a cada uno de los menores con una elevada suma de dinero.

La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda, rebajando la suma solicitada como indemnización. Interpuesto recurso de apelación por parte de los demandados, éste se estima parcialmente, ya que se revoca la condena a dar publicidad a la sentencia condenatoria y se absuelve de la demanda a la presentadora del programa. Contra esta sentencia interponen sendos recursos de casación la cadena de televisión que emitió el programa, por un lado y, por otro, la productora del mismo y su directora. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos. (A. M. M.)

**6. Actos del representante legal realizados sin la autorización judicial.**—El artículo 166 CC debe integrarse con lo que dispone el artículo 1.259.1 CC, cuando dice que *«ninguno puede contratar a nombre de otro (...) sin que tenga por la ley su representación legal»*. De ahí surgen los siguientes argumentos favorables a la ineficacia del acto realizado sin representación legal: *a)* el artículo 166 CC es una norma imperativa, que coincide con lo dispuesto en el artículo 1.259 CC y, a salvo la ratificación, su incumplimiento lleva a la aplicación del artículo 6.3 CC, es decir, la nulidad del acto; *b)* el fin de protección de la norma contenida en el artículo 166 CC es la salvaguardia del interés de los menores, que no pueden actuar por sí mismos y que pueden encontrarse en situaciones de desprotección cuando alguien contrata en su nombre y obliga sus patrimonios sin el preceptivo control, ya que deberán asumir las correspondientes deudas; *c)* la actuación de los padres siempre debe tener como finalidad el interés del menor, tal como dispone el artículo 154.2 CC; *d)* el propio artículo 1.259 CC va a permitir que el contrato pueda ser objeto de ratificación por el propio interesado cuando sea favorable a sus intereses.

La autorización judicial para la realización del acto por el representante legal cuando la ley lo requiera tiene naturaleza imperativa en el CC y no es un simple complemento del acto a realizar. La autorización judicial no es un complemento de capacidad como ocurre en la emancipación o en la curatela, sino que es un elemento del acto de disposición, puesto que los padres solos no lo ostentan. El acto realizado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el artículo 166 CC, constituye un contrato o un negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente la eficacia definitiva de que se produzca la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita. Por tanto, no se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no podría ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aún no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.259.2 CC. No siendo ratificado el acto, éste será inexistente.

Esta doctrina debe aplicarse también a los casos de actuación del tutor sin autorización judicial. En efecto, el artículo 271 CC enuncia los actos que el tutor no puede llevar a cabo sin autorización judicial y el artículo 272 CC permite obtenerla *a posteriori* únicamente en el caso de la partición hereditaria. (STS de 8 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La familia X había formado un grupo de sociedades al que pertenecían las sociedades G.C., hoy B.H., demandante en este pleito. A G.C. pertenecía la sociedad C.E., hoy B.F., dentro de la que se incluía B.A., entre otras. Después de un largo periodo de enfrentamientos entre dos ramas de la familia y de las correspondientes negociaciones, se consumó la separación de los hermanos doña R., doña Re., doña I., don Fe. y don F., de los otros miembros de otra rama de la misma familia. Los dos últimos se encontraban incapacitados y sus tutoras eran sus hermanas doña R. y doña Re. Estos cuatro hermanos son los demandados en este pleito.

Habiendo llegado a un acuerdo, la mayoría de las acciones que don Fe. y don F. poseían en el G.C. y E.I. fueron aportadas en fecha 30 de julio de 1996 a otras dos sociedades B. y N.D., manteniendo dichos demandados 21.458 acciones cada uno de ellos en G.C.

El 25 de octubre de 1996 el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vitoria-Gasteiz dictó un Auto autorizando a las cotutoras doña Re. y doña R. para realizar diversos actos en relación con la liquidación de las relaciones de sus hermanos incapacitados dentro del grupo de empresas B.

El 31 de octubre de 1996 se firmaron una serie de contratos, cuya finalidad era documentar los acuerdos a que se había llegado para la salida de los hermanos Fe., I., Re., F., y R. del grupo de empresas B. Se concedió a don Fe. y a don F. un equivalente de 13.843 acciones de una sociedad filial del grupo denominada C.E., en una de cuyas sociedades, B.A., prestaban sus servicios ambos como trabajadores y ello con la finalidad de no verse apartados de dicha empresa.

El mismo día 31 de octubre de 1996, doña R. y doña Re. en su condición de tutoras de don Fe. y don F., después de manifestar que ambos son propietarios de 13.843 acciones de la sociedad C.E., que habían adquirido el 30 de diciembre de 1991 por adjudicación realizada en esta misma fecha en la reducción de capital de G.C., otorgaron con don L., primo suyo, un contrato privado denominado «de opción de compra y venta de las referidas acciones». Don L., como representante de G.C., se obligaba a comprar dichas acciones en el supuesto de que las cotutoras decidieran la venta de las mismas, en el caso y para los supuestos de que don Fe. y don F. dejaran por cualquier causa de trabajar en sociedades y empresas participadas directa o indirectamente por C.E. Asimismo doña Re. y doña R., en la representación que ostentan, conceden a la Mercantil G.C., quien acepta, opción de compra sobre las referidas acciones.

B.H., actual denominación de C.E., demandó a D. Fe. y D. F. y sus hermanas y tutoras doña R. y doña Re., así como a éstas a título personal. Efectuó diversas peticiones, desistiendo más adelante de

las cuatro presentadas como principales y definitivamente pidió: *a)* que se condene a los demandados a solicitar autorización judicial *a posteriori* para enajenar las 21.458 acciones de las que los hermanos D. Fe. y D. F. eran titulares en la sociedad G.C.; *b)* que se les condene a otorgar el contrato de concesión recíproca de opción de compra y venta de dichas acciones y a otorgar los respectivos contratos.

Los demandados contestaron diciendo que estas acciones se conservaron porque los hermanos incapaces trabajaban en una de las empresas del grupo, de modo que el mantenimiento de su condición de accionistas les proporcionaba seguridad en su puesto de trabajo dada su condición; que las acciones cuya venta se reclama tienen un valor simbólico ya que constituyen únicamente el 2'5% del total y que no se había pedido autorización para dicha venta, de modo que el contrato privado de 31 de octubre de 1996 era nulo.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, por lo que se recurre en apelación por la parte demandante B.H. La Audiencia Provincial también desestima el recurso.

La demandante B.H. presenta recurso de casación. El conjunto de las operaciones económicas llevadas a cabo entre las dos ramas de la familia X para facilitar la salida de una de ellas del complejo económico, con las correspondientes compensaciones, no acabó de consumarse. Los hermanos don Fe. y don F. han mantenido la titularidad de unas acciones en una de las sociedades del grupo, con la finalidad de asegurar su puesto de trabajo en una de las empresas participadas, lo que implica, en realidad, mantener su participación en las juntas generales de la sociedad, a pesar de ostentar una posición minoritaria. Esta es la razón del presente litigio. Se alega la infracción del artículo 271 CC. Según el Alto Tribunal, debe declararse la nulidad del contrato de opción de compra y venta de las acciones que retuvieron los incapaces en la liquidación de su participación en las empresas del grupo familiar B. Las acciones les pertenecen y, además, no podrá ejercitarse dicha opción en el caso de que se hubiesen cumplido las condiciones que se preveían, pues el contrato de opción de compra y venta no fue autorizado judicialmente, como debería haberlo sido según el artículo 271 CC, y por ello procede declarar su nulidad. Además, no es posible obligar al tutor a pedir una autorización *a posteriori* para convalidar un contrato nulo, como pretende la recurrente, ya que constituye un acto inútil, por no poder garantizarse en ningún caso la obtención de dicha autorización, ya que puede ser posible que el juez, a la vista de los intereses de los sometidos a tutela, no acceda a ella.

Por otro lado, viene a sugerir la recurrente que la declaración de nulidad de este contrato de opción arrastra consigo la de los demás. Este motivo no se estima por el Tribunal Supremo. La operación de salida de la rama Fe., I., Re., F., y R. de las empresas B. se planificó como un conjunto, pero no se ha demostrado a lo largo del procedimiento que los contratos celebrados tengan causa recíproca, de modo que la falta de validez de uno de ellos pueda producir, por arrastre, la nulidad de los demás. La figura a la que se refiere la recurrente sólo sería posible en el caso de que los respectivos nego-

cios se hallaran recíprocamente condicionados, lo que no ocurre en este caso. En conclusión, el TS termina desestimando el recurso de casación. (S. L. M.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**7. Obligaciones solidarias. Acción de repetición.**—Nuestro sistema, de forma idéntica a la prevista en otros sistemas próximos, regula la acción de repetición del deudor solidario que paga íntegramente la deuda y en el segundo párrafo del artículo 1.145 CC dispone que «el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo». Esta regla, acogida en el artículo 1.135 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de obligaciones publicado en enero de 2009 por el Ministerio de Justicia exige determinar la cuota interna de responsabilidad de los codeudores «lo que a cada uno corresponda». En este sentido, bien que con referencia a la solidaridad derivada del proceso constructivo, pero aplicable al presente supuesto, la sentencia número 274/2010, de 5 de mayo, afirma: «En la misma línea, esta Sala viene manteniendo (por todas, STS de 16 de julio de 2001, con cita de las SSTs de 12 de julio de 1995 y 4 de enero de 1999) que satisfecha la condena impuesta por solo uno o varios de todos los condenados solidariamente en un proceso anterior, el artículo 1.145 CC permite que aquel o aquellos que cumplieron con el total de la deuda puedan acudir a otro posterior en ejercicio de la acción de reembolso o regreso para debatir la distribución del contenido de la obligación entre todos los intervinientes en el proceso constructivo, desapareciendo entonces la solidaridad que rige en las relaciones externas, frente al perjudicado acreedor, para pasar a regir en las internas (entre deudores solidarios) la mancomunidad». Pues bien, la sentencia recurrida, en interpretación de lo pactado que debe ser respetada por esta Sala por las razones indicadas, ha entendido que en las relaciones internas subyacentes Cinematográfica asumió sobre sí las «cargas laborales», por lo que el motivo hace supuesto de la cuestión y debe ser rechazado.

**Enriquecimiento injusto. Requisitos.**—Nuestro ordenamiento positivo no regula de forma específica el enriquecimiento injusto, aunque en el propio Código Civil se contienen diversas manifestaciones de tal regla, como la prevista en el artículo 1.158 y en el propio artículo 1.145, lo que no ha sido obstáculo para que haya sido reconocido como fuente de obligaciones per la jurisprudencia. Ahora bien, para que haya lugar al enriquecimiento injusto es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) Que el demandado haya experimentado un enriquecimiento, ya sea aumentando su patrimonio, ya evitando su disminución. 2) Que tal incremento carezca de razón jurídica que lo sustente. 3) Que cause un correlativo empobrecimiento del demandante, ya sea provocándole un detrimento patrimonial, ya frustrando una ganancia. Pues bien, en el caso enjuiciado la recurrente olvida que, en contra de lo que pretende, las sentencias de la jurisdicción de lo laboral han declarado su deber de hacer frente a las indemnizaciones derivadas de la ruptura de los contratos que la vinculaban con los trabajadores del cine, por lo que su empobrecimiento está justificado. A partir de aquí, su derecho a resarcirse no puede ser llevado al terreno del enriquecimiento injusto, al desenvolverse en el de la liquidación de la relación interna entre responsables solidarios deter-

minante o causa de que la demandada deba permanecer o no indemne, y de que sea la recurrente la que deba asumir o no sobre sí el costo de las indemnizaciones. **(STS de 21 de septiembre de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

**HECHOS.**—La entidad mercantil L arrendó un local destinado a cinematógrafo situado en la Gran Vía de Madrid a la sociedad Cinematográfica D, S. A. En fecha 2 de octubre de 1998, las partes llegaron a un acuerdo por el que, en el plazo de dos meses, la arrendataria pondría el local a disposición de la arrendadora «libre de ocupantes, de personal laboral y de enseres», a cambio de la oportuna indemnización. Paralelamente, la sociedad Cinematográfica D, S. A. procedió al despido de los trabajadores del cine, despido que fue declarado improcedente por la jurisdicción laboral, que condenó solidariamente a la sociedad arrendadora y arrendataria al pago de las indemnizaciones laborales pertinentes al entender que existía una reversión del negocio y una sucesión de empresas entre ambas sociedades. La sociedad Cinematográfica D, S.A. abonó a los trabajadores la totalidad de las indemnizaciones, pero al ejercer la oportuna acción de regreso contra la sociedad arrendadora, ésta se negó al pago al considerar que el contrato suscrito por ambas partes estipulaba que el local se cedía «libre de personal laboral».

Por ello, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Madrid que se estimó íntegramente. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid la revocó. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

**8. Obligaciones recíprocas. Efectos.**—Las obligaciones recíprocas tienen unos efectos específicos debidos a su interconexión o interdependencia. El primero es la necesidad de cumplimiento simultáneo, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor. Si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación recíproca al deudor, sin que aquél haya cumplido u ofrezca cumplir la suya, este deudor podrá oponerse y rechazar la acción de cumplimiento, mediante la llamada excepción de incumplimiento contractual. Así se deduce de los artículos 1.100 II y 1.124 CC (SSTS de 9 de diciembre de 2004, 4 de abril de 2003, 17 de febrero de 1998). **(STS de 13 de octubre de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—Los demandantes, como compradores, y los demandados, como vendedores, celebraron un contrato privado para la compraventa de dos inmuebles en el que se pactó, entre otros extremos, un plazo de dos meses para el otorgamiento de escritura pública.

Transcurrido el plazo pactado, la escritura pública no se otorgó. En los días inmediatamente posteriores al transcurso de dicho plazo de dos meses, los compradores citaron a los vendedores en la notaría para el otorgamiento de la escritura, que no se llevó a cabo por incomparecencia de los vendedores.

Unos días después, los vendedores enviaron un fax a los compradores comunicándoles que, habiendo transcurrido el plazo de dos meses acordado en el contrato, procedían a su resolución y a hacer suya la cantidad de 12.000 euros entregada como señal en aplicación de los artículos 1.124 y 1.454 CC.

Los compradores interpusieron demanda contra los vendedores pidiendo: (a) el cumplimiento del contrato mediante el otorgamiento de escritura pública e indemnización de perjuicios; (b) subsidiariamente, la entrega a los compradores del doble del importe de las arras, y (c) subsidiariamente, la devolución a los compradores del importe de las arras.

La sentencia de primera instancia acogió la segunda de las peticiones subsidiarias de la demanda, condenando a los vendedores a la devolución del importe de las arras. La sentencia fue recurrida en apelación por los demandados e impugnada por los demandantes.

La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación de los demandados y desestimó la impugnación de los demandantes. Declaró lo siguiente: (a) el contrato privado es una compraventa perfeccionada; (b) las arras pactadas son penales; (c) la falta de otorgamiento de la escritura pública en el plazo pactado es consecuencia del incumplimiento de los demandantes; (d) el incumplimiento de los demandantes autorizaba a los demandados a resolver el contrato, por aplicación del artículo 1.124 CC pero no por aplicación del artículo 1.454 CC porque las arras pactadas son penales; (e) no procede la acción principal de cumplimiento y tampoco las subsidiarias.

Los demandantes interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación; ambos son desestimados por el Tribunal Supremo. El recurso de casación se basa en un único motivo relativo a la existencia y validez de los contratos, motivo que el Alto Tribunal desestima por no respetar la base fáctica de la sentencia impugnada y desarrollarse al margen de la *ratio decidendi* de la misma; en concreto, los recurrentes incurrir en petición de principio ya que sus alegaciones, referidas a una obligación recíproca, sólo se comprenden si se parte de la premisa del cumplimiento de los recurrentes, que la sentencia impugnada no declara, o de la existencia de un incumplimiento recíproco que la sentencia impugnada tampoco declara. (B. G. F.)

**9. Contrato de obra: Resolución por incumplimiento.**—En toda relación sinalagmática, con obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo para los contratantes, el incumplimiento de una de las partes —que frustra el fin del contrato— no sólo es un obstáculo para la resolución del contrato por parte del contratante incumplidor sino que legitima, además, a la otra parte para resolver el contrato o, al menos, para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones (*exceptio non adimpleti contractus*). Por consiguiente, el cese de los trabajos de obra por la contratista no supone incumplimiento cuando se debe al previo incumplimiento por la contratante de sus obligaciones de

pago. (STS de 1 de octubre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una entidad celebró un contrato con otra en virtud del cual esta última se obligaba a ejecutar una obra sobre una parcela de la primera. Por entender una y otra parte que existe incumplimiento de la contraria, se produjeron sendas resoluciones del contrato. La contratista había cesado en los trabajos de obra alegando ciertos impagos de la contratante.

En Primera Instancia, se consideró probado que las obras habían sido abandonadas en un momento dado por la contratista sin que el contrato admitiese el cese de las mismas por las razones alegadas sino, a lo más, la suspensión de las obras, y se declaró procedente la resolución del contrato por la contratante demandada reconviniente, así como la liquidación efectuada por ésta y su derecho a disponer de los materiales y maquinaria existentes en el inmueble. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Málaga estimó en parte el recurso interpuesto por la contratista demandante reconvenida: Se consideró que la constructora no había abandonado la obra sino simplemente la había suspendido (ya que dejó los materiales y la maquinaria), y se estimó la existencia de un incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de la promotora contratante, rechazándose así que el incumplimiento fuera imputable *por entero y exclusivamente a la parte actora*. La Audiencia revocó la sentencia anterior en todo, salvo en lo relativo al derecho de la promotora reconviniente a disponer de los materiales y maquinaria existente en el inmueble (única pretensión de la reconvencción que resultó satisfecha). La promotora contratante demandada reconviniente interpuso recurso de casación, pero el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia. (C. J. D.)

**10. Compraventa civil. Facultad resolutoria ex artículo 1124 CC. Plazo de prescripción.**—La cuestión central a dilucidar en el caso enjuiciado es determinar el alcance de la estipulación tercera de la escritura de compraventa en la que se contenía una previsión expresa de resolución de la misma en un plazo concreto si no se cumplía con la totalidad del precio. Tal y como justifica la parte compradora en el recurso de casación, parece haber una confusión entre la facultad implícita de resolver las obligaciones (1.124 CC) y la condición resolutoria expresa pactada por las partes (1.506 CC). La posición del TS es clara cuando afirma que en tal caso nos encontramos con una condición resolutoria con eficacia real, de conformidad con el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, inscrita al amparo de los artículos 9.2.<sup>a</sup> LH y 51.6.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario. A esta primera conclusión debe seguirle otra, a saber, la compatibilidad o no de esta condición con la previsión establecida en el artículo 1.124 CC. Y el Tribunal Supremo, se pronuncia por la complementariedad de ambas figuras. De lo anterior, concluye el TS la admisibilidad de la caducidad convencional de la acción resolutoria y destaca las diferencias existentes entre la acción proveniente de la cláusula resolutoria expresa, con eficacia real y sujeta a caducidad convencional, y la derivada de la facultad implícita de resolver las obligaciones recíprocas, contenida en el artículo 1.124 CC. La primera se encuentra sometida al plazo de caducidad

acordado por las partes; la segunda, al de prescripción, de quince años, contemplado para las acciones personales en el artículo 1.964 del Código civil (SSTS de 14 de mayo de 1996, 106/2007, de 7 febrero y 984/2007, de 13 de septiembre). (STS de 15 de octubre de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—En fecha 28 de mayo de 2001, E y S vendieron a B un inmueble. En la estipulación tercera de la escritura de compraventa se establecía una facultad resolutoria de la parte vendedora de seis meses ante la falta de pago del precio. Casi un año después de que hubiese vencido el plazo para abonar el precio, los vendedores requirieron notarialmente de pago al comprador, que se opuso al requerimiento. Los vendedores interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Puerto del Rosario solicitando la resolución del contrato de compraventa, oponiéndose la demandada por caducidad de la acción resolutoria pactada.

El Juzgado estimó la demanda por no haberse acreditado el pago del precio y por estar sujeto el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1.124 CC a un plazo de prescripción de quince años, de conformidad con el artículo 1.964 del CC. Apelada la sentencia por la parte compradora, la Audiencia Provincial estimó el recurso y, por tanto, la prescripción de la acción resolutoria en virtud de lo pactado en el contrato de compraventa. Interpuesto recurso de casación por la parte vendedora, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo. (M. C. S.)

**11. Contratos. Resolución por incumplimiento. Liquidación de los daños ocasionados y abono de la cláusula penal. La moderación por los tribunales sólo puede serlo de la cantidad establecida en concepto de pena, no de la que es mero efecto del contrato.**—La devolución de la cantidad que había abonado la actora a la demandada no puede ser moderada ni reducida por los tribunales, pues se trata de un pacto del contrato que debe ser cumplido, en aras al principio de autonomía de la voluntad, como previsión contractual aceptada e indiscutida: si la parte incumple, que devuelva lo cobrado anticipadamente. No es una garantía del cumplimiento de la obligación sino una lógica previsión acorde con el contrato que prevé el pago anticipado: una parte paga anticipadamente pero, si la otra incumple, le debe devolver lo que cobró. Por su parte, en la cláusula penal debe mantenerse la moderación, pero tan sólo aplicada a la parte que es verdadera cláusula penal, es decir, al pago de «otro tanto...». (STS de 2 de julio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La actora FAG, S.L. concertó un contrato de cesión de frutos cultivados con la propietaria del terreno, LM, S.A.T., en virtud del cual ésta se obligaba a sembrar las semillas proporcionadas por la primera y a regar debidamente, estando el resto de las actividades a cargo de la otra parte que abonaba por ello una serie de cantidades. En el contrato se pactó una cláusula en virtud de la cual el incumplimiento por la propietaria del terreno daría lugar a la resolución con devolución de las cantidades recibidas y otro tanto en concepto de daños y perjuicios. Producido este incumplimiento,

y requerida la contraparte, FAG, S.L. dio por resuelto el contrato y exigió el pago de las cantidades correspondientes. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron la acción en cuanto a la declaración de quedar resuelto el vínculo contractual, pero moderaron la pena establecida en el sentido de condenar al pago de una cantidad menor a la establecida en el contrato. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (*L. A. G. D.*)

**12. Responsabilidad civil. Responsabilidad contractual y extracontractual. Doctrina de la unidad de culpa: no concurre si, existiendo vínculo contractual, el daño se produce en la órbita estricta de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.**—La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual es relativizada por la jurisprudencia en aplicación del principio «*pro actione*», admitiendo la compatibilidad del ejercicio de las acciones por responsabilidad civil contractual y extracontractual. Es cierto que existen soluciones en las que es difícil establecer si una de las obligaciones del contrato era la de no causar el tipo de daños producidos o, por el contrario, si el contrato ha servido de marco a una actividad generadora de daños, cuya evitabilidad se configura como una obligación de dimensiones claramente extracontractuales. Ahora bien, cuando el daño pueda enjuiciarse desde una doble vertiente, contractual o extracontractual, la primera opera con carácter prioritario si los sujetos se encuentran ligados por un negocio bilateral y el daño sobreviene por un hecho realizado dentro de la rigurosa órbita de lo pactado, en desarrollo normal del contrato (STS de 13 de marzo de 2008); lo que excluye de la condición de tercero extracontractual al fabricante, por la que ha sido demandado, como aquí sucede. (**STS de 7 de octubre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La mercantil CU, S.A. demandó a WED/DI, B.V. en ejercicio de una acción de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, por los daños sufridos como consecuencia de la inhabilidad de una maquinaria adquirida por la actora a un fabricante, que no fue traído a pleito, y respecto de la cual la compañía demandada actuaba como garante. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Pamplona desestimaron la acción por falta de litisconsorcio pasivo necesario. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la actora. (*C. O. M.*)

**13. Responsabilidad contractual de concesionarios de autopistas: Retención masiva de vehículos por intensas nevadas: Falta de diligencia: Relación de causalidad: Imputación objetiva: Daño moral: Devolución de peaje indebido.**—Durante los días 27 a 28 febrero 2004 se produjeron importantes retenciones en la Autopista A-1 (Burgos-Armiñón), en el tramo entre Miranda y Pancorbo (PK 68 a 74), en ambos sentidos de circulación, que motivaron que cientos de vehículos quedaran bloqueados durante varias horas en la autopista. Administrativamente se resolvió no abrir expediente sancionador a Europistas Concesionaria Española SA por concurrir una causa de fuerza mayor.

En la sentencia recurrida, que ha estimado parcialmente la demanda interpuesta por AUSBANC-Concurso, no se advierte una infracción en términos generales del régimen jurídico de autopistas, de seguridad vial y de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, al sentar la conclusión de que existió una falta de diligencia por parte de la entidad concesionaria de la autopista y que concurrió un nexo de causalidad suficiente entre la falta de previsión de las circunstancias adversas, insuficiente vigilancia del punto en que se produjo el conflicto, insuficiencia de información a los usuarios, falta de coordinación con la autoridad administrativa, insuficiencia de medios de comunicación, y el resultado producido del colapso de la circulación de vehículos, ya que las consecuencias podían haberse evitado o aminorado sustancialmente en el caso de no haber existido esas deficiencias.

Existe jurisprudencia reiterada declarando que la relación contractual entre el concesionario de una autopista y el usuario de la misma impone al primero una obligación de diligencia extremada para garantizar las condiciones de seguridad adecuadas a las características de las vías de aquella naturaleza, concebidas para la circulación rápida de vehículos (SSTS de 19 de diciembre de 1995, 5 de mayo de 1998, 6 de mayo de 2004, 27 de enero de 2006, 30 de julio de 2008 y de 15 abril de 2009). Establecido el nexo de causalidad, resta en casación la facultad de examinar si se ha verificado adecuadamente la imputación objetiva del daño a la entidad demandada, lo cual integra una *quaestio iuris* que va más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, y obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado, apreciando la normalidad del riesgo creado frente a la existencia de riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias. Es cierto que se nos ofrecen como circunstancias relevantes las meteorológicas, la conducta de los conductores, la irrupción de un número de vehículos pesados inusual en la autopista, los accidentes sufridos por algunos de los vehículos, el abandono de los vehículos pesados por parte de sus conductores y la intervención inadecuada de la autoridad administrativa; pero estos factores no son suficientes para eliminar la imputación objetiva del daño a la concesionaria.

La obligación de diligencia extremada para garantizar las condiciones de seguridad adecuadas a las características de las vías de aquella naturaleza, no se compadece con la falta de previsión de las circunstancias meteorológicas adversas, pero previsibles en la época invernal en que se produjeron; en el hecho de no haberse intensificado en dichas circunstancias la vigilancia del punto en que se produjo el conflicto, de especial complejidad para el tráfico rodado; en la información insuficiente ofrecida a los conductores; en la falta de coordinación con la autoridad administrativa, reprochable en sí mismo e imputable en gran parte a la insuficiencia de medios de comunicación de que disponía la concesionaria de la autopista, pues no eran aptos para atender a situaciones de carácter extraordinario ni tenían carácter específico para su comunicación con la Administración.

Frente a estas circunstancias tienen una relevancia muy secundaria, en el orden de la imputación objetiva, los factores que la parte recurrente destaca, consistentes, básicamente, en la imprevisibilidad de las complicaciones meteorológicas, en una afluencia de vehículos extraordinaria, en la conducta inadecuada de los conductores y en la falta de medidas de restricción adoptadas por la Administración. En efecto, las complicaciones meteorológicas no son imprevisibles en la época del año en que se produjeron y habían sido previstas por algunas autoridades de tránsito; la afluencia extraordinaria de vehículos, de haber sido advertida a

tiempo, podía haber dado lugar a propuestas dirigidas a la Administración y a la adopción provisional de medidas urgentes por parte de los propios agentes de la concesionaria; la conducta de los conductores, aun pudiendo ser inadecuada, no era imprevisible dadas las extraordinarias circunstancias existentes y las condiciones temporales y de otra índole en que se produjo la información; y cualquiera que fuera la adecuación de las medidas llevadas a cabo por la Administración, o por ella omitidas, no fue posible la coordinación con los agentes de la concesionaria –que resulta esencial en una situación de aquella naturaleza–, entre otras razones porque su servicio de comunicaciones resultaba colapsado en circunstancias extraordinarias.

**Legitimación de Asociación de consumidores en defensa de intereses difusos: Requisitos.**—El artículo 11.3 LEC. sólo permite el ejercicio de acciones de consumo cuando se refieran a usuarios no determinados o determinables, a las asociaciones representativas, y se remite a la ley para determinar la concurrencia de este requisito. Tal remisión hay que entenderla hecha al artículo 20.3 LGDCU 1984, en la cual se establecía únicamente como requisito general para poder gozar de cualquier beneficio otorgado por dicha ley que la asociación de consumidores figurase inscrita en el Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo, incluyéndose en tal beneficio la legitimación para el ejercicio de las acciones en defensa de los consumidores (artículo 20.1). En este caso la inscripción en el referido Registro se consideró suficientemente justificada en la audiencia previa, y se admite como probada por la sentencia recurrida, quedando evidenciada mediante la resolución administrativa posterior que acordó excluir a la asociación demandante del expresado Registro. Por razones de vigencia temporal es inaplicable al caso la falta de pertenencia al Consejo de Consumidores, requisito introducido sin eficacia retroactiva por Ley 44/2006, de 29 diciembre, y actualmente recogido en el artículo 24.3 del TRLGDCU.

La resolución administrativa de exclusión del Registro, fundada en el incumplimiento de sus deberes, tiene un contenido materialmente sancionador, y esta circunstancia impedía su ejecución en tanto no se acreditase que había ganado firmeza, que no se había solicitado su suspensión cautelar o que la jurisdicción contencioso-administrativa había denegado la suspensión; en el presente caso la resolución fue impugnada y suspendida en dicha vía. El carácter constitucional de la exigencia de inscripción en el Registro no es obstáculo a que su exclusión, impuesta con carácter sancionador, no pueda ser ejecutada si no ha ganado firmeza (**STS de 15 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Complejo supuesto de hecho que afectó a miles de usuarios de una autopista, bloqueados durante varias horas por las extraordinarias circunstancias climatológicas producidas y por el deficiente funcionamiento de los servicios de aquella. La asociación de consumidores actora que ejerció una acción en defensa de los intereses difusos, durante la tramitación del proceso ha visto discutida su legitimación procesal, finalmente admitida por la Sala, al estar suspendida cautelarmente dicha exclusión en vía contencioso-administrativa. La inevitable intervención de la Administración en los hechos, amenazaba que el proceso se perdiera en la denostada *peregrinación de jurisdicciones*, que afortunadamente no se ha dado.

Interesa recoger la especificación de las indemnizaciones otorgadas, respecto de las cuales la Sala hace suyas las determinaciones

de la s. de apelación. Así se condena a la concesionaria de la Autopista:

«1.º A que indemnice por daño moral en la suma de 150 euros a los posibles afectados por la retención producida en la autopista AP-1 los días 27 y 28 febrero 2004 que reúnan la condición de consumidores y usuarios según la LGDCU de 1984 (excluyendo a todos aquellos particulares o empresas que hubiesen usado del servicio de la autopista para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros) y que acrediten que personalmente se encontraban en ella entre las dieciséis horas y el cierre oficial de la autopista (aproximadamente sobre las diecisiete horas) del día 27 febrero, mediante la pertinente documentación (como por ejemplo los billetes de autobús para los viajeros en este medio de transporte u otros justificantes válidos y eficaces a tal fin), o en otro caso, dicho importe de abonará por vehículo que acredite su presencia en la citada autopista en ese mismo espacio de tiempo mediante la correspondiente tarjeta de peaje o justificantes de su pago (bancarios, manuales, automáticos u otros pertinentes y suficientes).

2.º A que indemnice en el importe previsto en la Tabla de Tarifas, según la categoría de los distintos vehículos correspondiente al tramo Armiñón-Castañares o viceversa, a los titulares o poseedores de los vehículos que abonaron el peaje, afectados por la citada retención de la AP-1 que acrediten ser consumidores y usuarios en los términos expuestos antes, y que se encontraban en la autopista entre las dieciséis horas y el cierre oficial producido aproximadamente sobre las diecisiete horas del día 27 de febrero, mediante la aportación de aquellos documentos suficientes y eficaces justificativos de dicho pago.

En todo caso, los posibles beneficiarios que reúnan los datos, características y requisitos necesarios fijados en esta resolución, sólo podrán instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la Asociación AUSBANC-Consumo ante el JPI n.º 6 de Burgos en la forma y procedimiento previsto en el artículo 519 LEC.» (G. G. C.)

**14. Lucro cesante. Falta de prueba.**—El núcleo de la discusión entre las sociedades P, compradora, y L, vendedora, se centra en la determinación de las razones por las que se producen los que en todo el procedimiento se denominan «incumplimientos»: por una parte, el de P, que según los recurrentes incumplió el contrato al conocer la situación económica real de la empresa que quería adquirir, y por otra parte el de L, que vendió una sociedad por un precio que los resultados producidos por los análisis económicos confirman que no se ajustaba a su real situación económica. En realidad L incumplió el contrato de compraventa, puesto que vendió una sociedad con un elevado nivel de pérdidas y otras problemáticas que se consideran probadas en la sentencia recurrida. Por ello, P ante este incumplimiento, optó por ofrecer una reducción del precio o la resolución, lo que está admitido como uno de los remedios para el incumplimiento en los textos europeos (artículo III.-3:601 *Draft of 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 artículo 1.197 de la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos, 2009). Estaba en su derecho la compradora de pedir la devolución del precio avanzado, pero al no haber recurrido la demandante en casación, debe mantenerse esta parte de la sentencia en virtud del principio dispositivo. Dicho lo anterior y con esta base, debe examinarse la argumentación del primer motivo del recurso interpuesto por la vendedora L. En primer lugar, es cierto que cuando la recurrente vendió a A, ésta pagó por las acciones un precio inferior al inicialmente ofrecido. Pero la sentencia recurrida señala que no se ha probado que la cuantía reclamada esté en relación con los daños y perjuicios causados con la resolución del contrato. Por esto hay que decir que en el primer punto del recurso de casación, la recurrente hace supuesto de la cuestión, porque la sentencia recurrida dice claramente que no existe prueba del daño que reclama. En segundo lugar, no debía expresarse ningún elemento para lo que el recurso denomina «cálculo ponderado». Simplemente, la sentencia recurrida no considera probado que se hubiesen generado los daños que hubieran dado lugar a admitir la reclamación, cuando afirma que no se «constata por el Tribunal en cuanto a la cuantía reclamada la relación de estos con la resolución contractual, no se prueba ni la pérdida de imagen en el mercado, ni en sus agentes, ni el menoscabo económico que se dice sufrió esta entidad en dicha suma». Se trata, en definitiva, de un problema de prueba. En tercer lugar, lo mismo ocurre con la pretendida infracción de los artículos 1.106 y 1.107 CC, a los que se deben aplicar los mismos argumentos utilizados hasta aquí.

**Inexistencia de compraventa de sustitución.**—Se insiste en el motivo primero en la infracción de lo que se denomina «compraventa de sustitución», con la cita del artículo 75 de la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 1980, y de las SSTS de 7 de junio de 1969, 3 de mayo de 1949, 6 de marzo de 1979, 27 de octubre de 1992, 14 de mayo de 2003. Para rechazar esta argumentación, hay que determinar en qué consiste una compraventa de sustitución. La doctrina ha considerado que una compra de reemplazo o de sustitución «consiste en permitir al comprador, ante el incumplimiento del vendedor, y siempre que actúe de buena fe, adquirir de una fuente alternativa mercancías similares (de igual calidad y cantidad), y en permitirle que reclame al vendedor la diferencia que, en su caso, haya tenido que satisfacer al tercero por esa compraventa de reemplazo». En la argumentación del recurso se plantean dos cuestiones: una, la pretensión de aplicar el esquema de las compras de reemplazo y otra, la asimilación con el lucro cesante. En relación a la primera cuestión, la cita del artículo 75 de la Convención es superflua porque no es aplicable, al excluir el artículo 2, *d*) de la Convención su aplicación a las compraventas «de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio»; el artículo 75 de la Convención se refiere a mercaderías y no existe un mercado de acciones en el sentido pretendido con la argumentación de la recurrente. Pero, además, no puede equipararse la compraventa de reemplazo con el lucro cesante, como claramente pone de relieve la propia sentencia citada como infringida, de 14 de mayo de 2003. (STS de 3 de septiembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.— El día 15 de marzo de 2002 la empresa P compró todas las acciones de la empresa L y efectuó un pago a cuenta. Aunque la vendedora aportó un informe sobre su situación financiera en la misma fecha, en un momento posterior P descubrió mediante

auditoría que L tenía unas pérdidas económicas superiores a las descritas. Tras conocer el desinterés de P en abonar el resto del precio, al parecer L vendió sus acciones a una tercera empresa, A, a un precio inferior al inicialmente ofrecido por P.

La compradora interpuso demanda contra L con la que solicitó la resolución del contrato de compraventa y la vendedora formuló reconvencción con la que pidió indemnización por lucro cesante. Mediante la reconvencción la vendedora sostuvo que debía ser resarcida por la diferencia entre el precio de las acciones acordado con P y el menor importe abonado finalmente por A.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Madrid desestimó la demanda mediante sentencia de 12 de julio de 2004, estimó parcialmente la reconvencción y declaró resuelto el contrato de compraventa por parte de la vendedora por incumplimiento de la compradora sin admitir la indemnización del daño solicitada. La sentencia de 5 de mayo de 2006 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó los recursos de apelación interpuestos por ambas partes. La vendedora recurre en casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.— Al solicitar la resolución del contrato tras constatar la situación económica real de la vendedora, la compradora alegó que estaba en su derecho de pedir una reducción del precio pactado. Probablemente una reducción del precio de las acciones no superior al importe pagado finalmente por la tercera empresa, A, llevada a cabo por vía extrajudicial, habría podido ser una solución satisfactoria para ambas partes. Como bien señala la sentencia, ese remedio para el incumplimiento está plenamente admitido en los textos europeos (artículo III.-3:601 *Draft of Common Frame of Reference*) y, en nuestra opinión, podría desempeñar un importante papel en esos casos. Con todo, la reducción del precio debía haberse efectuado sin demora, puesto que la posterior resolución de la vendedora —admitida en primera instancia y no impugnada por P— y venta de acciones a A abortó esa posibilidad. (*J. M. B. S.*)

**15. Cláusula penal. Facultad moderadora prevista en el artículo 1.154 CC.**—El artículo 1.154 CC remite al juicio de equidad del juez para la moderación de la pena convencional cuando la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor y los contratantes hubieran previsto la pena para el caso de incumplimiento total. En una situación así, la equidad reclama una disminución de la sanción si el deudor cumple en parte o deficientemente (STS de 1 de junio de 2009 y las que en ella se citan). Según doctrina constante del Tribunal Supremo, tanto el uso de la facultad moderadora establecida en el artículo 1.154 CC como la decisión sobre la improcedencia de hacer uso de tal facultad, son facultades que no pueden ser alteradas en vía casacional cuando se basan en una valoración lógica y racional asentada en bases fácticas incontrovertibles (STS de 10 de marzo de 2009 y las que en ella se citan).

**Interpretación de los contratos.**—Es doctrina constante de este Tribunal que la interpretación de los contratos le corresponde a los tribunales de instancia, por lo que la realizada por éstos debe prevalecer y no puede ser revisada en casación salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente iló-

gico, irracional o arbitrario. Por tanto, no procede su revisión cuando el recurrente se limita a pretender que se sustituya la interpretación realizada por el tribunal de instancia por sus propias conclusiones al respecto, pues como ya ha reiterado la Jurisprudencia, lo discutible no es la oportunidad o conveniencia de la interpretación sino la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción con el raciocinio lógico. Debe prevalecer el criterio del juzgador de instancia aunque la interpretación plasmada en la sentencia no sea la única posible o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud. **(STS de 1 de octubre de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Las partes celebraron un contrato de compraventa de tres fincas colindantes entre sí. La compradora presentó una demanda solicitando la nulidad del contrato por existencia de error en el consentimiento, alegaba que no fue informada por los vendedores acerca de la verdadera situación urbanística de las fincas; alternatively, solicitaba la rescisión del contrato porque existía una diferencia de cabida, que al ser menor a la indicada en el contrato inhabilitaba los terrenos para su edificación. Los demandados se opusieron a la demanda y, en reconvencción, solicitaron que se resolviera el contrato por incumplimiento de la compradora de su obligación de pagar el precio y se condenara a esta última a perder 190 millones de pts. de los 200 que ya había entregado a cuenta del precio.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó la demanda y estimó la reconvencción aunque, haciendo uso de la facultad moderadora del artículo 1.154 CC condenó a la compradora a la pérdida de 47 millones de pts. Ambas partes recurrieron en apelación. La sentencia de la Audiencia estimó desestimó el recurso de la compradora y estimó en parte el recurso de los vendedores, condenando a la compradora a la pérdida de los 190 millones entregados. Según la sentencia de la Audiencia, la cláusula penal que se aplica en este caso contempla un cumplimiento parcial por lo que no es posible hacer uso de la facultad de moderación que prevé el artículo 1.154 CC. La compradora presenta un recurso de casación alegando infracción del artículo 1.154 CC. (*L. P. S. M. P.*)

**16. Cláusula penal. Función y generación de efectos.**—La pena es debida aunque el incumplimiento no haya producido daños, ya que como afirma la sentencia número 1261/1998, de 12 de enero de 1999, haciendo suya la de 8 de junio de 1998: «El artículo 1.152 del Código Civil autoriza a insertar en las relaciones obligacionales cláusula penal que actúa para reforzar y garantizar su cumplimiento, al estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente, generando directamente sus efectos cuando se da el incumplimiento previsto, con un plus más oneroso, viniendo a operar como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios (SSTS de 28 de junio de 1991, 7 de marzo de 1992, 12 de abril de 1993 y 12 de diciembre de 1996)».

**Cláusula penal. Facultad de moderación del Juez en el Fuero Nuevo de Navarra, en el Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones y en los PECL.**—A diferencia de lo previsto en el primer párrafo de la Ley 518 del Fuero Nuevo de Navarra, que dispone que «La estipulación de

pagar una cantidad como pena por el incumplimiento de una prestación lícita obliga al promitente, y la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial», la tendencia doctrinal que aflora en el artículo 1.150 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones, elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero de 2009, apunta a la posibilidad de moderación de las cláusulas penales incluso en supuestos en que se estipuló con el carácter «inmoderable»: «El juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido». Y también apunta en este sentido el apartado 2 del artículo 9:509 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando: «Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias».

**Cláusula penal y enriquecimiento injusto.**—Como sostiene la sentencia número 356/1993, de 12 de abril, no cabe hablar de enriquecimiento injusto toda vez que la condena a pagar «lo fue por consecuencia del incumplimiento del contrato que los relacionaba, conforme quedó definido, al ser resuelto el mismo y presentarse como la consecuencia pactada de la cesación negocial que fue perfectamente convenido, aceptada, con acomodo a la normativa legal y la concurrencia de justa causa (...)». (STS de 5 de octubre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—El 16 de mayo de 1991 Ediciones Z., S.A., como editora de la revista I., y doña Maite suscribieron un contrato por el que ésta, a cambio del pago de un precio, autorizaba la publicación de un reportaje fotográfico de desnudos de su cuerpo en la revista.

En la estipulación tercera de dicho contrato se pactó la cláusula penal siguiente: «La publicación de cualquier fotografía del reportaje objeto de este contrato que no haya sido previamente aprobada por doña Maite, así como su divulgación en cualquier otro medio de comunicación distinto de I. generará para Ediciones Z., S.A. la obligación de indemnizar a doña Maite por el daño a su imagen e intimidad pactando como cláusula penal inmoderable la cantidad de cincuenta millones de pesetas (50.000.000 de pesetas)».

En cumplimiento de lo pactado doña Maite posó desnuda y dio su visto bueno a varias fotos que fueron publicadas en la revista I. el día 6 de junio de 1991 cobrando por ello el precio pactado. En la portada del número 6 del periódico C., editado por la persona jurídica denominada S., S.L. del jueves 6 de junio de 1991 aparece publicada una de las fotografías integrantes del reportaje fotográfico de desnudos de doña Maite publicado en I.

La demandante, doña Maite, solicita la condena de la demandada al pago de la cláusula penal pactada.

La sentencia de primera instancia estima íntegramente la demanda. La sentencia de apelación desestima el recurso.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los demandados. (B. G. F.)

**17. Arrendamiento de obra: resolución.**—Ante la petición de resolución del contrato de obra (1.124 CC) a instancia de la contratista S., S.L.U., el Tribunal declara su improcedencia al determinar cómo hecho incontrovertible el retraso en la ejecución de la obra por parte de ésta desde la primera certificación, por la evidente falta de terminación de la obra en 31 de julio de 2002 y, sobre todo, que la causa fundamental de ese retraso fue la carencia de medios materiales y humanos de la contratista para una obra de ese tamaño y envergadura, y por este método de prescindir de lo fundamental, desplazando la atención sobre lo accesorio, el simple retraso de la promotora en el pago de algunas certificaciones se presenta como una mora permanente que oculta el indubitado y evidente retraso permanente de la contratista por causas sólo a ella imputables.

**Cláusula penal moratoria. Moderación judicial.**—Es evidente que la cláusula penal moratoria (1.153 CC), por su propia naturaleza, presupone que el contratista puede continuar ejecutando la obra después de la fecha pactada para su terminación, ya que en otro caso, es decir, si indefectiblemente el comitente tuviera en tal caso que dar por resuelto el contrato sin poder exigir la continuación de la obra, tesis que parece ser la de este motivo, nunca habría lugar a la aplicación de la cláusula penal moratoria. Si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala es claramente contraria a la moderabilidad de las cláusulas penales moratorias por ser en tales casos el mero retraso, por sí solo, inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular contemplados en el artículo 1.154 CC (SSTS 13 de febrero de 2008, 14 de septiembre de 2007, 20 de junio de 2007 y 23 de octubre de 2006 entre otras muchas), también lo es que en casos como el presente, en los que el tribunal de instancia aprecia determinados incumplimientos no esenciales del comitente, se admite no tanto una moderación cuanto una compensación fundada en el artículo 1.103 CC que queda confiada al prudente arbitrio del tribunal sentenciador (STS 29 de marzo de 2004 en rec. 1.475/98). (**STS de 28 de octubre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—En fecha 29 de agosto de 2001, la mercantil A.R., S.L. celebró un contrato de obra con la también mercantil S., S.L.U., por la cual ésta se obligaba a construir un edificio destinado a apartamentos que debía terminarse el 31 de julio de 2002. Ante una serie de incumplimientos de A. R., S.L., el 17 de setiembre de 2003, S., S.L.U., interpuso demanda contra aquélla solicitando se declarase la resolución del contrato de obra suscrito entre ambas partes. La sociedad A.R., S.L., formuló reconvencción solicitando que se condenara a la actora inicial al pago de la cláusula penal prevista en el contrato.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Girona estimó en parte tanto la demanda como la reconvencción. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial de Girona las desestimó. Interpuesto, por un lado, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, por la constructora contratista S., S.L.U., y de otro, interpuesto recurso de casación por la promotora comitente A.R., S.L., el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los mismos. (*M. C. S.*)

**18. Arras penales.**—El concepto de arras en el artículo 1.454 CC que se alega como infringido, es más reducido que el que ha sido adoptado por la

jurisprudencia en la interpretación de dicha disposición. La sentencia de 31 de julio de 1992, seguida por otras muchas de esta Sala, distingue tres tipos de funciones que las arras pueden cumplir: «como señal de la celebración de un contrato, en que la cantidad entregada es anticipo o parte del precio (arras confirmatorias), como garantía del cumplimiento o arras penales, que se pierden si el contrato se incumple, pero que no permiten desligarse del mismo; y como arras penitenciales, que son las únicas que permiten resolver o desistir del contrato (...)», pero la propia sentencia añade que es doctrina reiterada que la utilización de la palabra «señal» no expresa necesariamente la facultad de desistir del contrato, sino que debe ser estimada como anticipo del precio. Al mismo tiempo, la sentencia de 25 de octubre de 2006 dice que «la calificación de esta cláusula es clara: es una cláusula penal que se impone a la vendedora, caso de que incumpla (...). Se puede calificar de arras penales que no son sino una cláusula penal, por la que la parte puede exigir el cumplimiento de la obligación y sólo en caso de incumplimiento, exigir que se ejecute dicha cláusula». Asimismo la sentencia de 29 de junio de 2009 insiste en que las arras penales no permiten desistir del contrato, cuando afirma que «encaja también en las de carácter penal, las cuales, a diferencia de las penitenciales, se pactan como simple garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, pero no al objeto de que las partes puedan desistir lícitamente del contrato con tal proceder» (asimismo SSTs de 16 y 24 de marzo de 2009). El examen de la cláusula transcrita en el fundamento primero de esta sentencia lleva a la conclusión de que se trata de una cláusula penal en el sentido descrito en la sentencia de 25 de octubre de 2006. Se pactaron arras penales como garantía del cumplimiento, que no permitían a los vendedores desistir del contrato, como hicieron, porque éste era firme, aunque sometido a condición, a la que no se imponía ningún tipo de plazo. **(STS de 27 de octubre de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.— En septiembre de 2002, H compró a M, JE, L, M y J una finca mediante un documento privado denominado «señal de compraventa» y abonó una cantidad de dinero en el momento de la firma. Al parecer, las partes pactaron el pago completo del precio en el momento de otorgar escritura pública y que la misma debería formalizarse —textualmente— «una vez que se haya aprobado el expediente de recalificación por parte de la administración», sin hacer referencia a plazo alguno.

En noviembre de 2004 los vendedores enviaron un burofax a H por el que le comunicaron que desistían y ponían a su disposición una suma de dinero equivalente al doble de la cantidad abonada por el comprador. La recalificación urbanística de la finca no tuvo lugar hasta el año 2005 — la sentencia no expresa la fecha.

Recibida la comunicación de desistimiento, H interpuso demanda en la que solicitó que se declarara la validez del contrato de compraventa y la obligación de los vendedores de otorgar escritura pública. Los vendedores a su vez formularon reconvencción en la que pidieron la declaración de la nulidad del contrato y, subsidiariamente, el desistimiento.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huelva estimó la demanda y desestimó la reconvencción mediante sentencia de 13 de diciembre de 2005. Interpuesto recurso de apelación por los vende-

dores, la sentencia de 5 de junio de 2006 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Huelva lo estimó y revocó la sentencia apelada. El comprador recurre en casación tras considerar que las arras habían sido pactadas como indemnización por incumplimiento de obligaciones derivadas de la compraventa y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

**19. Acción revocatoria por fraude de acreedores. Cómputo del plazo de caducidad. Determinación del *dies a quo*. Suspensión del cómputo del plazo.**—Dado que la realidad demuestra que los comportamientos fraudulentos suelen rodarse de cierta clandestinidad, la jurisprudencia, para no perjudicar los legítimos derechos al cobro de los acreedores, aplica un criterio flexible y adaptado a las circunstancias del caso a la hora de establecer el día inicial del cómputo de los cuatro años. Y así, exige en ocasiones que el acto fraudulento no permanezca oculto (STS de 4 de septiembre de 1995). En otras ocasiones mantiene la teoría de la insatisfacción («nichte-befriedigungstheorie»), según la cual el cómputo del plazo de caducidad no se inicia cuando se tiene noticia del hecho, sino cuando el derecho queda insatisfecho y se conoce la trascendencia lesiva del hecho (SSTS de 16 de febrero de 1993, de 1 de diciembre de 1997 y de 27 de mayo de 2002). Queda suspendido el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción revocatoria por fraude de acreedores mientras se siga procedimiento penal en caso de delito perseguible de oficio, pues amén del carácter exclusivo y excluyente que tiene la jurisdicción penal respecto a cualquier otra (artículos. 111 y 114 LECrim), parece más adecuado a la realidad no exigir a quien es víctima de un comportamiento fraudulento desplegar actividades que momentáneamente se revelan como inútiles, incurriendo en gastos innecesarios. Por lo que cabe no computar, a efectos de la caducidad, aquel tiempo durante el que por ley no pudo ejercitarse la acción. (**STS de 5 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

**HECHOS.**—La entidad financiera CGAG concedió en enero de 1994 un crédito a la mercantil IAEM, S.A. por un importe de 601.012 €. Dicho crédito fue afianzado por los esposos L.E. y M.L., a la sazón administradores y titulares, junto con sus hijos, de la sociedad prestataria. Meses después el matrimonio se deshizo de la propiedad de diversos bienes inmuebles mediante su aportación a otra sociedad de la que también eran únicos titulares, así como por donación a sus hijos. En 1997 el banco interpuso querrela criminal por alzamiento de bienes, que fue archivada. En 2002 demandó a la sociedad beneficiaria del crédito así como a los avalistas y a los hijos de éstos, ejercitando una acción de reclamación de cantidad por el importe debido, y otra revocatoria por fraude de acreedores respecto a las transmisiones llevadas a cabo. El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción de reclamación de cantidad pero desestimó la revocatoria por entenderla caducada. La Audiencia Provincial de Granada estimó el recurso de apelación de la actora y dejó sin efectos las enajenaciones impugnadas. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de los demandados. (*L. A. P. M.*)

**20. Sociedades Anónimas. Personalidad jurídica: levantamiento del velo por sucesión fraudulenta de empresas.**—El fundamento de la pretensión actora reside en la existencia de una sucesión de empresas efectuada para un fin fraudulento: burlar el cumplimiento de obligaciones contractuales y eludir el pago de lo debido. La «causa petendi» y la «ratio decidendi» coinciden en la existencia de una actuación fraudulenta de las dos codemandadas determinante de responsabilidad a través de la doctrina del levantamiento del velo. La misma constituye un importante mecanismo jurídico para corregir las consecuencias dañosas para terceros derivadas de un ejercicio abusivo de la figura de la persona jurídica. Y esto es lo que ha sucedido en el caso respecto de la sociedad I.T.C., S.L. y del administrador M. Dice el juzgador «a quo» respecto de éste (el aquí recurrente) que «utiliza fraudulentamente una sociedad de responsabilidad limitada, para llevar a cabo una actuación personal, la continuación del negocio de la empresa B, en beneficio exclusivo, amparándose en la limitación de responsabilidad de la sociedad para eludir posibles responsabilidades», y añade que «I.T.C., S.L. no deja de ser un instrumento de M para materializar la distracción del negocio de B a favor suyo...». En definitiva, las actoras se ven defraudadas en sus relaciones negociales con la sociedad B por una actuación ilícita en su conjunto efectuada por el administrador M. La aplicación a los hechos del caso —incólumes en casación— de los efectos de la doctrina del levantamiento del velo tiene un sólido apoyo en la normativa del Código Civil que sanciona el fraude (art. 6.4) y el ejercicio abusivo del derecho (art. 7.2) y exige que los derechos se ejerciten de buena fe (art. 7.1) y en la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 22 de febrero, 30 de mayo, 29 y 30 de octubre, 29 de noviembre y 19 de diciembre de 2007, 1 de febrero de 2008, 3 de abril y 7 de julio de 2010), siendo de resaltar por su paralelismo con el supuesto que se enjuicia la Sentencia de 30 de mayo de 2008, en la que se señala que «la persona que “instrumenta” la sociedad causante del daño debe responder, sin que se pueda amparar en la responsabilidad limitada de la misma». **(STS de 19 de octubre de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—En fecha 22 de julio de 2003, las entidades mercantiles I.M.B., S.A. e I.M.T., S.A. instan demanda contra I.T.C., S.L. y M a raíz de una actuación fraudulenta por parte de éste que era socio y administrador único de B.,S.L, sociedad que vació de contenido económico, dando lugar al incumplimiento de las obligaciones contractuales que ésta tenía contraídas con las demandantes, creando una nueva sociedad, I.T.C., S.L., en la que asume la práctica totalidad del capital social (99%), para suceder a la anterior en la actividad que venía desarrollando, eludiendo las responsabilidades existentes.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Barcelona desestimó la demanda entendiendo que el presupuesto y fundamento de la pretensión de la parte actora era el laudo arbitral. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso presentado por la parte actora y condena a los demandados a pagar solidariamente a las demandantes al apreciar una sucesión fraudulenta de empresas. Interpuesto por M recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (M. C. S.)

**21. Compraventa de inmuebles: Motivación de las sentencias.**—El TC ha establecido que la exigencia de motivación no impone ni una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate (STC de 25 de junio de 1992), y que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 CE (STC de 16 de noviembre de 1992); por otra parte ha sentado que no se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide (SSTC de 12 de noviembre de 1990, 28 de enero de 1991 y 25 de junio de 1992).

**Error en la valoración de la prueba: Recurso extraordinario por infracción procesal.**—Dicho motivo no está previsto como concreto en el artículo 469.1 LEC. siendo lista cerrada la enumeración de los mismos. En realidad lo que pretende el recurrente es convertir la casación en una tercera instancia, mediante una conjunta valoración de los medios de prueba, lo que no es posible, ni tiene fundamento alguno querer hacer valer determinados documentos, no advirtiéndose arbitrariedad ni error notorio al valorar la prueba pericial.

**Obligaciones del vendedor: Saneamiento por evicción: Cláusula de estilo sobre inexistencia de carga o gravamen: artículo 1.483 CC: Tasa por mantenimiento de elementos comunes.**—La circunstancia de hacerse constar en los contratos de compraventa de fincas la existencia o no de cargas o gravámenes no aparentes que pesan sobre ella, fundada en el carácter conmutativo de este contrato del que, a su vez, se deriva la necesidad de la equivalencia entre las recíprocas prestaciones, tiene como finalidad la de eludir las consecuencias rescisorias e indemnizatorias que nacen de la omisión en el contrato de su constancia, al amparo del artículo 1.483 CC; por ello, en realidad, la mención de las cargas o gravámenes sobre la cosa vendida lo que hace es delimitar el objeto del contrato fijando su contenido y las obligaciones que en cuanto a la entrega de la cosa vendida asume el vendedor (STS de 15 de diciembre de 1992). Para fijar el contenido de la expresión convencional de que la vendedora asegura que la finca vendida *está libre de cargas, gravámenes, así como de arrendatarios* hay que partir del texto del artículo 1.483 CC, que ha sido interpretado por la doctrina científica en el sentido de que tales gravámenes han de ser constitutivos de derechos reales, limitativos de los derechos de goce o disposición del propietario, en tanto que la carga impone al propietario la obligación de satisfacer una prestación, generalmente periódica, a favor del titular del derecho; por el contrario, no se incluyen las limitaciones legales del dominio que tienen carácter institucional y configuran el contenido normal del dominio por lo que no pueden ser desconocidas por el comprador, como sucede en este caso, en el que lo que se califica de carga no son más que gastos de mantenimiento de un elemento común a las viviendas que integran la Comunidad demandante, el sometimiento a una tasa que, debida o indebidamente, gira la administradora a la Comunidad como beneficiaria de un servicio público por vertido de las aguas procedentes de la capa freática y que esta conocía desde el año 2001, además de tratarse de un problema común y conocido de todos los edificios de la zona, y que si bien afecta directa y esencialmente al predio, no tiene más consecuencia que su abono en una cifra cuya importancia tampoco se acredita por cuanto el nivel freático se caracteriza por ser fluctuante; razón por la que no tiene reflejo alguno en los distintos contratos de compraventa, como tampoco lo tienen en otras situaciones similares a las que puede verse

afectado el inmueble. La solución constructiva era correcta y de ello sólo podrá derivar un mayor o menor coste de mantenimiento para los vecinos, más que como imposición de una carga oculta de mala fe a los compradores, sino como efecto de la misma.

**Daños y perjuicios.**—El referido gravamen no es tal, y la promotora vende el inmueble con una solución constructiva adecuada y anterior a los contratos privados de compraventa, que cuenta con las licencias correspondientes, que está funcionando de forma correcta y que era conocido para el comprador el costo del gasto de mantenimiento a partir del momento en que se le gira la tasa, pues antes, pese a conocerla, no la pagaba.

**Legislación de consumidores.**—La sentencia no aplica esta normativa, la cual, además, no tiene incidencia alguna en los hechos salvo que se exija una información reforzada sólo justificada en razón a los intereses subjetivos y posteriores que cada vecino tenga de ese o de cualquier otro gasto, que resulte de una construcción que, aun correctamente ejecutada, pueda derivar en orden a su mantenimiento (**STS de 30 de septiembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Seijas Quintana.]

**HECHOS.**—La Presidenta de una Comunidad de propietarios demanda al grupo de empresas PRASA reclamando el abono de una suma cercana al millón de euros como indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la carga o gravamen oculto o desconocido consistente en la sujeción a la tasa de vertido a la red municipal de aguas (EMASA), procedentes de la capa freática a través de los pozos extractores situados en la segunda planta sótano del edificio. La demanda se ampara en los artículos 1.483, 1.101 y 1.270 CC. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando al pago de una suma que representaba la quinta parte de la reclamada. La Audiencia Provincial estimó la apelación interpuesta por la parte demandada, absolviéndola de la reclamación, basada en que la prueba permite deducir que la actora conocía tanto la carga que soportaba el edificio, por causa de las fluctuaciones importantes en el nivel freático, como la existencia de bombas de extracción.

**NOTA:** Un tanto singular resulta el planteamiento procesal del caso pues aunque el argumento principal gira en torno a la interpretación del artículo 1.483 CC, no se invoca en la demanda ningún contrato concreto de compraventa (cuya fecha sería, por ej., decisiva, para la eventual prescripción extintiva de la acción), con la subsiguiente identificación del comprador y del piso afectado. En realidad se ejercita una acción indemnizatoria con base en dicho precepto, y aunque la presidenta de la Comunidad tiene legitimación para accionar, entiendo que hubiera debido proporcionar los datos aludidos. El rechazo del recurso se basa en una opinión doctrinal y jurisprudencial reiterada (cfr. García Cantero, *Com. Albaladejo*, XIX, 2.<sup>a</sup> ed, Madrid 1991, pág. 340). (*G. G. C.*)

**22. Compraventa de inmueble. Resolución por impago del precio.**—Según declara el Tribunal Supremo, para estar en presencia de un incumplimiento resolutorio no se exige una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento sino que, atendiendo a criterios objetivos, se exige que el

incumplimiento sea esencial. Así sucede en el caso de incumplimiento de la obligación de pago del precio, cuando ni siquiera se ha pretendido su consignación, puesto que impide al vendedor obtener lo buscado con la conclusión del contrato de compraventa (SSTS de 31 de enero de 2008, 9 de marzo de 2005, 10 de mayo de 2007 y las que en ellas se citan).

**Compraventa de inmueble. Incumplimiento del pago del precio y defectos en el inmueble comprado.**—Afirma el alto tribunal que la negativa de la parte compradora a pagar el precio sólo estaría justificada cuando el incumplimiento de la vendedora se hubiera referido a prestaciones esenciales y no a prestaciones complementarias que no impiden la realización del fin del contrato, como es el caso de simples desperfectos en el inmueble entregado. (STS de 6 de septiembre de 2011; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Las partes celebraron un contrato de compraventa de un chalet que estaba en construcción. En el momento de celebrar el contrato, la compradora pagó parte del precio dejando el resto para el momento del otorgamiento de la escritura pública. Antes de terminar las obras, el promotor y la compradora estuvieron de acuerdo en que esta última ocupara el chalet. La compradora detectó la existencia de defectos en la construcción y los reclamó al vendedor promotor. Estuvo dando largas para el otorgamiento de escritura y en ningún momento intentó pagar el precio o consignarlo. Por todo ello, la vendedora envió a la compradora un requerimiento notarial dando por resuelto el contrato de compraventa.

La compradora presentó una demanda solicitando el cumplimiento del contrato y el resarcimiento de los daños y perjuicios por los defectos de la construcción. Al mismo tiempo, la vendedora ejercitó la acción resolutoria del contrato por incumplimiento. Ambos procedimientos se acumularon. El Juzgado de primera instancia estimó la demanda de la compradora y desestimó la de la vendedora. La vendedora presentó un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia provincial que confirmaba la sentencia apelada y denegaba la resolución del contrato por incumplimiento por considerar que la falta de pago del precio se debía a circunstancias ajenas a la voluntad del comprador. En el recurso, la vendedora alega infracción del artículo 1.504 CC. (L. P. S. M. P.)

**23. Contrato de opción de compra de inmuebles: Ejercicio de la opción mediante declaración de voluntad recepticia: Efectos.**—La posición de la Sala ante jurisprudencia no coincidente sobre el momento en que produce efecto la declaración recepticia, es que se ha de partir de la finalidad de la declaración de voluntad del optante que, si por un lado constituye una declaración unilateral, por otro no es más que la aceptación de lo ofrecido de forma irrevocable durante el plazo fijado. Esta finalidad de *prestación del consentimiento* a efectos de *perfección* del contrato optado aparece claramente reconocido en reiterada jurisprudencia (STS de 14 de febrero de 1997, con cita de la anterior); precisamente de su carácter recepticio deriva la exigencia de que llegue a su destinatario.

**Sistemas del perfeccionamiento del contrato.**—Es cierto que la teoría de la emisión no resulta extraña a nuestro sistema, en el que han convivido tres

regímenes diferentes: 1) el fijado por el artículo 54 CCOM que seguía el criterio de la emisión; 2) el originario del segundo párrafo del artículo 1.262 CC adscrito al régimen de la cognición; y 3) el de la recepción seguido por la Convención de Viena de 1980, ratificado por España, sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, en su artículo 18, ap. 2. Pero los regímenes civil y mercantil se han unificado por aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, incorporándose al artículo 1.262 ap. 2 la siguiente regla: *Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe.*

No parece inútil mencionar que en el mismo sentido apunta el artículo 1.250 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones, elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero de 2009, y que también se orientan en este sentido los Principios Lando de Derecho Europeo de los contratos (núm. 1, del art. 2:205 y núm. 1, del artículo 2:206).

En este contexto jurisprudencial y legislativo, la Sala fija como doctrina que, tanto si se entiende que por el contrato de opción se emite una oferta contractualmente irrevocable –como apunta el artículo 1.331 CC.it.–, como si se sostiene que el contrato de opción constituye un contrato de promesa –figura a la que alude el artículo 410 CC port.–, o una promesa unilateral aceptada, o le atribuye una naturaleza diferente, la declaración del optante tiene carácter recepticio, y para que sea eficaz, si otra cosa no se pactó, debe ser conocida por el *concedente* dentro del plazo fijado o, alternativamente, habiéndose remitido al concedente dentro del expresado plazo, el destinatario no puede ignorarla sin faltar a la buena fe, por haber llegado a su círculo de interés, lo que, desde luego, no supone una aplicación retroactiva de la norma y, menos aun, de criterios doctrinales manifestado en estudios prelegislativos, sino aplicación del criterio de la cognición matizado por los principios de auto-responsabilidad o de razonable posibilidad de conocimiento de la aceptación por el recurrente.

**Buena fe objetiva.**—En este caso, ha quedado demostrado que la comunicación dentro de plazo quedó frustrada por no hallarse en su domicilio la concedente, siendo indiferente si faltaba mucho o poco para el agotamiento del tiempo fijado en el contrato, dado que todo él era válido. Para decidir si la comunicación podía o debía ser conocida por su destinatario no es suficiente la utilización de criterios de buena fe subjetiva, ya que la seguridad jurídica y el principio de auto-responsabilidad imponen estar a la buena fe objetiva, como estándar de conducta socialmente admisible (así SSTs de 19 de enero y 22 de diciembre de 2005, y las que citan). La buena fe objetiva exigía de la concedente no obstaculizar el conocimiento del ejercicio del derecho de opción, ausentándose dentro del plazo concedido a la optante del domicilio en el que debía notificarse el ejercicio del derecho, sin indicar otro lugar en el que recibir razonablemente cualquier comunicado al respecto.

**Irrelevancia de la no inscripción del poder de quien aceptó la opción.**—Sin perjuicio de los efectos de la publicidad material negativa que pueden derivarse del artículo 20 CCOM la falta de inscripción del apoderado no afecta a la validez de los actos de aceptación realizados por éste, ni supone defecto de capacidad ni en el poderdante ni en el apoderado. La fehaciencia exigida en el pacto quinto se refiere a la comunicación de la aceptación, no a la representación.

**Inexigibilidad del pago simultáneo.**—Se había pactado el pago del precio dentro de los cinco días naturales siguientes al último día del plazo señalado para el ejercicio de la opción, cuando la sociedad agotase el plazo concedido. Es cierto que la libertad de pactos consiente que el ejercicio de la opción se supedite al simultáneo ofrecimiento de pago, o a su consignación (así en los casos resueltos por SSTs de 19 de mayo de 2003 y 5 de julio de 2006), en cuya hipótesis tal ofrecimiento o pago opera como requisito o condición ineludible para el ejercicio de la opción. Ahora bien la interpretación razonable de lo estipulado en el pacto tercero —*en el momento de su ejercicio, al contado, y en el momento de formalizarse la correspondiente escritura*— conduce a entender que el momento del pago al contado era el de la formalización de la correspondiente escritura, es decir, en un momento posterior al del ejercicio de la opción.

**Contrato a favor de persona a designar.**—Es una modalidad admitida por la jurisprudencia, caracterizada porque una de las partes queda identificada alternativamente: *el estipulante o la persona que él designe*; lo que tratándose de un contrato de opción suele identificarse con la denominada en el tráfico *opción mediatoria*, por lo que procede estimar la demanda.

**Imprudencia de intereses.**—En nuestro sistema rige el principio de libertad de pactos y el principio nominalista, de tal forma que si las partes no estipularon la estabilización del precio en función de las oscilaciones del mercado, a salvo los excepcionales supuestos en que cabe aplicar la regla *rebus sic stantibus*, sobre las mismas recaen las consecuencias beneficiosas para una y perjudiciales para otra de la evolución de los costes de bienes y servicios. Lo expuesto supone que, una vez perfeccionada la compraventa, la dilación en su consumación pueda suponer que el precio no coincida con el que se fija usualmente para la adquisición o venta de bienes similares. Pero ello por sí solo no faculta a ninguna de las partes para interesar el incremento o disminución del precio estipulado cuando la contraparte no ha incurrido en mora. Esto es lo que pretende la demandada pese a que ha sido la propia parte la que se ha opuesto al cumplimiento del contrato en el momento estipulado, y ha conservado en su poder la cosa ya vendida. **(STS de 17 de septiembre de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

NOTA.—Sentencia dictada por el Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup>, que cuenta con el Voto particular del Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz, concurrente con el fallo, aunque discrepante en los fundamentos (entiende que la opción se perfecciona desde el momento en que se emita la opción, aunque llegue a conocimiento del concedente fuera de plazo).

Sorprende que en ambas instancias la demanda del optante fuese desestimada. En este sentido puede entenderse que la aportación de esta s. consiste en aclarar que la buena fe a que se refiere la redacción vigente del artículo 1.262 párr. 2.º CC es la calificada de objetiva, que, en el caso, obligaba a la concedente a facilitar el ejercicio de la opción cuando esta decide ausentarse de su domicilio en los días finales del plazo de ejercicio (por ej. dejando indicaciones precisas sobre su residencia temporal para posibilitar la notificación).

En el tema del llamado *contrato a favor de persona por designar*; ha advertido recientemente Cámara Lapuente, *Algunas modalidades de contratos. I. El contrato para persona a designar ...* (en

el vol. «Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía», coord. García Cantero, Zaragoza 2005, pp. 366 y ss.), que como contrapunto a los artículos 70 y 71 del Proyecto de Pavía, los PECL no dedican a esta modalidad contractual una sección específica ni una categoría independiente, aunque implícitamente puede estar embebida en el régimen de la representación (*G. G. C.*)

**24. Impugnación del derecho de opción en dos procesos consecutivos. Inexistencia de cosa juzgada. La cuestión a decidir en el segundo proceso –invalidez del contrato por carecer de un elemento esencial– no coincide ni se asemeja a la de la contienda judicial que se alega como precedente, en la que lo que se discutía era el comportamiento cumplidor o no de la sociedad optante.**—En los procesos respecto a los que se postula la aplicación del principio de cosa juzgada, las acciones discutidas –de resolución por incumplimiento, en el primer proceso, y la acción de nulidad, en el segundo– se fundan en distinta *causa petendi*. La primera acción da por supuesta la existencia y la validez del contrato, mientras que la segunda tiene como presupuesto fáctico la inexistencia de los elementos sustanciales del mismo. Por tanto, no se aprecia la existencia de cosa juzgada, dada la diferente naturaleza de las acciones de resolución por incumplimiento y de nulidad que fueron planteadas en los dos procesos entre los que pretende establecerse la relación de cosa juzgada. La petición de nulidad por ilicitud de objeto planteada en el primero de los litigios se formuló en relación con el pacto relativo al cumplimiento de la condición a que se sometió la opción, pero en dicho proceso no se planteó cuestión alguna relativa a la concurrencia de los requisitos que exige la validez del derecho de opción. **(STS de 29 de septiembre de 2010, no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Inmobiliaria AF, S.A, suscribió un contrato con don Íñigo, por el que este último –como propietario de unos terrenos– autorizaba a la inmobiliaria a realizar las gestiones necesarias para la recalificación de aquéllos como urbanizables; a cambio le concedía un derecho de opción de compra sobre los mismos siempre que se produjera la indicada recalificación. Tras la muerte de don Íñigo, ocupan su posición jurídica en el contrato sus hijos. Éstos interpusieron demanda contra la Inmobiliaria instando la resolución del contrato por incumplimiento de la actividad destinada a obtener la recalificación urbanística. En este proceso también se planteó la nulidad del contrato por ilicitud del objeto en relación con la recalificación urbanística que constituía la condición. El proceso concluyó con sentencia desestimatoria. Efectuada la recalificación urbanística de las parcelas, la Inmobiliaria requirió a los hijos de don Íñigo para el cumplimiento de la opción de compra. Ante su negativa la Inmobiliaria insta judicialmente el cumplimiento del contrato de opción de compra. Sus hijos opusieron la inexistencia de objeto de la opción por falta de determinación del precio. La Inmobiliaria alegó cosa juzgada respecto a la causa de oposición opuesta. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda de la inmobiliaria. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia lo desestima, confirmando la sentencia de instancia y declarando la inexistencia de cosa juzgada. El TS desestima el recurso de casación (*C. O. M.*)

**25. Contrato de permuta. Obra futura (cambio de suelo por vuelo).—**

El contrato de permuta de solar por edificio a construir es una modalidad contractual atípica, admitida por la Sala Primera, entre otras muchas, en SSTS de 13 de marzo de 1997, 3 de octubre de 1997, 1 de diciembre de 2000, 26 de febrero de 2001, 6 de febrero de 2002, 26 de abril de 2007, 8 de mayo de 2008, 6 de julio de 2009, 3 de noviembre de 2009, 20 de noviembre de 2009, 13 de noviembre de 2009 y 13 de abril de 2010. Presenta conexión con tres figuras contractuales tipificadas en el CC, como son la compraventa, la permuta y el arrendamiento de obra, lo que implica que las normas reguladoras de estos contratos serán de aplicación subsidiaria, en defecto de lo libremente estipulado por las partes con base al principio de libertad contractual (por todas, STS de 7 de abril de 1999).

**Entrega de la cosa vendida. Buena fe.**—A diferencia del contrato de permuta de bienes presentes, en que ambas cosas existen y están determinadas desde su celebración, y pueden ser adquiridas por los permutantes desde ese momento, en el de permuta de suelo por edificio a construir estamos ante un contrato cuyo objeto es cierto, en cuanto determinable sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes contratantes (SSTS de 31 de diciembre de 1999, citada por la de 13 de abril de 2010, y de 20 de noviembre de 2009) pero que, independientemente de cómo acuerden las partes denominar a este negocio, lo que lo singulariza es que con él se pretende desvincular la cesión del solar a la entidad encargada de construir del derecho personal que ostenta el cedente del terreno sobre la edificación futura, de manera que mientras el dominio sobre el solar lo adquiere la parte cesionaria del mismo en el acto de la firma de la escritura pública (de permuta, cesión o venta de cosa futura), la propiedad sobre el edificio pendiente de construir o sus partes (pisos o locales concretos), cuya entrega conforma la contraprestación de la cesionaria del suelo, depende, primeramente, de que efectivamente esta última cumpla el compromiso asumido de edificar; y en segundo lugar, de que se haga entrega del mismo pues la mera perfección del contrato —título— no produce efectos traslativos del derecho real sino va seguido del modo o tradición.

Para dilucidar cualquier controversia relativa al contenido del contrato y a las concretas obligaciones derivadas del mismo para cada una de las partes, y, en particular, para aclarar si queda a cargo de la adquirente de la edificación futura, tras su entrega, la obligación de otorgar acta acreditativa de que la misma se produjo, no obstante tener que partir de la voluntad común manifestada por los contratantes dentro de su ámbito de la autonomía de la voluntad contractual, no cabe obviar que es doctrina reiterada de esta Sala (SSTS de 23 de noviembre de 1962, 16 de septiembre de 1979, 9 de octubre de 1993, 26 de octubre de 1995, 17 de febrero de 1996, 10 de octubre de 1997, 10 de octubre de 2001, 20 de diciembre de 2004, 13 de julio de 2007, 16 de marzo de 2009 y 7 de diciembre de 2009), que el artículo 1.258 CC es un precepto que posibilita la —heterointegración— del contrato completándolo con la exigencia de otras obligaciones que constituyen derivaciones necesarias o naturales de las pactadas. En particular, la jurisprudencia declara que el precepto se proyecta sobre lealtades y fidelidades recíprocas; supone una exigencia de coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y en el ámbito de los negocios; impone comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención del fin propuesto, comprendiendo las obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento; no solo es complemento de lo convenido, sino que regula los efectos que durante la vigencia del pacto, puedan y deban producir determinados acaecimientos y la

reacción ante los mismos; y, sobre todo, busca proteger la confianza. Así lo viene repitiendo la doctrina jurisprudencial dictada en aplicación del citado artículo 1.258 CC, en relación con el 7.1 CC, que hace hincapié en la exigencia de una conducta coherente en el tráfico jurídico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás (SSTS de 9 de mayo de 2000, 25 de enero de 2002, 26 de julio de 2002, 13 de marzo de 2003, 23 de mayo de 2003, 8 de marzo de 2006, 6 de abril de 2006, 9 de abril de 2007, 31 de octubre de 2007 y 7 de diciembre de 2009); protección de la confianza que el acto o conducta de una persona suscita objetivamente en otra u otras (SSTS de 20 de febrero de 2003, 22 de mayo de 2003); confianza fundada en un comportamiento futuro coherente (SSTS de 10 de mayo de 2004, 15 de diciembre de 2004, 30 de diciembre de 2004, 4 de febrero de 2009, 28 de febrero de 2009 y 26 de mayo de 2009); cuando se han creado en otra persona expectativas razonables (SSTS de 27 de septiembre de 2005, 28 de octubre de 2005, 28 de julio de 2006, 17 de octubre de 2006 y 15 de junio de 2007). **(STS de 13 de octubre de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Mediante documento privado, elevado con posterioridad a escritura pública, las entidades litigantes suscribieron un contrato que denominaron de compraventa, permuta o cesión, en virtud del cual la hasta entonces propietaria del solar, valorado en 104.000.000 de pesetas, aceptaba su cesión en propiedad a la contraparte a cambio de 50.000.000 de pesetas y del pleno dominio del local comercial que se ubicaría en la planta baja del edificio a construir por la cesionaria del suelo en el plazo de dos años.

La entidad cesionaria del suelo y obligada a la entrega del local formuló demanda por la que solicitaba la condena de la contraparte a otorgar la correspondiente acta de entrega del local, una vez verificada ésta. La entidad demandada se opuso a dicha pretensión aduciendo el previo incumplimiento de la constructora, tanto por entregar un local distinto al pactado como por hacerlo con retraso. En atención a estos hechos formuló reconvenición solicitando una indemnización.

El Juzgado desestimó la demanda y estimó en parte la reconvenición. Aunque el Juzgado consideró probado que se había entregado una cosa distinta a la pactada y que además se había entregado después del plazo estipulado, sólo concedió una indemnización por el retraso.

La Audiencia Provincial rechazó el recurso de la parte actora y estimó parcialmente el de la demandada reconviniente, lo que supuso la revocación de la sentencia apelada en el único extremo de elevar la indemnización por demora.

Contra ésta última sentencia recurrió en casación la parte actora. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso estimando que, a pesar de que en la mencionada escritura pública no se hizo mención alguna a la obligación de otorgar acta de entrega de los locales, este hecho no es factor decisivo para excluir tal obligación, por derivar ésta de modo implícito de la propia naturaleza del contrato y de la buena fe objetiva que ha de presidir cualquier relación contractual. (*M. L. K.*)

**26. Permuta de cosa futura: contrato perfecto y no tratos preliminares.**—En el presente supuesto, se considera contrato de *permuta de cosa futura*, el cambio de parcela por parte de edificación a construir. Este contrato, reconocido por doctrina y jurisprudencia, es de enorme difusión en la realidad social, válido de la misma manera que la compraventa de cosa futura, y encajable en el concepto de permuta que da el artículo 1.538 del CC (SSTS de 8 de marzo de 2001 y 19 de julio de 2002, que citan numerosas sentencias anteriores).

El contrato de *permuta de cosa futura* es un contrato perfecto por el consentimiento, objeto y causa; aunque deba ser complementado, en el presente caso, con posterioridad, en determinados aspectos, que pueden salvarse por el uso, la práctica, los acuerdos o tratos previos o, en suma, por la buena fe contractual, que proclama el artículo 1.258 CC y constituye un principio general del Derecho. (STS 1 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El pleito partió de dos contratos, uno de compraventa en escritura pública y otro de permuta de cosa futura en documento privado, ambos de fecha 8 de mayo de 2002. La demanda tenía por objeto, básicamente, el cumplimiento del contrato de permuta y, subsidiariamente, la resolución del contrato de compraventa.

En el contrato de compraventa, la actora vendió a la demandada una parcela de un proyecto de reparcelación. En el contrato de permuta, la demandada se comprometió, de manera formal y expresa, a permutar a la actora la finca comprada a cambio de un local comercial que se describe someramente.

Las sentencias de instancia estiman la demanda y, en consecuencia, declaran la obligación de la demandada de dar cumplimiento al contrato de permuta con la consecuente elevación a escritura pública. El TS no da lugar al recurso de casación. (I. D. L.)

**27. Contratos de arrendamientos urbanos sometidos a la LAU de 1964. Prórroga forzosa. Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril. El sometimiento de estos contratos al régimen de prórroga forzosa exige un acuerdo expreso.**—Tras la vigencia del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, los contratos de arrendamientos urbanos sometidos a la LAU de 1964 tendrán la duración que libremente estipulen las partes. Para que queden sujetos al régimen de prórroga forzosa del artículo 57 LAU de 1964, es necesario que exista un acuerdo expreso en tal sentido, sea explícito o implícito, pero nunca tácito; de forma que, a falta de cláusula, la deducción de la duración indefinida debe ser clara y terminante. Así pues, la utilización de la expresión «tiempo indefinido» no equivale a someter el contrato al régimen de prórroga forzosa *ex* artículo 57 LAU de 1964, por no ser términos equivalentes y por exigirse una deducción inequívoca del articulado del contrato. Debiendo estarse, ante la duda, al régimen general delimitado por el citado Real Decreto-ley, esto es, a la naturaleza temporal de tales contratos. (STS de 7 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Las sucesoras del primitivo arrendador demandaron en 2004 al arrendatario solicitando la resolución del contrato por expiración del término. El arrendamiento, sometido a la L.A.U.

de 1964, se había celebrado en junio de 1993, vigente ya el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, en el que se suprimió la obligatoriedad de la prórroga forzosa; y en él se había pactado la duración del mismo «por tiempo indefinido». El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que, de la cláusula en cuestión y de las circunstancias personales del contrato, estaba sometido al régimen de prórroga forzosa. La Audiencia Provincial de Alicante estimó el recurso de apelación de las actoras y consideró que el pacto de duración indefinida era ineficaz y, dada la naturaleza temporal del arrendamiento, procedía su extinción. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación del demandado. (I. D. L.)

**28. Contratos de arrendamientos urbanos sometidos a la LAU de 1964. Vivienda de protección oficial. Renta superior a la permitida administrativamente. Aplicación de la disposición adicional primera de la LAU de 1994: nulidad de la cláusula aunque el contrato sea anterior a la entrada en vigor de la LAU de 1994.**—De acuerdo con la más reciente jurisprudencia, no se puede poner en duda que la disposición adicional primera, ap. 5 de la LAU de 1994 va a afectar a cualquier contrato con independencia de la fecha de su celebración, incluso a los anteriores a los que la jurisprudencia daba cobertura. A partir de la entrada en vigor de esta Ley no es ni ética ni jurídicamente sostenible admitir que existen dos suertes de contratos de arrendamientos, unos amparados en una jurisprudencia permisiva y otros sujetos a la regla sancionadora impuesta por dicha disposición adicional primera. La cláusula que establece una renta superior a la permitida administrativamente es nula y obliga a las partes a acomodar la renta a las previsiones de la propia disposición adicional primera, con devolución de lo pagado en exceso, salvo para los contratos anteriores a la entrada en vigor de la Ley, en los que no será procedente esta devolución, pero sí la adaptación de la renta pactada a las previsiones legales (STS de 14 de mayo de 2009). (STS de 14 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El arrendatario de una vivienda de protección oficial demandó la nulidad de la cláusula que le imponía una renta superior a la permitida administrativamente. El contrato, suscrito en 1988, estaba sujeto a la LAU de 1964, y el actor pedía la aplicación de la disposición adicional primera de la LAU de 1994. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda al considerar que el régimen legal aplicable al contrato no sancionaba con la nulidad este tipo de cláusulas, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar. El Tribunal Supremo acogió la tesis del actor y entendió que también a los contratos sometidos a la LAU de 1964 era aplicable la sanción de nulidad prevista en el ap. 5 de la disposición adicional primera de la LAU de 1994. No obstante, teniendo en cuenta que la vivienda había quedado liberada en precios a partir de 1993, antes incluso de la entrada en vigor de la LAU de 1994, consideró innecesaria la adaptación pretendida y no dio lugar al recurso de casación del actor. (I. D. L.)

**29. Contratos de arrendamientos urbanos sometidos a la LAU de 1964. Desahucio por falta de pago de las cantidades asimiladas a la renta: importe de las obras de reparación necesarias. Aplicación de la disposición transitoria segunda de la LAU de 1994: las cantidades invertidas en reparaciones necesarias pueden ser repercutidas sobre el inquilino.**—La entrada en vigor de la LAU de 1994 permite considerar que la causa resolutoria prevista en el artículo 1.14.1.<sup>a</sup> de la LAU de 1964 comprende, en la actualidad, el impago de las cantidades referidas tanto a servicios y suministros producidos a partir de la vigencia de la Ley de 1994, así como al importe de las obras necesarias para mantener la vivienda en estado de servir para el uso convenido, en virtud de la aplicación de la disposición transitoria segunda, ap. C), 10.3 y 10.5 de la LAU de 1994. Pues una interpretación integradora de ambas normas (las leyes de 1964 y 1994) lleva a estimar su necesaria calificación como «cantidad asimilada a la renta». Una interpretación diferente obligaría al arrendador a iniciar procedimientos sucesivos de reclamación contra el arrendatario incumplidor respecto de una obligación periódica de la que debe responder durante la vigencia del contrato, lo que exige su necesaria asimilación a estos efectos de obligación de pago de la renta. Esta línea jurisprudencial de interpretación ha sido recogida respecto al incumplimiento de otras obligaciones, como la del pago del I.B.I. por el arrendatario (SSTS de 12 de enero de 2007, de 24 de septiembre y de 7 de noviembre de 2008); y en un supuesto como el presente se ha resuelto de la misma manera en la STS de 10 de marzo de 2010. **(STS de 7 de julio de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Las propietarias de una vivienda sobre la que existía un arrendamiento concertado en 1947 demandaron el desahucio del inquilino por impago de determinadas cantidades asimiladas a la renta, relativas a obras hechas en la vivienda así como a gastos de comunidad, al amparo de lo previsto en la disposición transitoria segunda de la LAU de 1994. El arrendatario se opuso alegando la improcedencia del cobro de tales sumas al no estar previstas en la LAU de 1964 aplicable al contrato, así como la enervación de la acción por consignación de los importes reclamados. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Madrid estimaron el fondo del asunto pero declararon enervada la acción. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación del inquilino demandado. *(I. D. L.)*

**30. Arrendamientos urbanos. Arrendamiento de vivienda sometido a la LAU de 1964. Subrogación del cónyuge viudo: para que la viuda continúe en el contrato debe comunicar al arrendador su intención de subrogarse en la posición del finado.**—Las SSTS de 2 de mayo de 2005 y 3 de abril de 2009 han señalado que el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante el matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento. Para llegar a esta conclusión se razonó que el contrato de arrendamiento urbano se celebra entre dos personas, que adquieren la condición de arrendador y arrendatario, respectivamente, en la relación jurídica creada por el contrato. Los derechos y obligaciones que se generan con el

contrato afectan exclusivamente a las partes y a sus herederos, tal como establece el artículo 1.257 CC. Esto no significa que no pueda producirse la substitución de una de las partes del contrato por fallecimiento del titular, pero para ello se requiere que se cumplan los requisitos exigidos en la ley reguladora del arrendamiento y, entre ellos, la comunicación al arrendador en la forma establecida en la Ley, es decir, se debe aplicar el artículo 16 LAU, por remisión de lo prescrito en la disposición transitoria segunda B, de la LAU.

**La subrogación en la posición del arrendatario forma parte del contenido del contrato de arrendamiento y no tiene relación con el régimen económico de gananciales.**—La subrogación en la posición del arrendatario forma parte del contenido del contrato de arrendamiento y no tiene relación con el régimen de bienes, pues los contratos producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos y, por ello, las posiciones contractuales de cada uno de los cónyuges en los contratos de arrendamiento que hayan concluido no forman parte de la sociedad de gananciales, porque, además, se trata de derechos personales. En este sentido, el derecho a la subrogación por causa de muerte forma parte del contenido del contrato de arrendamiento, que es independiente del régimen de bienes que ostente el titular de la posición de arrendatario, siendo la persona que tiene derecho a subrogarse en la posición del arrendatario la que está determinada en la legislación especial reguladora de este tipo de contrato, por lo que debe cumplir los requisitos establecidos en el artículo 16 LAU, aplicable en este caso en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda B, de la LAU (**STS de 9 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La cuestión a decidir es eminentemente jurídica. Consiste en determinar si al contrato de arrendamiento —celebrado exclusivamente por uno de los cónyuges, constante el matrimonio, para vivienda familiar y suscrito antes de 1975—, debe aplicarse el régimen de subrogación establecido en el artículo 16 LAU de 1994 o, si por el contrario, puede considerarse que el arrendatario contrató por sí mismo y como representante de su esposa, con lo que ésta devendría de derecho en arrendataria sin necesidad de la subrogación. El Juzgado de Primera Instancia se inclina por la segunda solución y desestima la demanda de la arrendadora que solicitaba la resolución del contrato por falta de subrogación. La Audiencia revoca la sentencia. Interpuesto recurso de casación el TS desestima el recurso (*C. O. M.*)

**31. Arrendamiento para uso distinto del de vivienda (LAU-1994). Duración anual del contrato, con posibilidad de prórroga por el mismo periodo de tiempo, a voluntad del arrendatario que es persona jurídica.**—Procede integrar la cláusula contractual sobre duración del contrato y acudir a la analogía del arrendamiento con la figura del usufructo y, en consecuencia, entender que cuando —como aquí sucede— el arrendatario es persona jurídica la duración máxima que cabe imponer al arrendador, sin perjuicio de que la voluntad de las partes pueda llevar los efectos del contrato más allá del indicado tiempo, es la de treinta años que la ley establece como límite temporal para el usufructo en el artículo 515 CC (STS de 9 de septiembre de 2009) (**STS de 14 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—En un contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda sujeto a la LAU-1994, se pactó una duración anual del contrato, prorrogable por el mismo período de tiempo, a voluntad de la arrendataria que era una entidad mercantil.

La arrendadora, persona física, entendió que esta cláusula sobre la duración contractual suponía dejar en manos de la arrendataria, de modo indefinido, la duración del mismo, por lo que interpuso demanda de desahucio por expiración del plazo contra la arrendataria, al haber transcurrido el primer año del contrato, con intervención provocada de otra sociedad mercantil que actuaba como subarrendataria.

Su demanda no prosperó en ambas instancias. El TS no dio lugar al recurso de casación (*I. D. L.*)

### **32. La solidaridad tácita en los casos de cesión de arrendamiento de un local comercial al resto de arrendatarios vivos.**—

Cuando, en un contrato de arrendamiento urbano (de vivienda o de local de negocio), existe una pluralidad de arrendatarios, debe entenderse que el uso de la vivienda o local de negocio se cede a todos los inquilinos mancomunadamente, por cuanto la mancomunidad es la regla y la solidaridad la excepción, debiendo ser esta última expresamente pactada. Al excluirse de la relación arrendaticia uno o varios de los arrendatarios plurales, si el resto de arrendatarios continuaban ocupando y/o explotando el local de negocio, se producía un cambio subjetivo en la persona del arrendatario al adquirir los restantes inquilinos una cuota abstracta proporcional al número de arrendatarios subsistentes, en sustitución de la cuota ideal arrendaticia del arrendatario ausente, lo cual era interpretado como una cesión o traspaso de parte de la vivienda o local. Al realizarse de forma distinta a lo autorizado en el capítulo IV de la LAU de 1964, da origen a la causa resolutoria del contrato de arrendamiento prevista en el artículo 1.14.5.<sup>a</sup> del citado texto legal. Esta doctrina jurisprudencial no constituye un óbice para que, en aplicación de los artículos 1.137 y 1.138 CC, las partes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, pudieran pactar la solidaridad de la obligación, en cuyo caso la renuncia, abandono, fallecimiento o jubilación de uno de los arrendatarios no daría origen a modificación contractual alguna, al producirse una subrogación automática del resto de deudores solidarios.

No obstante lo anterior, debe decirse que, si bien para estos casos, inicialmente, la Sala era partidaria de exigir un pacto expreso de solidaridad, la más reciente jurisprudencia ha interpretado que, aunque la solidaridad no se presume, como dice el artículo 1.137 CC, tampoco impide que pueda ser aplicable la solidaridad tácita cuando entre los obligados se da una comunidad jurídica de objetivos, manifestándose una interna conexión entre todos ellos a partir de las pruebas que en autos se practiquen o de la interpretación que los Tribunales puedan hacer de un determinado contrato. Se hace una interpretación correctora al artículo 1.137 CC para alcanzar y estimar la concurrencia de solidaridad tácita pasiva, admitiéndose su existencia cuando del contexto de las obligaciones contraídas se infiera su concurrencia, conforme a lo que declara en su inicio el artículo 1.138 CC, por quedar patente la comunidad jurídica con los objetivos que los recurrentes pretendieron al celebrar el contrato. Cabe admitir una solidaridad tácita cuando aparece de modo evidente una intención de los contratantes de obligarse *in solidum* o desprenderse

dicha voluntad de la propia naturaleza de lo pactado, por entenderse, de acuerdo con las pautas de la buena fe, que los interesados habían querido y se habían comprometido a prestar un resultado conjunto, por existir entre ellos una comunidad jurídica de objetivos. (STS de 30 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Don A., en su propio nombre y en el de la Comunidad de Herederos de doña D., presentó demanda por la que solicitaba la resolución del contrato de arrendamiento, de fecha 1 de julio de 1957, sobre un local comercial en el cual figuraban como arrendatarios doña G. y don E. Basaba la acción ejercitada en la afirmación de que, siendo arrendatarios mancomunados los citados demandados junto con su hermana doña P. por terceras partes iguales, una vez producido el fallecimiento de esta última, la continuación en el contrato de arrendamiento por los otros dos arrendatarios suponía una cesión incontestada del artículo 114.5 LAU de 1964, al haber asumido los arrendatarios mancomunados la posición de la fallecida.

Los demandados, doña G. y don E., opusieron que, cuando se subrogaron en el lugar de su padre, inicial arrendatario, D. J.A., remitieron un comunicado a la parte actora en el que se ponía de manifiesto no un pacto tácito, sino expreso, de solidaridad entre los arrendatarios, lo que evidencia que los mismos eran y han sido una unidad subjetiva. Según ellos, no es necesario un pacto expreso de solidaridad, dado que actuaban por su propia naturaleza, como lo que la jurisprudencia y la doctrina ha venido a señalar como el «pacto tácito de solidaridad».

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, al considerar que la relación que unía a los arrendatarios era de solidaridad tácita, no de mancomunidad, puesto que se presume más el carácter solidario que el mancomunado de los arrendatarios, en una explotación conjunta del local comercial. La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, que fue resuelto en sentido desestimatorio, al considerar la Audiencia que era de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo que permite la existencia de obligaciones solidarias no declaradas así expresamente pero de las que pueda deducirse tal naturaleza al venir determinada por la conexión o comunidad jurídica de objetivos o intereses entre las prestaciones de los diversos deudores, como sucedía, a su juicio, en el presente caso.

Contra esta resolución, se interpone recurso de casación, alegándose la infracción de los artículos 1.137 y 1.138 CC, por un lado, e infracción de los artículos 114.5.ª, 30 y 32 LAU de 1964, y de la jurisprudencia del TS sobre este asunto, por otro. Lo que el recurrente somete a examen de la Sala es la consideración o no de la posición de arrendatario en el contrato de arrendamiento como de naturaleza mancomunada. Determinar que existe una relación obligacional mancomunada conllevaría la aplicación del artículo 114.5.ª LAU de 1964 y, por tanto, la resolución del arriendo por cesión del contrato no realizada conforme a la Ley. Según el TS, de la prueba practicada que existía una relación de solidaridad tácita por la conexión o comunidad jurídica de objetivos o intereses entre

las prestaciones de los diversos deudores. Teniendo esto en cuenta, concluyó que, tras el fallecimiento de una de las coarrendatarias, se había producido una subrogación automática del resto de arrendatarios solidarios, y negó la existencia de una cesión o subrogación realizada contrariamente a lo dispuesto en el capítulo IV de la LAU de 1964 que pudiera dar lugar a la estimación de la demanda. De ahí que el Alto Tribunal termine desestimando el recurso. (*S. L. M.*)

**33. Responsabilidad por vicios en la construcción. La regla de responsabilidad.**—La responsabilidad de las personas que intervienen en el proceso constructivo es, en principio, y como regla general, individualizada, personal y privativa, en armonía con la culpa propia de cada uno de ellos en el cumplimiento de la respectiva función específica que desarrollan en el edificio, desde el momento en que existen reglamentariamente impuestas las atribuciones y cometidos de los técnicos que intervienen. Lo dice ahora el artículo 17.2 LOE y lo reiteraba la jurisprudencia en aplicación del artículo 1.591 CC (SSTS de 29 de noviembre de 1993; 1 de junio de 1994 y 30 de julio de 2008, entre otras). Supone, por tanto, que para poderlas incluir en el círculo de responsables solidarios se hace necesario, primero, que conste su culpa o negligencia, y, después, que no se pueda deslindar tal culpa de la correspondiente a los demás agentes en el proceso constructivo.

**Distinción entre legitimación pasiva y litisconsorcio en relación a las diversas personas que intervienen en la edificación.**—La primera se identifica con el autor o responsable del daño causado, frente al cual el perjudicado dirige su acción para hacerle responder de lo que se le reclama en el pleito, y el demandado puede, mediante la prueba que practique, acreditar la ausencia de culpabilidad civil para exonerarse de responsabilidad por no haber concurrido al daño que le imputa. La segunda tiende a garantizar la presencia en el juicio de todos a quienes interesa la cuestión sustantiva en litigio, bien sea por disposición legal, bien por razón de no ser escindible la relación jurídica material, siendo una exigencia de naturaleza procesal que se funda en el principio de audiencia y de prohibición de la indefensión y que robustece la eficacia del proceso evitando resultados procesales inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio, o impidiendo sentencias contradictorias, pero que desaparece ante la presencia de diversos agentes en la producción del daño mediante culpa extracontractual, en cuanto ordinariamente puede dar lugar a una solidaridad impropia, que no invalida la relación jurídico procesal por la falta de alguno de los posibles responsables (SSTS de 18 de abril y 31 de mayo de 2006, y 31 de enero 2007).

**La figura del promotor: caracteres, el promotor no constructor, el promotor vendedor y el promotor en la LOE.**—La jurisprudencia sentada en aplicación del artículo 1.591 CC parte de la caracterización del promotor como beneficiario económico del negocio constructivo (STS de 13 de diciembre de 2007) y esta misma jurisprudencia ha venido declarando con reiteración que el hecho de que la promotora no sea constructora no le priva de la legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de responsabilidad decenal (SSTS de 21 de febrero de 2000, 8 de octubre de 2001 y 13 de mayo de 2002). Según la STS de 10 de noviembre de 1999, la doctrina jurisprudencial al incorporar la figura del promotor al ámbito de los responsables que, por desfase histórico, contempla de forma incompleta el artículo 1.591 del CC, a través de la figura, sí contemplada, del *contratista*, no ha dicho que el promotor solo

responde cuando deba responder el constructor, porque ello supondría exonerar al promotor no constructor (que nunca construye, ni puede por tanto causar el daño propio de los demás agentes), entre otros casos, cuando los vicios fueren imputables a los técnicos, y haya existido culpa *in eligendo* en la elección de estos por parte del promotor que los contrató. Además, si el promotor es también vendedor, y como tal está obligado, en virtud del contrato, a entregar la cosa en condiciones de servir para el uso que se la destina. Si la edificación padece vicios ruinógenos que la hacen inidónea, es responsable de estos vicios frente al comprador. El promotor, según la STS de 12 de marzo de 1999, viene a hacer suyos los trabajos ajenos, realizados por personas a las que ha elegido y confiado, y los enajena a los adquirentes de los pisos. Su obligación de entrega, caso de que tengan vicios incursos en el artículo 1591 del CC, la ha cumplido de modo irregular, defectuoso, y no puede quedar liberado alegando la responsabilidad de terceros ligados con él mediante los oportunos contratos. El promotor en la LOE figura como uno más de los agentes que la misma refiere, y si no fuera por la declaración inicial contenida en su artículo 17, relativo a que *las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de edificación responderán frente a los propietarios y adquirentes de los edificios...*, se podría decir que la LOE constituye al promotor en responsable exclusivo de los defectos constructivos, o lo que es igual, en garante de la calidad del producto final elaborado. El promotor, dice el artículo 17.3, responde solidariamente, *en todo caso* con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionado por vicios o defectos de construcción. Significa que responde aun cuanto estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo, pues otra interpretación no resulta de esas palabras «*en todo caso*» que señala la norma con la que se pretende unir a responsables contractuales con extracontractuales o legales y con la que se establece la irrenunciabilidad de la misma (SSTS de 24 de mayo y 29 de noviembre de 2007, y 26 de junio 2008).

**La ruina del artículo 1.591 CC: especial referencia a la ruina funcional.**—La existencia de ruina, a los efectos del artículo 1.591 CC, precisa de una doble apreciación: una, de índole fáctica, que consiste en la fijación de los hechos y circunstancias que integran el defecto constructivo, incluida la entidad o gravedad del mismo; y otra, de índole jurídica, que consiste en la calificación de aquella base fáctica como constitutiva de ruina, en alguna de las modalidades que la jurisprudencia admite como tal: física, potencial o funcional. Interesa resaltar que el concepto de ruina funcional gravita en torno a la idoneidad de la cosa para su normal destino y al valor práctico de la utilidad y seguridad de una adecuada construcción. Los desperfectos y deficiencias existentes trascienden de meras imperfecciones corrientes, y hacen difícil o penosa la normal utilización y habitabilidad del inmueble, convirtiendo su uso en irritante o molesto, y en tal sentido han de ser reputadas deficiencias graves, constitutivas de vicios ruinógenos a los efectos de la responsabilidad decenal el artículo 1.591 CC (SSTS de 21 de marzo de 2002, 13 de febrero de 2007 y 5 de junio de 2008).

**Plazos de garantía y prescripción: diferencias.**—La garantía es el medio que la Ley ofrece a los adquirentes de viviendas y locales para protegerles durante un plazo determinado —diez años— de los daños causados por una mala construcción (tres plazos en la LOE). Si el daño surge dentro de este plazo los agentes responderán en función de su intervención en la obra. El término no es de prescripción, ni de caducidad, sino de garantía (SSTS de 4

de octubre de 1989, 15 de octubre de 1990 y 14 de noviembre de 1991), en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad *ex lege* es requisito imprescindible que los vicios o defectos se exterioricen o produzcan dentro de su vigencia a contar *desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas* (artículos. 6.5 y 17.1 LOE ), suprimiendo el punto de partida anterior «*desde que concluyó la construcción*», vigente en el momento de los hechos, que tanto dividió a la doctrina a la hora de concretarlo: *a)* el de la terminación material de la obra; *b)* el de la entrega o puesta a disposición de la obra, y *c)* aquel en que la obra ha sido aprobada y recibida por el comitente.

La prescripción, por el contrario, tiene que ver también con el paso del tiempo pero de una forma distinta puesto que no es más que el cumplimiento del plazo que la Ley concede a los perjudicados para hacer efectivo su derecho mediante el ejercicio de las acciones correspondientes. **(STS de 19 de julio de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El presente pleito tiene origen en una demanda interpuesta por varias Comunidades de Propietarios y otros, frente a los promotores-constructores de los inmuebles sobre las que se constituyeron, en la que se solicitaba la declaración de ruina funcional de numerosos defectos y patologías sufridas en los diversos edificios, la condena de las partes codemandadas a efectuar las obras necesarias para las reparaciones de los desperfectos existentes, así como por incumplimiento de los contratos de venta en virtud de los cuales se adquirieron los inmuebles.

El juzgado estimó la demanda, calificó de ruina funcional los diversos defectos existentes en los edificios y declaró la responsabilidad solidaria de los demandados en la reparación de los daños. La audiencia confirmó la sentencia de primera instancia. El TS no dio lugar a los recursos de casación (*I. D. L.*)

**34. Contrato de obra. Responsabilidad por vicios constructivos: inadecuación de la obra al proyecto inicial aprobado por el Ayuntamiento. La infracción de las condiciones urbanísticas no constituye ruina funcional en los términos del artículo 1.591 CC, sino que se trata de un supuesto de incumplimiento contractual.**—Es la propia construcción la que intrínsecamente debe presentar la situación de ruina por lo que no cabe extender tal concepto al incumplimiento de condiciones urbanísticas que, por su propia naturaleza, son cambiantes y ajenas a la propia realidad física de la obra. Si así se admitiera, cabría la posibilidad de que, por el cambio de la regulación administrativa, lo que sería inicialmente ruinoso dejara de serlo sin alteración física alguna de la obra. **(STS de 28 de septiembre de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Callecer.]

HECHOS.—La infracción urbanística consistente en inadecuación de la obra al proyecto inicial aprobado por el Ayuntamiento, impide a los dueños de una edificación obtener la correspondiente licencia de apertura. Por ello, la Comunidad de Propietarios del edificio afectado demanda a la constructora, a la promotora y demás técnicos que intervinieron en el proceso de edificación. Soli-

cita la declaración de ruina funcional por infracción urbanística y, en consecuencia, la condena solidaria de todos los demandados a adecuar la obra a las exigencias de la normativa urbanística, reparar las imperfecciones y anomalía existente en la misma y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la empresa constructora y a la promotora a ejecutar las obras necesarias para la legalización del edificio y su adecuación a la normativa urbanística. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes la Audiencia los desestima. El TS desestima el recurso de casación de la actora. (C. O. M.)

**35. Contrato de obra. Diferencia entre defectos de ejecución de la obra y defectos de terminación o remate. Los defectos de acabado no constituyen vicios ruinógenos y no pueden considerarse un incumplimiento contractual cuando el contratista no ha tenido oportunidad de corregirlos.**—Los defectos de acabado se presentan puntualmente a la finalización de la obra, y son reparables fácilmente; mientras que los vicios constructivos afectan a toda una unidad de obra. Tales defectos de acabado no constituyen vicios ruinógenos incardinables en el artículo 1.591 CC. Sin que sea imputable al contratista la falta de reparación de los mismos cuando el dueño retira de la obra al constructor, impidiéndole la terminación y corrección de tales deficiencias. (STS de 26 de octubre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La promotora de la obra y su contratista se demandaron mutuamente, pidiendo la primera el abono de las cantidades señaladas en el contrato por el incumplimiento de la constructora; y la segunda el pago de los importes aún adeudados por el trabajo realizado, imputando el retraso en la entrega de la obra a las continuas variaciones que la propiedad hacía en el proyecto y que incidían negativamente en el ritmo de los trabajos llevados a cabo. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron parcialmente la demanda reconventional de la empresa constructora y condenaron a la propietaria al abono de las cantidades pendientes, absolviéndole de la obligación de responder por los defectos de acabado ya que, al haber sido retirados de la obra, no habían tenido oportunidad de corregirlos. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la promotora. (L. A. G. D.)

**36. La responsabilidad civil del abogado.**— La responsabilidad civil profesional del abogado exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

(i) El incumplimiento de sus deberes profesionales. En el caso de la defensa judicial estos deberes se ciñen al respeto de la *lex artis* (reglas del oficio), esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos

que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos (STS de 14 de julio de 2005).

(ii) La prueba del incumplimiento. La jurisprudencia ha establecido que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y del alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (SSTS de 14 de julio de 2005, 21 de junio de 2007).

(iii) La existencia de un daño efectivo consistente en la disminución cierta de las posibilidades de defensa. Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades: SSTS de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006). El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006). Debe apreciarse, en suma, una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1.101 CC.

(iv) Existencia del nexo de causalidad, valorado con criterios jurídicos de imputación objetiva. El nexo de causalidad debe existir entre el incumplimiento de los deberes profesionales y el daño producido, y solo se da si este último es imputable objetivamente, con arreglo a los principios que pueden extraerse del ordenamiento jurídico, al abogado. El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS de 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006, 30 de marzo de 2006, 26 de febrero de 2007, entre otras). La propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una

omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones (STS de 30 de noviembre de 2005). Este criterio impone descartar la responsabilidad civil del abogado cuando concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar la influencia de su conducta en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto no susceptible de ser corregida por medios procesales de la actuación judicial (STS de 23 de julio de 2008).

(v) Fijación de la indemnización equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades. No es necesario que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal en el resultado del proceso del incumplimiento de sus obligaciones por parte del abogado. No puede, sin embargo, reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción. En caso de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del abogado al fracaso de la acción.

**Los deberes del abogado.**—El abogado tiene un deber de lealtad en el desempeño del cargo que comporta cumplir las instrucciones de su cliente. Demostrada la existencia de esas instrucciones, únicamente podía ser determinante de responsabilidad el hecho de no haber cumplido adecuadamente el deber de información sobre las posibilidades de fracaso de la acción. Es a la parte demandante, a quien corresponde la carga de su prueba.

No puede, por el contrario, aceptarse la posición de que el abogado puede actuar en contra de las instrucciones de su cliente cuando se trata de aspectos técnicos; pues puede ocurrir que el cliente opte por una vía de defensa más conveniente a sus deseos o intereses de toda índole, aunque comporte menores posibilidades de buen éxito. (STS de 14 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xíol Ríos.]

**HECHOS.**—El 22 de mayo de 1989 D. Desiderio y D. Eutimio sufrieron graves lesiones en un accidente de trabajo a consecuencia de la actuación de una grúa. En resultado de este acontecimiento, tuvieron lugar diligencias penales y fueron presentadas dos demandas civiles. Terminadas las diligencias penales, una con sentencia absolutoria, y otra con archivo por prescripción, y desestimadas las acciones civiles, ambos accidentados ejercitaron acción de responsabilidad contractual contra dos abogados contratados por ellos con ocasión de mencionadas diligencias y acciones por negligencia profesional en la llevanza de éstas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por entender que *a)* no cabe la solidaridad entre los demandados, pues su respectiva actuación profesional estuvo diferenciada en el tiempo, *b)* no hubo negligencia en dirigir la acusación contra el propietario de la grúa, pues este constaba como conductor en el informe de la Inspección del Trabajo y contra él dirigió también la acusación el Ministerio Fiscal, *c)* la demanda no se dirigió contra el encargado de la obra o contra la empresa contra los instrucciones de los clientes y la falta de litis consorcio fue apreciada de oficio por el Juzgado, *d)* no se apeló la sentencia que declaraba prescrita

la acción por falta de instrucciones de los clientes, e) don Leandro, segundo de los abogados actuó condicionado por las actuaciones penales y civiles emprendidas con anterioridad.

La Audiencia Provincial de Tarragona confirmó esta sentencia fundándose en las mismas razones.

Las partes demandantes interpusieron recurso de casación fundándose éste en que a) la sentencia de apelación no apreció que el abogado incurrió en negligencia en fijarse exclusivamente en el informe de la Inspección de Trabajo para formular la acusación exclusivamente contra el propietario de la grúa, b) que la sentencia exculpa indebidamente al abogado del hecho de no dirigir la acusación contra otras personas por el hecho de haber recibido instrucciones de sus clientes, cuando en cuestiones técnicas el abogado debe actuar con autonomía y, c) que la sentencia apreció indebidamente que uno de los abogados no era responsable por actuar por sustitución, pues esta circunstancia no exime de la aplicación de la debida diligencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (M. L. K.)

**37. Responsabilidad contractual. Aplicación del plazo de prescripción previsto en el artículo 1.964 CC.**—La sentencia tiene en cuenta que el planteamiento de la acción por la demandante vino justificada en un supuesto de culpa contractual, «pues el objeto de cobertura era que su asegurado recibiera una asistencia sanitaria y un tratamiento adecuado» y declara que la acción frente a FREMAP no ha prescrito, pues «aun cuando se entienda que desde el mismo día en que se produce el accidente vascular se conocía el alcance del daño producido, el 10 de noviembre de 1994, y dado que se ejercita la acción contractual, el plazo sería el prevenido en el artículo 1.964 CC, quince años, y por ello la acción no estaría prescrita al ejercitarse la demanda, el 21 de julio de 2000». En lo que aquí interesa los alegatos de la recurrente respecto de la responsabilidad extracontractual se construyen al margen de lo consignado en la Sentencia de la Audiencia, de la existencia de vínculo contractual entre la parte actora y la codemandada, que deriva directamente del contrato de asistencia y resulta de los hechos tenidos en cuenta, por lo que la impugnación de la Sentencia se articula al margen de los presupuestos que determinan estar en presencia, respecto de dicho codemandado, de daños derivados de culpa contractual que deja sin contenido la aplicabilidad del plazo de prescripción del artículo 1.968.2 CC que se pretende, para someterla al de quince años de las acciones personales, del artículo 1.964 CC.

**Contrato de clínica o de hospitalización. Concepto y características.**—Lo cierto es que entre la Policlínica y los actores medió una clara y evidente relación de contrato que la propia sentencia califica de clínica u hospitalización definido en la sentencia de esta Sala de 4 de octubre de 2004, con cita de las sentencias de 11 de noviembre de 1991 y 12 de marzo de 2004, como un contrato atípico, complejo, perfeccionado por el acuerdo de voluntades entre el paciente y una clínica privada que puede abarcar la prestación de distintas clases de servicios, según la modalidad bajo la que se haya estipulado, pero que, en todo caso, comprende los llamados extramédicos (de hospedaje o alojamiento) y los denominados asistenciales o paramédicos, aunque también puede abarcar los actos pura y estrictamente médicos, siendo para ello necesario que el paciente haya confiado a la clínica su realización por medio

de sus propios facultativos (el contenido de la reglamentación negocial depende, al fin, de la autónoma voluntad de los contratantes). Esta relación de la Policlínica con el paciente se mantuvo a lo largo de varios años, y al margen de la necesidad o no del gasto generado por la estancia en sus instalaciones, en sede de causalidad, o de una posible minoración a través de la atención del enfermo en un centro adaptado a las circunstancias del caso, cuestiones que han quedado fuera del recurso, lo cierto es que se trata de un gasto hospitalario originado por la atención y cuidados al Sr. Segismundo, a partir de una relación de contrato bilateral con la fuerza obligatoria que impone la normativa que se recoge en los preceptos del Código civil citados en el motivo. La sentencia recurrida, al rechazar la reconvencción, ha ignorado e inaplicado los artículos pertinentes del Código civil desconociendo la existencia del contrato de hospitalización, sus efectos y sus requisitos, amén de su fuerza obligatoria; razón por la cual, esta Sala al asumir la instancia, deberá mantener en este aspecto la sentencia del Juzgado, estimatoria de la reconvencción y de la consiguiente condena de los reconvenidos al pago de los gastos ocasionados hasta el momento de la reclamación. **(STS de 22 de julio de 2010;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—En fecha 10 de noviembre de 1994, S sufrió un accidente laboral. Una vez intervenido quirúrgicamente, quedó afectado de un síndrome vegetativo crónico. Ante ello, M, en nombre de su marido y en el de su hijo menor de edad, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Sebastián contra la Policlínica G, el médico anestesista, la compañía de seguros A, la compañía de seguros B y la mutua patronal F solicitando la condena solidaria de todos ellos al pago de una indemnización de cerca de 200 millones de ptas. La policlínica G formuló reconvencción solicitando una indemnización como consecuencia de los gastos hospitalarios devengados por el período en que S estuvo internado en las instalaciones de la policlínica.

El Juzgado estimó en parte la demanda e íntegramente la reconvencción. Apelada la sentencia, la Audiencia de San Sebastián la revocó en el sentido de desestimar la reconvencción y de aumentar las cuantías indemnizatorias a percibir por M. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo al estimar la demanda reconvenccional, pero manteniendo el pronunciamiento indemnizatorio fijado por la Audiencia. (A. S. C.)

**38. Intereses remuneratorios. Prescripción.**—La parte demandada en la instancia, deudora y ahora recurrente en casación plantea en este motivo la prescripción de los intereses convencionales, llamados también compensatorios o remuneratorios. La posición de la jurisprudencia ha sido la de entender que siendo unos pagos que deben hacerse por años o en plazos más breves, como dice el artículo 1.966, número 3.º, se les aplica la prescripción de cinco años. Esta es la posición que ha mantenido la jurisprudencia, con alguna aislada excepción (como la de 3 de febrero de 1994) en sentencias que vienen de la de 14 de noviembre de 1934, que casó la sentencia de la Audiencia Provincial que no había aplicado el artículo 1966 CC a los intereses del préstamo; y, entre otras, la de 30 de diciembre de 1999 que aplica el anatocismo, pero no a los intereses compensatorios previstos por el transcurso de cinco

años. Sin embargo, en el caso presente, como en tantos en la realidad social, no se aplica esta prescripción, sino la ordinaria para las acciones personales, de quince años conforme al artículo 1964, segundo inciso. Ello, porque cuando los intereses se capitalizan y reclamados judicialmente resultan de una resolución judicial como es el auto aprobando el remate, los intereses han perdido su naturaleza jurídica propia y han pasado a formar parte del capital, constituyendo un todo con éste. Así, cuando la entidad bancaria demandante hizo la liquidación de capital pendiente (que era el total), intereses convencionales (del 16% anual) y de los intereses moratorios (del 29% anual) y, celebrada la subasta, el resto formó un todo unitario que es el reclamado en el presente proceso, cantidad global que prescribiría a los quince años. Distinto es el caso de los intereses moratorios, que doctrina y jurisprudencia consideran que prescriben a los quince años, en todo caso, lo cual no deja de ser harto discutible. Pero hay más. En el desarrollo del motivo se dice que resta por pagar 999.999 pesetas del capital, más los intereses convencionales y moratorios y no es así. El artículo 1.173 del Código civil dispone que si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses. Lo cual constituye un límite al criterio principal de imputación que el artículo 1.172 atribuye al deudor: no se puede hacer la imputación a la obligación principal (el capital) sin estar cumplida la obligación accesoria (cubiertos los intereses), «no puede imputar el pago parcial de lo debido al pago del principal sin estar antes satisfechos los intereses» dice la sentencia de 24 de octubre de 1994 en lo que insiste la de 25 de junio de 1999. Por lo cual, en el caso presente, la cantidad obtenida en la subasta se imputa a los intereses, completos, y a parte del capital. La consecuencia es que no cabe hablar de prescripción de intereses porque éstos han sido pagados y en la demanda rectora del presente proceso se está reclamando la parte de capital no satisfecha y los intereses moratorios de la misma.

**Intereses moratorios. Carácter abusivo. Nulidad parcial.**—La entidad bancaria demandante no ha recurrido en casación y ha quedado incólume el carácter abusivo de la cláusula que fija el interés de demora en el 29% anual. El problema se plantea al aplicar la normativa correctora al interés abusivo. Al tiempo de celebrar el contrato de préstamo, en 1993, estaba vigente la ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. La nulidad radical no se ha pretendido en ningún momento, pero sí se ha interesado la nulidad parcial en el sentido de minorar el interés, lo que ha hecho la sentencia de primera instancia, aplicando la norma limitativa del interés en el descubierto de cuenta corriente del artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo. Solución aceptada por la entidad bancaria demandante y no por la Audiencia Provincial que no la alteró por mor del principio de interdicción de *reformatio in peius*. No se trata de aplicar disposiciones posteriores a la fecha de celebración del contrato, sino de interpretar y aplicar la norma vigente, de 1984, a la luz de la legislación posterior adaptada a la realidad social, conforme al artículo 3.1 CC. Declarada abusiva la cláusula que impone el interés moratorio en el 29% anual, se declara la nulidad parcial de la misma en el sentido de fijarlo en un montante que resulta no de la aplicación analógica, ni mucho menos la aplicación retroactiva de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, sino inspirándose en ella, como interpretación, fijando la tasa anual equivalente en 2,5 veces el interés legal del dinero. De nuevo hay que recordar que aquel carácter abusivo y esta tasa la había determinado la sentencia de primera ins-

tancia, a la que se aquietó la entidad bancaria demandante, que no formuló recurso de apelación. Las sentencias de instancia han determinado que esta minoración del interés moratorio tenga una limitación temporal. La razón de ello es la aplicación, no interpretación, de la Ley de Crédito al Consumo y también la aplicación del artículo 1.154 CC. Ninguna de las dos normas es aplicable: una por posterior, otra por no ser cláusula penal la cuestión de intereses moratorios. Al entender esta Sala que se fija un determinado interés por interpretación del artículo 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984 a la luz de normas posteriores, no tiene sentido la limitación temporal. Por tanto, el interés moratorio queda fijado en la tasa que se ha indicado desde la fecha misma en que empezaron a devengarse. **(STS de 23 de septiembre de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Con fecha 5 de febrero de 1992, F suscribió un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad bancaria B. Las partes acordaron un interés remuneratorio del 16 por ciento y un interés moratorio del 29 por ciento, ambos anuales. Tras impago de los plazos pactados, la prestamista resolvió el contrato, el día 12 de marzo de 1993, e instó procedimiento de ejecución de la hipoteca. Realizada la subasta de la finca hipotecada, el 24 de julio de 2002 la entidad bancaria interpuso demanda con la que reclamó a F el pago de la parte del crédito no satisfecho mediante la ejecución de la hipoteca y los intereses devengados con posterioridad.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Madrid estimó en parte la demanda mediante sentencia de 1 de septiembre de 2005, y condenó al prestatario a pagar los intereses moratorios sobre el principal al tipo del 29 por ciento anual desde la fecha de 12 de marzo de 1993 hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo. En consecuencia, la sentencia de instancia condenó a F a pagar un tipo de interés moratorio equivalente a 2,5 veces el interés legal del dinero únicamente a partir del 25 de mayo de 1995. Interpuesto recurso de apelación por parte de F, la sentencia de 24 de mayo de 2006 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid lo desestimó. F recurre en casación por considerar prescrita la acción para reclamar los intereses convencionales y, asimismo, abusiva la cláusula del contrato de préstamo que estableció los intereses moratorios. El Tribunal Supremo, tras no admitir la aplicación de una limitación temporal a la minoración del interés moratorio, declara haber lugar al recurso. *(J. M. B. S.)*

**39. Transacción judicial. Concepto y requisitos.**—Aunque después no lo regula de forma expresa, el Código civil admite la figura de la transacción judicial que queda incluida en la definición que proporciona el artículo 1.809. De acuerdo con la doctrina de esta Sala, este tipo de transacción es aquella que efectúan las partes para acabar un pleito ya comenzado, de modo que es necesario que no sólo se adopte el acuerdo, sino que, además, se incorpore a los autos. La antigua sentencia de esta Sala de 21 abril 1942 dice que junto al aspecto de tratarse de un acto de Derecho material, la transacción en este caso integra un acto procesal propiamente dicho, de modo que para que fina-

lice el proceso iniciado, la transacción se debe incorporar en aquellos supuestos en que debe pedirse la ejecución al organismo jurisdiccional. Esta postura ha sido ratificada por lo dispuesto en el artículo 19 LEC, previéndose, además, el procedimiento para incorporar el acuerdo transaccional en el artículo 415 LEC.

Dicho lo anterior y al entrar en la argumentación para justificar el rechazo del recurso se debe decir, en primer lugar, que la parte recurrente insiste en que se trató de una transacción extrajudicial, sin duda por el hecho de que fue concluida por ambas partes fuera del proceso. Pero ello no califica sin más a la transacción con la categoría que pretende darle el recurrente, porque el objeto de dicha transacción era la finalización de un litigio y por ello ambas partes se comprometieron a ratificar los documentos en presencia del Juez, para que la homologara. Por tanto se trata de una transacción judicial, cuya eficacia depende del cumplimiento de los actos posteriores que, además de forma expresa, las partes incluyeron en su contrato. El convenio debe calificarse como transacción judicial, porque pretendía poner fin a un pleito ya comenzado y por ello se debe aplicar el artículo 19 LEC. En segundo lugar, el recurrente pretende que la calificación del contrato de transacción como judicial vulnera las disposiciones sobre exigencia de forma en los contratos, ya que considera que ninguna norma la exige para la validez de este contrato. Aparentemente este razonamiento sería impecable si no fuera porque no se trata de una cuestión de forma, sino de cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley y en los acuerdos de las partes expresados en el propio convenio para la eficacia de este tipo de transacción, como antes se ha expresado. En tercer lugar, a partir de la STS de 21 de abril de 1942, se interpreta que para que sea eficaz una transacción judicial, es preciso que se incorpore en el pleito seguido, porque sólo así quedará ultimado el proceso pendiente. Esta doctrina es la que ha incorporado a la sentencia que ahora se recurre. Y finalmente, las partes quisieron una transacción judicial, como se deduce de las cláusulas del contrato, como antes se ha argumentado. Para ello debía cumplir tres requisitos: presentación, ratificación y homologación. Ni se ratificaron las partes ni se homologó el convenio transaccional, porque no se presentó al Juez del procedimiento. De modo que hay que concluir que la presente es una transacción judicial con unos requisitos exigidos por las propias partes, por lo que, no ratificada, carece de eficacia (**STS de 14 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Con fecha 22 de junio de 2001, J suscribió un acuerdo de transacción con R y H en cuya virtud todos ellos se comprometieron a no reclamar nada referente a la compraventa de un local celebrada por ambas partes. Asimismo, previeron solicitar la finalización de un procedimiento judicial que mantenían a raíz de la mencionada compraventa, así como ratificar el acuerdo de transacción y su homologación judicial. Ello no obstante, con fecha 7 de septiembre de 2001 fue notificada a las partes una sentencia de 3 de septiembre dictada en el marco del mencionado procedimiento judicial que condenaba a J a restituir el local y a R y H a devolver el precio de la compraventa; mientras que J no presentó el acuerdo transaccional al Juzgado hasta el día 14 de septiembre de 2001.

Frente a la ejecución de la sentencia realizada el día 5 de diciembre de 2002 solicitada por R y H, J interpuso demanda con la que pidió principalmente que se declarara la validez de la transac-

ción y la nulidad de las actuaciones llevadas a cabo a raíz de la sentencia.

La sentencia de 21 de diciembre de 2005 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Donosti desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por parte de J, la sentencia de 9 de mayo de 2006 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa confirmó la sentencia apelada. J recurre en casación, entre otros motivos, por entender que las partes habían suscrito un acuerdo de transacción extrajudicial válido con independencia de la forma utilizada y que producía los efectos previstos por el artículo 1.816 del Código Civil. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

**40. Prohibición de enriquecimiento injusto. Compraventa.**—El enriquecimiento injusto, que aparece en dos textos del Digesto, está recogido en las Partidas (VII, 34,17) con el concepto que se mantiene hoy: *ninguno non deve eriqueszer tortizeramente con daño de otro* y que ha sido desarrollado por reiterada jurisprudencia, que lo proclama como un principio general del Derecho (STS de 8 de mayo de 2006) y que constituye una fuente de obligaciones, la de reparar el perjuicio ocasionado: el que se ha enriquecido, lo ha hecho sin causa y, por ello, debe restituir al empobrecido aquello en que se enriqueció (SSTS de 27 de septiembre 2004, 27 de octubre de 2005, 18 de noviembre de 2005).

Los presupuestos del enriquecimiento injusto, como ha destacado numerosa doctrina y reiterada jurisprudencia (SSTS de 19 de diciembre de 1996, 5 de mayo de 1997, 25 de septiembre de 1997, 31 de octubre de 2001, 27 de noviembre de 2004, 27 de octubre de 2005, 18 de noviembre de 2005) son, en primer lugar, el enriquecimiento de una persona, como incremento patrimonial; en segundo lugar, el correlativo empobrecimiento de la otra parte, como pérdida o perjuicio patrimonial; en tercer lugar, inexistencia de causa que justifique la atribución patrimonial del enriquecido, supuesto que no se da cuando media una relación jurídica que la fundamente: carácter de subsidiariedad que se ha destacado jurisprudencialmente (así, SSTS de 4 de noviembre de 2004 y 24 de junio de 2010 que cita numerosas anteriores).

Pero a todo ello debe añadirse algo, que en este momento se plantea por primera vez. La persona que realiza la atribución patrimonial no puede hacerlo por su propia voluntad, a plena conciencia y sin conocimiento ni consentimiento de la otra. Es decir, los supuestos de enriquecimiento sin causa no comprenden el que se haga el desplazamiento patrimonial, sin causa, de un patrimonio a otro con plena voluntad del que lo hace y sin aceptación, ni siquiera conocimiento, de la persona que se beneficia.

El enriquecimiento sin causa supone una subsidiariedad que implica la falta de causa que justifique la atribución patrimonial y si ésta se ha hecho a plena voluntad y a sabiendas por el autor, no puede luego ampararse en una falta de causa. Ésta ha sido la voluntad del autor. Podría darse una gestión de negocios ajenos, pero un enriquecimiento producido por la voluntad unilateral de una parte, no puede ampararse sino en su propia voluntad, no en una falta de causa que luego le permita dirigirse contra el que se ha beneficiado que nunca prestó su consentimiento y ni siquiera hubo un conocimiento. Admitir lo contrario sería tanto como permitir a los sujetos hacer obras en supuesto beneficio de terceros que ni lo conocen y luego exigirles los benefi-

cios. (STS de 23 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Los antecedentes fácticos parten de la venta de una serie de parcelas sitas en Nerja, efectuada por EAFSA S.A. a favor de G.C. S.A., que no es parte en el proceso y que revende la parcela litigiosa en junio de 1986 a la demandada PIN S.A. En febrero de 1992 EAFSA y GC inician un convenio urbanístico que, en consiguiente, da origen a la recalificación de los terrenos, entre ellos también el vendido a favor de PIN S.A. En mayo de 1993 la vendedora inicial, EAFSA S.A. ejercita la resolución unilateral de la compraventa de todas las parcelas a GC S.A. A consecuencia de ello, se ejercita la acción contra PIN S.A. a fin de que se reintegrara a EAFSA S.A. la posesión de la parcela adquirida y para que se declarara que era propietaria de la misma. Durante el proceso referenciado EAFSA S.A. realizó los trámites administrativos para el desarrollo urbanístico de todas las parcelas, incluyendo la que había adquirido PIN S.A. EAFSA S.A. reclama a PIN S.A. el incremento del valor que ha experimentado la parcela por razón de su aprovechamiento urbanístico obtenido por la actuación de aquella, aunque sin conocimiento ni consentimiento de ésta, basándose en la doctrina del enriquecimiento injusto.

El Juzgado de Primera Instancia condena a PIN S.A. al abono del coste correspondiente a la urbanización de la parcela, basándose en la gestión de negocios ajenos en vez de en la de enriquecimiento injusto.

La Audiencia Provincial de Sevilla revoca la sentencia, estableciendo que en ningún caso el enriquecimiento haya de vincularse a los gastos de urbanización que ocasionó a la actora la parcela que resultó ser de propiedad de la demandada y desestima la demanda entendiendo que no se dan los presupuestos del enriquecimiento injusto. Interpuesto el recurso de casación por la demandante en el que ésta insiste en la aplicación del enriquecimiento injusto, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a éste. (M. L. K.)

**41. Culpa extracontractual: Daño moral por violación del deber de fidelidad: Prescripción: *Dies a quo*: Daño continuado y duradero o permanente.**—Es aplicable a este caso la doctrina contenida en STS de 28 de octubre de 2009, distinguiendo entre el daño continuado y el daño duradero o permanente, que es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso el plazo de prescripción comenzará a correr desde que lo supo el agraviado, como dispone el artículo 1.968-2.º CC, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.2 CE y fundamento, a su vez, de la prescripción.

Que esta doctrina, y no la de daños continuados, es la verdadera naturaleza de aquellos cuya reparación se pidió en la demanda, lo demuestra el propio planteamiento del motivo, que presenta como continuación o agravación de los daños hechos posteriores a la propia presentación de la demanda, para, después, situar incoherentemente el comienzo del plazo de prescripción en una fecha anterior y, además, prescinde del cuidadoso análisis del tribunal sentenciador, que distingue etapas o fases según los conceptos indemnizatorios de la propia demanda y determina para cada uno de ellos la fecha límite inicial del plazo de prescripción.

De ahí que en el recurso se opte por centrar la atención en los padecimientos físicos y psíquicos del demandante derivados, tanto de la infidelidad de la esposa y del procedimiento de separación conyugal, como de la definitiva confirmación de que no era hija biológica suya la joven a quien hasta entonces había tenido por tal (hija que considera *perdida*). Por ello pretende prolongar el inicio del plazo prescriptorio hasta la fecha del informe médico de septiembre de 2005, pero sin rebatir mediante argumento alguno el razonamiento del tribunal sentenciador, compartido ahora por esta Sala, de que dicho informe no viene sino a confirmar el mismo diagnóstico del padecimiento cardíaco del actor-recurrente en el año 2001, que determinó la implantación de un marcapasos, hecho del que cualquier persona con medianos conocimientos puede deducir que la afección cardíaca será de por vida. A todo ello se une que la total confirmación de que el actor-recurrente no era el padre biológico de la referida joven se produjo mediante la notificación de la sentencia de 27 de marzo de 2003, y que la última de las transferencias bancarias de aquél a la demandada, en concepto de alimentos, tuvo lugar el 3 de noviembre de 2003, necesariamente ha de concluirse que el 15 de noviembre de 2005, fecha de presentación de la demanda, había prescrito la acción para exigir a la demandada indemnización por daños y perjuicios con base en el artículo 1.902, pues ni la separación conyugal es en sí misma ilícita, como tampoco lo es que el cónyuge ya separado conviva con otra persona, ni desde luego cabe encuadrar en el concepto de daño continuado, a efectos de que no corra el plazo prescriptorio, el recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo, de lo sucedido anteriormente, incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto (**STS de 14 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—En la demanda se reclaman: *a*) daño moral por la pérdida de una hija; *b*) daño moral por los daños físicos y secuelas psicológicas; *c*) daño moral por deterioro de su fama, honor etc.; y *d*) daño patrimonial y enriquecimiento injusto por abono de alimentos a la hija después de la separación. En ambas instancias de instancia se declaró prescrita la acción ejercitada. En el recurso de casación se describe de modo genérico una situación personal que desemboca en una declaración de incapacidad total para la profesión habitual precisando asistencia psiquiátrica, que atribuye a la infidelidad de la esposa y a la crisis matrimonial sufrida. El TS niega que pueda hablarse de daños continuados a la hora de determinar el *dies a quo* del plazo prescriptorio.

NOTA.—La sentencia extractada admite implícitamente en nuestro ordenamiento la viabilidad de que entre cónyuges se planteen acciones basadas en el artículo 1.902, en caso de crisis conyugales, y, en particular, por incumplimiento de los deberes conyuga-

les; postura que sostuve hace tiempo («Comentarios Albaladejo», II, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid 1982, pp. 431 y s.), y recientemente comparte Alma M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Cizur Menor 2009, pág. 115), y que parece oportuno mantener incluso después de entrar en vigor la reforma de 2005. En el presente caso ha habido un inadecuado planteamiento procesal, agravado probablemente cuando se advirtió la probable prescripción de la acción ejercitada, que ha conducido a presentar un *totum revolutum* como base de la reclamación (G. G. C.)

**42. Culpa extracontractual: Daños por incendio: Responsabilidad de la empresa propietaria de la línea de alta tensión: Doctrina del riesgo: Relación de causalidad.**—

La progresiva objetivación de la responsabilidad extracontractual de quienes desarrollan actividades generadoras de riesgos, con alteración de la carga de la prueba, normalmente en aplicación de los principios de facilidad probatoria, por el que se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba sobre el origen del incendio a quien está en mejor posición para demostrar la causa del fuego, y de normalidad, que permite tener por cierto lo probable de acuerdo con criterios de lo que acontece normalmente, y la imputación de los daños causados por la actividad a cargo de quien se beneficia de la misma, no permite desconocer el resultado de la prueba sobre la inexistencia del hecho determinante de la responsabilidad, y en el presente caso en el que la demanda se basó en que el origen del incendio es imputable a la conducta de Endesa en cuanto infringió la normativa que regula la distancia entre la línea de alta tensión y los árboles sobre los que discurre el tendido, la prueba practicada ha sido valorada llegando a la conclusión de que la prueba pericial permite afirmar que no se puede considerar a la línea eléctrica de alta tensión como causante del incendio, considerando que la línea se descargó a tierra a través de la valla metálica que rodeaba el material incendiado y a través de una atmósfera altamente conductora, propiciada por los humos y vapores generados por un fuego preexistente en el descampado de C. M., S.A.; así pues, se ha declarado probado que el cortocircuito no fue la causa del incendio, sino un efecto del mismo, actuando correctamente las protecciones de la línea de alta tensión.

**Infracción de normas administrativas.**—Esta Sala tiene declarado que las normas de naturaleza administrativa, como el Reglamento de Líneas Aéreas de Alta Tensión aprobado por RD 3151/1968, de 28 noviembre, no pueden ser invocadas como infringidas en el recurso de casación civil si no es relación con una norma de Derecho privado de carácter sustantivo, dado que la función nomofiláctica que debe desempeñar al resolver recursos de esta naturaleza no se extiende a las normas de Derecho Administrativo (en este sentido, entre las más recientes, las SSTS de 3 de abril y 29 de junio de 2009).

**Hecho causante del incendio.**—El hecho ilícito denunciado es la causación del incendio como consecuencia de la ilícita omisión de medidas de mantenimiento de la distancia reglamentaria entre la línea de alta tensión y el arbolado situado debajo de los cables, habiéndose demostrado la infracción reglamentaria, pero también que de tal infracción no derivó el incendio, por lo que, al sostener que el incendio pudo evitarse o minorarse sus consecuencias, está haciendo supuesto de la cuestión (STS de 29 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—E. es titular de una línea de alta tensión, de 132 KV, que atraviesa una plantación de coníferas y la campa de las instalaciones donde C. M., S.A. desarrollaba su actividad, sitas en la carretera de Huesca, que estaban cercadas por medio de una valla metálica de escasa altura soportada por unas piquetas de hierro. Hacia las diecisiete horas del 13 de junio de 2003 se produjo un incendio que afectó a los pinos y caravanas estacionadas en la campa, que generó un espesa nube de humo negro, con partículas sólidas y la consiguiente elevación de temperatura y de la ionización de los gases, que provocó una descarga eléctrica de la línea de alta tensión a tierra. La descarga se transmitió por toda la alabrada que circunda el perímetro de dichas instalaciones, desde la altura de los postes núms. 12, 13 y 14, y desde el n.º 46 saltó a la nave de prototipos, a través del armado de una columna, y a su instalación eléctrica; ello produjo la combustión de materiales y el consiguiente incendio en las edificaciones; por otro lado, a través de la tierra llegó a afectar a la instalación eléctrica de un chalet y de una piscina particular, así como a los fusibles del transformador de C. M. y a la centralita telefónica. Los daños fueron muy cuantiosos, y varias aseguradoras abonaron una suma que excedía de dos millones de euros a los perjudicados. La demanda se interpone ahora contra Endesa y su aseguradora, por otras compañías que abonaron determinadas indemnizaciones a los perjudicados, así como por éstos en cuanto a los daños no cubiertos por el seguro. En ambas instancias se desestimaron las demandas acumuladas por entender que la distancia entre el arbolado y los conductores de la línea de alta tensión nada tenían que ver con el origen del incendio. Por ello resultaba irrelevante que Endesa hubiera incumplido la normativa administrativa sobre la distancia que las líneas debería guardar respecto del arbolado. La s. extractada rechaza el recurso y confirma las sentencias conformes de instancia. Tema complejo que giró sobre la nada fácil prueba de cómo se desarrollaron cronológicamente los hechos y de su causa originadora (G. G. C.)

**43. Accidentes de circulación. Distinción entre el régimen legal aplicable y el momento de cuantificación del daño.**—Las SSTs de 17 de abril de 2007, del Pleno de esta Sala (SSTS 429/2007 y 430/2007) han sentado como doctrina jurisprudencial que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado. No se considera que exista una incompatibilidad entre irretroactividad y deuda de valor, porque, según las sentencias, la tesis que ha defendido su existencia parte de una interpretación fragmentaria del artículo 1.2 LRCSVM 1995 y del Anexo, primero, LRCSVM 1995. Al contrario, debe distinguirse la regla general según la cual el régimen legal aplicable a un accidente es el vigente en el momento en que el siniestro se produce (artículo 1.2 LRCSVM 1995) y Anexo, primero, 3, LRCSVM 1995, que no fija la cuantía de la indemnización, puesto que no liga al momento del accidente el valor del punto. El daño se determina en el momento en que se produce, y este régimen jurídico afecta al número de puntos que debe atribuirse a la lesión y a los criterios valorati-

vos, que serán los del momento del accidente. Cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado. Los preceptos no citados no cambian la naturaleza de deuda de valor que la Sala ha atribuido a la obligación de indemnizar los daños personales. Sin embargo, la cuantificación de los puntos debe efectuarse en el momento en que las secuelas del accidente han quedado determinadas, que es el del alta definitiva, momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS 8 de julio de 1987, 16 de julio de 1991, 3 de septiembre de 1996, 22 de abril de 1997, 20 de noviembre de 2000, 14 de julio de 2001, 22 de julio de 2001, 23 de diciembre de 2004, 3 de octubre de 2006, entre muchas otras). La aplicación de la doctrina que acaba de exponerse al caso examinado conduce a acoger la impugnación articulada a través del primer apartado del presente motivo cuarto. **(STS de 29 de septiembre de 2010;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.— C interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Gijón contra G y la aseguradora P, S. A. solicitando una indemnización por los daños ocasionados a raíz del accidente provocado por el codemandado.

El Juzgado estimó en parte la demanda y, tomando como referencia el sistema legal de valoración del daño corporal vigente en la fecha del siniestro, condenó a ambos demandados a indemnizar solidariamente al actor con cerca de treinta mil euros, más los intereses previstos en el artículo 576 LEC. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Gijón estimó parcialmente el recurso, pero sólo en el sentido de considerar que los intereses debían ser los previstos en el artículo 20 LCS. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, al distinguir entre el régimen legal aplicable en un accidente de circulación, de la cuantificación del daño producido por aquél. (A. S. C.)

**44. Valoración de los daños personales por los hechos de circulación de vehículos. Baremo.**—Las SSTS de 17 de abril de 2007, del Pleno de esta Sala han sentado como doctrina jurisprudencial «que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado».

Dicha doctrina, que de nuevo se reitera en interés casacional, ha sido aplicada posteriormente por las SSTS de 9 de julio de 2008 y 10 de julio de 2008, 23 de julio de 2008, 18 de septiembre de 2008, 30 de octubre de 2008, 18 de junio de 2009 y 9 de marzo de 2010. **(STS de 26 de octubre de 2010;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En 1996 tuvo lugar un accidente de circulación, al salirse de la calzada un automóvil y colisionar lateralmente contra una motocicleta, resultando lesionados tanto el conductor de la moto como la mujer que viajaba en ella como ocupante. Cada uno de los perjudicados formuló separadamente demanda en reclama-

ción de indemnización. El Juzgado estimó totalmente la demanda de la ocupante, y sustancialmente la formulada por el conductor de la moto.

La Audiencia Provincial de Navarra acordó rechazar los recursos del conductor y su empresa, y estimar en parte el interpuesto por las demandadas, declarando que la sentencia del Juzgado es incongruente por conceder más de lo pedido desde el momento que aplica el sistema legal de valoración del daño corporal vigente al momento de dictarse sentencia cuando se pidió el vigente a fecha de la demanda, y de otra, que en todo caso el aplicable ha de ser el vigente al suceder los hechos, por haber sido ratificado dicho criterio en Junta General de la Audiencia Provincial de Navarra. Recurre en casación la parte actora-apelante.

El Tribunal Supremo estima el recurso parcialmente declarando que la Audiencia Provincial se aparta de la doctrina vigente al no distinguir entre régimen legal aplicable y cuantificación del daño, y tomar en consideración la fecha del siniestro tanto para la determinación del daño como para la cuantificación económica de dicho resultado.

NOTA.—A falta de una regulación expresa, la discusión de cómo aplicar en términos temporales las cuantías indemnizatorias señaladas en las tablas de valoración de daños se traducía tradicionalmente en una división de opiniones cuyo eje se centraba en la cuestión de cómo configurar la indemnización de daños: como una deuda de valor, o simple de dinero. Según la primera tesis, la indemnización ha de fijarse atendiendo a las pautas valorativas que estén en vigor en momento de pronunciar la sentencia. De acuerdo con la segunda, son de aplicación las cantidades vigentes en el momento del accidente. Fernando Reglero Campos, «Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor», *Lecciones de Responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 227. Hasta hace poco la jurisprudencia predominante entendía que estábamos ante una deuda de valor porque el nominalismo impedía la *restitutio in integrum*, Ignacio Moreno González- Aller, «Pautas para la reparación del daño en accidentes de...» *Aranzadi Social* núm. 19/2007, Aranzadi, Pamplona, 2007, texto después de la nota 10. En la jurisprudencia así, por ejemplo, SSTS de 21 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 8751], 15 de abril de 1991 [RJ 1991, 2691], 14 de abril de 2000 [RJ 2000, 3442] y 15 de febrero de 2001 [RJ 2001, 2501]. Viene aclarando el panorama la STS de 17 de abril de 2007 dictada por el Pleno de la Sala en resolución de recurso de casación fundado en el interés casacional. En consecuencia, el Tribunal Supremo buscó una tesis conciliadora entre ambas posiciones mencionadas con anterioridad, fijando para la valoración de los perjuicios derivados de un accidente el momento de alta médica, por ser un momento cierto en el que se pueden conocer el alcance de las lesiones y la entidad de las secuelas. Tal solución intenta dotar la situación de la seguridad jurídica y evitar que la dilación del ejercicio de las acciones por las partes sea aprovechado en su beneficio. Manuel Espinosa Labella, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 21/2007, BIB 2007/2436 Aranzadi, Pamplona, 2007. Cuestión distinta es la fecha para determinar que baremo

debe aplicarse, puesto que en el año 2004 la Ley de Responsabilidad Civil incorporó un nuevo baremo. A tal efecto, se considera aplicable el baremo vigente en la fecha del accidente, por aplicación del principio general de irretroactividad de las normas (art. 2.3 CC). Manuel Espinosa Labella, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 21/2007, BIB 2007/2436 Aranzadi, Pamplona, 2007. (M. L. K.)

**45. Accidentes de circulación. Inexistencia de causa justificada a efectos de exonerar al asegurador de la indemnización por mora.**—De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.8 LCS, la existencia de causa justificada implica la inexistencia de retraso culpable o imputable al asegurador, quedando éste exonerado del recargo en que consisten los intereses de demora. En la apreciación de esta causa de exoneración esta Sala ha mantenido una interpretación restrictiva en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma (SSTS de 16 de julio de 2008, 9 de diciembre de 2008, 12 de febrero de 2009 y 4 de junio de 2009), al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados. Esta interpretación descarta que la mera existencia de un proceso, o el hecho de acudir al mismo, justifique por sí el retraso, o permita presumir la racionalidad de la oposición. El proceso no es un óbice para imponer a la aseguradora los intereses a no ser que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación a cargo de la aseguradora. Tal cosa ocurre, según la doctrina, cuando las deudas afectan a la realidad misma del siniestro y también, cuando por circunstancias que concurren en éste o por el texto de la póliza, la duda racional alcanza a la cobertura a cargo de la aseguradora. No, por el contrario, cuando la incertidumbre surge únicamente en torno a la concreta cuantía de la indemnización o con respecto a una posible concurrencia de culpas. En aplicación de esta doctrina el motivo debe ser desestimado por cuanto no cabe calificar de razonable una oposición fundada, única y exclusivamente, en el desconocimiento de la extensión y valor económico del daño personal ocasionado y en la posible corresponsabilidad de la víctima, cuando ninguna duda ofrecía a la aseguradora ni la realidad del siniestro, ni su consideración como hecho de la circulación, ni la implicación en su causa y origen de un vehículo cuyo conductor tenía cubierta su responsabilidad civil frente a terceros en virtud de un seguro suscrito con dicha entidad, que se encontraba vigente a la fecha en que acaeció el accidente, respecto de quien la propia compañía admite que tuvo en el accidente una cuota de responsabilidad del 50%.

**Accidentes de circulación. Intereses de demora. Existencia de dos tramos diferenciados.**—La sentencia dictada por el Pleno de esta Sala el 1 de marzo de 2007 ha fijado como doctrina la siguiente: durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento. La doctrina expuesta ha sido recogida en las sentencias de esta Sala de 11 de diciembre de 2007, de 1 de julio de 2008, de 6 de febrero de 2009, de 25 de

febrero de 2009 y de 9 de marzo de 2010, y su aplicación al caso determina la estimación del motivo tercero, al no ajustarse a la jurisprudencia de la Sala la decisión de la Audiencia Provincial favorable a la existencia de un tramo único al tipo mínimo del 20%. (STS de 12 de julio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.— E interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Tarragona contra la aseguradora G, S.A. solicitando una indemnización por los daños derivados de un accidente de circulación. Previamente, la entidad aseguradora había procedido a la consignación parcial del pago.

El Juzgado estimó en parte la demanda y condenó a G, S.A. a indemnizar a E con cerca de doce mil euros con el interés legal previsto en el artículo 576 LEC. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Tarragona la revocó parcialmente al considerar que los intereses a satisfacer por la parte demandada debían ser los previstos en el artículo 20 LCS. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar en parte al mismo. (A. S. C.)

**46. Responsabilidad civil por consecuencia de delito de circulación: Sentencia penal condenatoria: Aseguradora que paga indemnizaciones y ejercita acción de regreso contra responsables directos.**—El CP no regula las relaciones internas de quienes deben responder frente a las víctimas de los delitos o faltas, limitándose a proclamar en el artículo 116 que *tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno*, y en el 117 que *los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponde*.

A su vez, en el seguro de responsabilidad civil, con la finalidad de evitar que eventuales corresponsables del daño a un tercero se vean exentos de su obligación de resarcir, y que la cobertura de uno de ellos se transforme en cobertura de todos, cuando la aseguradora de alguno de ellos paga a consecuencia de la intensa cobertura que nuestro sistema de seguros ofrece a la víctima, entra en juego el pár. 1.º del artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 octubre, a cuyo tenor: *El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización*.

El 2.º pár. del artículo 1.145 CC dispone que *el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponde, con los intereses del anticipo*. De aquí que según STS de 16 de julio de 2001, los condenados solidariamente en un proceso anterior podrán acudir a otro posterior, en ejercicio de la acción de regreso, distinta de la subrogación, para debatir la distribución entre ellos del contenido de la obligación, desapareciendo entonces la solidaridad para pasar a regir la mancomunidad; de tal

forma que el codeudor solidario que paga o cumple en su totalidad con el acreedor extingue el vínculo obligatorio, adquiriendo por ministerio de la ley un derecho a repetir en la esfera interna, exclusivamente contra el conjunto de obligados por vínculos de solidaridad y tan sólo lo que pagó más los intereses del anticipo, siendo este un crédito ajeno por completo al que ostentaba el acreedor primigenio y desprovisto además de las garantías que tenía el crédito extinguido (STS 5 de mayo de 2010).

**Inexistencia de acción contra los responsables subsidiarios: Efecto expansivo de la sentencia.**—Totalmente distinta es la posición de la aseguradora frente a los responsables civiles subsidiarios, ya que la lógica de esta responsabilidad que conlleva la inexistencia de acción de repetición del responsable directo contra quien debe responder en caso de insolvencia del mismo y, siendo varios los responsables directos, supone que aquel codeudor solidario que paga, no pueda dirigirse contra quienes nada más frente a la víctima y en segundo plano, deben responder en caso de insolvencia de los obligados principales, toda vez que el pago no transforma la responsabilidad subsidiaria en la relación externa y frente a las víctimas, en solidaria en la relación interna y frente a los codeudores. En el presente caso, tratándose del ejercicio de acciones por la aseguradora que ha pagado como responsable directa, la regla indicada se traduce en la imposibilidad de que la aseguradora se coloque en la posición de la víctima y no en la de su asegurado, lo que carece del más mínimo sustento. Además esta Sala tiene declarado que los codemandados que se hallan en la misma posición que los recurrentes se benefician de la actividad procesal de éstos cuando existe una comunidad de actuación y se hallan en idéntica situación sustantiva y procesal, al entrar en juego la doctrina de la extensión de los efectos de la sentencia a las partes ligadas por idénticos vínculos de responsabilidad (STS de 20 de octubre de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.] (G. G. C.)

**47. Responsabilidad médica: Secuelas a consecuencia de intervención quirúrgica: Principios generales.**—En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la LEC 2000 salvo para supuestos debidamente tasados (artículo 217.5 LEC). El criterio de imputación del artículo 1.902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de haber quedado plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción, o no sujeción, a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (SSTS de 24 de noviembre de 2005, 10 de junio y 20 de noviembre de 2009).

**Responsabilidad por el daño desproporcionado.**—Es aquel daño no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional médico-sanitaria. En estos casos, en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que el daño se produjo si se presenta en la esfera de su actuación profesional y no es de los que habitualmente se originan sino por razón de una conducta negligente, cuyo enjuiciamiento debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recae sobre el que causa un daño no previsto ni explicable, de modo que la ausencia u omisión de la misma puede determinar la imputación (SSTS de 2 de mayo y 8 de noviembre de 2007, y 10 de junio y 23 de octubre de 2008). En el presente caso, se explica el daño y la actuación del facultativo que le intervino,

habiendo descartado las pruebas cualquier mala praxis causalmente vinculada a las lesiones padecidas por el actor.

**Ley de consumidores.**—Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, la responsabilidad fundada en la LGDCU no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, que no han sido cuestionados en el recurso ni en la sentencia (**STS de 29 de octubre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.] (*G. G. C.*)

**48. Culpa médica: Accidente cerebro-vascular en el postoperatorio: Nexo causal: Doctrina general.**—Esta Sala ha dicho con reiteración que la prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva, y que ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades, aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, que corresponde sentar al juzgador de instancia, cuya apreciación sólo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a la lógica o al buen sentido. La sentencia recurrida es, desde este punto de vista, inatacable en cuanto se pretende revisar el nexo de causalidad establecido, cuya base fáctica no ha sido atacada, además, por la vía procedente.

**Cuantificación del daño.**—El recurrente pretende revisar la cuantificación del daño en los términos en que ha sido determinado en la sentencia mediante la aplicación de los baremos de la Ley 30/1995, según se dice sin motivación suficiente, lo que no es propio de este recurso de casación. Además esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, sólo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del Ordenamiento en la determinación de las bases para la fijación del *quantum*. Nada de esto se produce en el caso, pues nada se denuncia sobre una posible aplicación indebida del sistema de tasación legal derivado del uso y circulación de vehículos de motor, con base en una inexplicable o notoria desproporción entre lo que resulta del expresado sistema y la indemnización fijada, ni nada tiene que ver con la indemnización la falta de consentimiento informado que no se ha debatido en la litis como una alternativa de responsabilidad, sino como una causa añadida de responsabilidad del demandado que no ha sido tomada en consideración para establecer las consecuencias económicas resultantes (**STS de 13 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (*G. G. C.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**49. Precario: cesión de inmueble y atribución del uso por sentencia de separación.**—Según la jurisprudencia más reciente, cuando se cede el uso

de un inmueble es esencial determinar si ha existido un contrato de comodato. De no existir esta relación jurídica estaremos ante la figura del precario que permite al propietario reclamar su posesión en cualquier momento, puesto que no hay un pacto de ocupación por tiempo concreto y tampoco pago alguno por la ocupación de la vivienda (SSTS de 26 de diciembre de 2005, 30 de junio y 22 de octubre de 2009 y 14 y 18 de enero de 2010). Por ello, la atribución del uso de la vivienda reconocida a un cónyuge por un procedimiento de familia no puede constituir título hábil para justificar que esa posesión resulte oponible a terceros ajenos a esas relaciones matrimoniales, ni permite reconocer al beneficiario de la posición jurídica derivada del procedimiento matrimonial una protección posesoria en vigor superior a la que la situación de precario proporciona. Esta afirmación implicaría que sujetos extraños al vínculo matrimonial y que son los titulares de derechos que posibilitan la cesión de uso de la vivienda tuvieran que sufragar las necesidades familiares. Para proceder tal atribución resultaría necesario que se constatare la voluntad del propietario de renunciar a recuperar la vivienda mientras constituya el domicilio familiar (**STS de 14 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Doña F. ejercita acción de desahucio por precario contra doña A., ex esposa de su hijo. La actora reconoce haber cedido la vivienda para su uso y disfrute a título gratuito por su hijo, fijando en ella el domicilio familiar con su esposa, ahora demandada. El matrimonio junto con las hijas de ambos ocupó la vivienda hasta que sobrevino la crisis matrimonial, adjudicándose en sentencia de separación el uso de la vivienda familiar a la demandada.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La demandante recurre en apelación y la Audiencia Provincial estima el recurso, calificando el uso de la vivienda como precario y negando que la atribución del uso por la sentencia de separación sea oponible a la actora como título que ampare la posesión de la demandada. Se interpone recurso de casación por la demandada y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la sentencia recurrida. (*S. E. M.*)

**50. El artículo 609 CC como fundamento de un recurso de casación.**—El artículo 609 CC no es hábil para fundar un recurso de casación, pues no es más que una disposición preliminar que describe los distintos modos de adquirir la propiedad. Dado su sentido genérico, carece, por tanto, de relevancia casacional.

**Recuperación de bienes por la Administración Pública mediante reversión.**—Cuando la Administración Pública concede el uso de determinados terrenos (marismas) a un particular para su desecación y utilización con carácter indefinido, salvo el derecho de propiedad, y se establecen unas causas de caducidad de la concesión que luego esgrime la Administración para la recuperación de los terrenos mediante reversión, no estamos ante la desafectación de bienes destinados a uso o servicio público. Se trata de un supuesto en que el título concesional excluye implícitamente la transformación del dominio público en privado, por lo que la relación concesional pervive. Así, en aplicación de la DT 2.<sup>a</sup> de la Ley de Costas, no hay transformación del dominio público en propiedad privada, y ello a pesar de otorgar la concesión a perpetuidad.

**Contenido del artículo 38 LH.**—El artículo 38 LH atribuye al titular inscrito una presunción de dominio, pero se trata de una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario. Por otro lado, el artículo 41 LH contiene una norma de carácter procesal para el ejercicio de las acciones reales procedentes de los derechos inscritos a través del juicio verbal. Su invocación no resulta adecuada en un recurso de casación. Así, cancelado un asiento, se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere, lo que no significa que a todos los efectos se haya extinguido el derecho que proclama y que no se pueda establecer posteriormente que la cancelación se produjo indebidamente. **(STS de 23 de julio de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El 22 de septiembre de 2003, el TS dicta sentencia a través de la cual se desestima íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la actora, doña A., contra la Orden del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, de 6 de julio de 1994, por la que se declaró la caducidad de la concesión otorgada por Real Decreto de 13 de febrero de 1926 a don C. para ocupar unos terrenos de dominio público marítimo-terrestre con destino al saneamiento de un trozo de marisma en la margen derecho de un canal. Dicha caducidad se declaraba por haberse incumplido las condiciones establecidas en tal título concesional. El 20 de febrero de 2004, la Demarcación de Costas notificó a la actora que el acta de reversión de los terrenos se levantaría en el lugar de la concesión. Con fecha de 25 de mayo de 2004, el Juzgado de Primera Instancia dicta un Auto declarando su falta de jurisdicción frente a la acción posesoria ejercitada por la actora sobre las fincas objeto de este procedimiento. Mediante la demanda inicial del presente proceso, la actora doña A. pretende obtener una declaración de dominio sobre las fincas objeto del anterior recurso contencioso-administrativo, fundamentando dicha acción en su inscripción registral y consiguiente protección garantizada por el artículo 38 LH, por cuanto a través de la misma aparece que dichas fincas están libres de cargas, y fundamentándola asimismo con unos contratos de arrendamiento celebrados con terceros. Igualmente apoya su pretensión en el artículo 97 LH, al entender que, si la concesión administrativa fue candelada, se ha extinguido también el derecho del Estado. Además, según la actora, cuando se habla de «reserva de dominio» a favor del concedente por la referencia «a salvo el derecho de propiedad», se refería a otros posibles derechos de terceros y no a reserva alguna.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia desestimando la demanda, por lo que la actora interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. Ésta estimó parcialmente el recurso, a los solos efectos de no hacer imposición de costas de primera instancia, confirmando en todo lo demás la resolución recurrida. La Audiencia viene a justificar la desestimación del recurso en que los derechos de la actora sobre las fincas referidas tienen su origen en el título de concesión administrativa y los derechos del adquirente son siempre los que proclame el título de adquisición y no otros.

En casación el TS también desestima el recurso. Considera que la interpretación de la actora del artículo 609 CC implicaría recono-

cer la posible existencia de derechos de terceros sobre bienes de dominio público que son el objeto de la concesión administrativa. Cuando se efectúa una concesión a perpetuidad, dejando a salvo el derecho de propiedad, no se puede pretender que tal concesión equivale o deviene título de propiedad, teniendo en cuenta que el mismo se ha dejado a salvo a favor del concedente. En cuanto a la protección que pretende la actora al ampro del artículo 38 LH, pues entiende que tiene a su favor el principio de legitimación registral, en la medida en que consta certificación del Registro de Propiedad acreditativa de que tiene inscrito el dominio de las fincas libres de cargas, el Alto Tribunal declara que estamos ante una presunción que admite prueba en contrario. En conclusión, el TS acaba desestimando el recurso de casación. (S. L. M.)

**51. Invalidez de las cláusulas estatutarias establecidas «ex ante» que permiten la realización de obras en elementos comunes.**—Es jurisprudencia asentada de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo (SSTS de 8 de septiembre de 1993 y de 28 de enero de 1994) que no es válido que los Estatutos de una Comunidad de propietarios puedan autorizar genéricamente y «ex ante» la realización de obras de cerramiento en las terrazas de pisos destinados a vivienda que supongan una alteración de los elementos comunes. A estos efectos, la propia exposición de motivos de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960 pone de relieve la prevalencia del derecho necesario sobre el dispositivo. Ello ha de entenderse, no obstante, sin perjuicio de que, como permite el artículo 12 LPH, tal prohibición pueda cesar por acuerdo posterior unánime de la Junta de Propietarios. (**STS de 7 de julio de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Don A., don E. y don J., interpusieron demanda contra sus vecinos, don L. y doña M., por haber realizado obras de cerramiento de la terraza de su vivienda sin haber contado con la autorización de la Comunidad (arts. 7 y 12 LPH). Solicitaban se condenase a los demandados a ejecutar las obras necesarias para retirar el cerramiento y reponerla a su estado original.

Tanto el Juez de Primera instancia como la Audiencia Provincial desestimaron las pretensiones de los demandantes. La razón es que los Estatutos de la Comunidad contenían una cláusula en que se establecía que los propietarios de las terrazas quedaban facultados para cubrir las mismas, siempre y cuando contaran con las preceptivas licencias municipales.

Los demandantes recurren ante el TS, que determina que una autorización «ex ante» contenida en los Estatutos de la Comunidad, resulta contraria a la doctrina mantenida por la Sala 1.<sup>a</sup> del TS. (P. M. G-F.)

**52. Cláusulas estatutarias que eximen a los propietarios de locales comerciales sin acceso al portal y a las escaleras del edificio del deber de contribuir a los gastos de conservación, limpieza y alumbrado de tales elementos. Inaplicabilidad al supuesto de instalación de ascensores.**—La Sala Primera del Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (entre otras,

SSTS de 21 de octubre y 18 de diciembre de 2008 y 18 de noviembre de 2009) mantiene que en aquellos casos en los que la instalación de un ascensor en un edificio que carecía del mismo es necesaria para la habitabilidad del inmueble, constituye un servicio o mejora exigible a la que todos los comuneros tienen la obligación de contribuir. A estos efectos, las cláusulas estatutarias que eximen del deber de contribuir a los gastos de conservación, limpieza y alumbrado de escaleras y portales a los propietarios de locales que no tienen acceso a tales elementos comunes, no les eximen de contribuir a sufragar los gastos de instalación de ascensores, pues además de ser un elemento necesario para la habitabilidad del inmueble (art. 11 LPH *a sensu contrario*), su existencia redundaba en beneficio de todos los propietarios del inmueble e incrementa el valor de la finca en su conjunto.

**Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias y equivalencia de resultados.**—Constituye doctrina constante y reiterada de la Sala Primera del TS la que declara que existe interés casacional, no sólo cuando se dan criterios dispares entre Audiencias Provinciales, sino también cuando tal contradicción se produce entre secciones orgánicas de la misma Audiencia, exigiéndose dos sentencias firmes de uno de esos órganos jurisdiccionales, decidiendo en sentido contrario al contenido en el fallo de otras dos sentencias, también firmes, de diferente tribunal de apelación. En cuanto a la equivalencia de resultados, es cierto que el TS ha declarado que no procede la casación cuando pese a que la argumentación jurídica en la que la sentencia recurrida fundamenta la parte dispositiva no es aceptable jurídicamente el fallo debe ser mantenido conforme a una fundamentación distinta. Sin embargo, no cabe aplicar tal doctrina cuando esta fundamentación está sustentada exclusivamente en motivos de forma. (**STS de 20 de octubre de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

**HECHOS.**—Por acuerdo de una comunidad de propietarios se adoptó instalar un ascensor en el edificio. Posteriormente, en la Junta General del año siguiente, se acordó la fijación de una provisión de fondos para la instalación del mismo en función de la cuota de participación, hasta la suma total de 50.000 euros.

Los propietarios de varios de los locales comerciales situados en la planta baja del edificio, desde los cuales no es posible acceder al portal ni a las escaleras del mismo, deciden impugnar los acuerdos adoptados en Junta general, alegando defectos formales, y solicitando se declare su derecho a no abonar cantidad alguna correspondiente a la instalación del ascensor.

El Juzgado de Primera Instancia de Llodio declaró la nulidad del segundo de los acuerdos impugnados, por falta de constancia de quienes votaron a favor y quienes en contra, y por no acreditar que se alcanzase la mayoría exigida por el artículo 17.3 LPH. Sin embargo, rechazó el derecho de los demandantes a no abonar cantidad alguna correspondiente a la instalación del ascensor.

Los demandantes recurrieron en apelación, y la Audiencia Provincial de Álava estimó el recurso reconociendo el derecho de los propietarios de los locales a no abonar cantidad alguna correspondiente a la instalación del ascensor, manteniendo, en lo demás, los pronunciamientos del Juez de Instancia.

La Comunidad de Propietarios interpone recurso ante el TS afirmando interés casacional por jurisprudencia contradictoria de

las Audiencias en la interpretación de los artículos, 3, 9 y 17.1 de la LPH, a los efectos de que se revoque el pronunciamiento de la Audiencia Provincial por el que se establece el derecho de los demandantes recurridos a no participar en los gastos de instalación del ascensor.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*P. M. G-F.*)

**53. Cláusulas estatutarias que permiten realizar segregaciones, divisiones o agregaciones en elementos privativos de los edificios.**—Son válidas las cláusulas que permiten la realización de obras para la segregación de fincas sin necesidad de recabar autorización de la Comunidad de Propietarios, siempre que se cumplan tres requisitos: 1) que los pisos o locales resultantes sean susceptibles de aprovechamiento independiente, es decir, que tengan salida propia a un elemento común o a la vía pública; 2) que como consecuencia de la segregación no se altere la seguridad del edificio, su estructura general o configuración exterior, o se perjudique los derechos de otros propietarios; y 3) que no se alteren elementos comunes (artículo 11 LPH), por cuanto dicha alteración afectaría al título constitutivo y ello debe someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. (**STS de 11 de junio de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Doña A., propietaria de varios pisos en un edificio de Lleida, interpone demanda contra la Comunidad de Propietarios solicitando que le sean entregadas todas las actas de las juntas celebradas por dicha comunidad durante el año 2004, se reconozca su derecho a acceder a los elementos comunes del edificio a fin de poder conectar las fincas de su propiedad a los suministros de agua y gas, se declare su derecho a poder conectar toda la planta en la que están situados los pisos de su propiedad a una parada de ascensor, asumiendo la demandante los gastos, y le sea abonada, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, la cantidad de 84.962,55 euros.

La Comunidad de Propietarios formuló contravención alegando, básicamente, que las obras que doña A. pretendía realizar precisaban del consentimiento expreso y unánime de la Comunidad por afectar a elementos comunes del edificio y que, en caso de autorizarse tales obras, la distribución de los coeficientes para los nuevos departamentos habría de corresponder exclusivamente a la Comunidad. Solicitaba también se declarase la nulidad de los «Pactos para regir la comunidad» fijados en la escritura de obra nueva, de fecha de 18 de diciembre de 1980, por los cuales, entre otras cosas, se permitía a los propietarios de varias fincas comunicarse entre sí, segregarse o subdividirlas, todo ello sin necesidad de recabar la autorización del resto de propietarios.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda de doña A., así como la reconvenición, de modo que se condenó a la Comunidad a entregar las actas solicitadas y a permitir a la demandante acceder a los elementos comunes para conectarse a los suministros de agua y de gas, pero desestimó el derecho de la deman-

dante a establecer una parada de ascensor en su piso y a recibir indemnización alguna. Asimismo, determinó que las obras que pretendían realizarse requerían del consentimiento de la Comunidad, y declaró la nulidad de parte de los pactos impugnados, concretamente aquella referida a la realización de obras de segregación.

Doña A. recurrió ante la Audiencia Provincial y ésta revocó los pronunciamientos de instancia en el sentido de autorizar la realización de las obras en liza y declarar la validez de los «Pactos para regir la comunidad» aprobados por la comunidad en 1980.

La Comunidad recurre en casación, alegando, en síntesis, una vulneración del artículo 8 LPH, por cuanto que se está permitiendo la realización de obras con base en unas cláusulas estatutarias contrarias a una norma imperativa. Con base en la argumentación expuesta *supra*, el tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (P. M. G-F.)

**54. Acuerdos de la comunidad de propietarios. Nulidad y anulabilidad.**—La jurisprudencia posterior a las sentencias que se invocan en el recurso se definió por considerar meramente anulables los acuerdos comunitarios que entrañasen infracción de algún precepto de la LPH o de los Estatutos de la respectiva comunidad. Por tanto, dichos acuerdos quedarían convalidados por su ratificación posterior o por su falta de impugnación de los mismos en el plazo legalmente determinado. Por el contrario, la sanción de nulidad radical queda reservada a aquellos otros acuerdos que, por infringir cualquier otra ley imperativa que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude de ley, sean calificados como nulos de pleno derecho, conforme al párrafo 3.º del artículo 6 CC, y por tanto insubsanables por el transcurso del tiempo (SSTS de 24 de septiembre de 1991, 10 de marzo de 1997, 5 de mayo de 2000, 14 de febrero y 7 de marzo de 2002, 10 de noviembre de 2004, 30 de diciembre de 2005, 20 de noviembre de 2006, 18 de marzo de 2010, entre otras). (STS de 29 de octubre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El presente recurso tiene su origen en la reclamación que la comunidad de propietarios demandante hizo a uno de los comuneros de las cuotas de la comunidad correspondientes a los locales de los que ésta era propietaria. La mercantil demandada alega la nulidad radical de los referidos acuerdos comunitarios, en base al artículo 16.4, párrafo 2.º LPH, por falta de modificación de la convocatoria de la junta, por no estar incluido en el orden del día de ésta, por no obtener el necesario quórum y por falta de notificación fehaciente por la comunidad.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y condenó a la mercantil demandada a que abonara a la actora la cantidad solicitada en concepto de cuotas de comunidad de los citados locales.

La parte demandada recurrió en apelación esta sentencia. Recurso que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial, revocando la sentencia de primera instancia en el sentido de fijar una cuantía menor, pero manteniéndola en todo lo demás.

Contra la sentencia se interpone recurso de casación. Éste es desestimado, por aplicación de la moderna doctrina del Tribunal sobre la distinción entre nulidad radical y anulabilidad en materia de propiedad horizontal. (G. M. A.)

**55. Propiedad intelectual. Comunicación pública. Actos de retransmisión.**—En el supuesto descrito se produce una retransmisión por cable que es un acto nuevo de comunicación pública sujeta a lo establecido en el artículo 122 LPI.

Se produce retransmisión cuando una señal radiodifundida, en cualquiera de las modalidades posibles, es captada por una entidad distinta de la que la emite (o transmite) y a través de una red de difusión, propia o no, la pone en disposición de ser utilizada por el público. La entidad de radiodifusión primaria realiza la «emisión» —lanzamiento inalámbrico de la señal de radiodifusión— y la entidad de radiodifusión secundaria la recepciona o capta y la pone a disposición —retransmite— del público. No es necesaria la alteración, modificación o transformación de la señal. En resumen, hay retransmisión en la comunicación por cable de las obras por entidad distinta de la de origen de la señal. (STS de 20 de julio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El proceso versa sobre si hay un acto de comunicación pública, con difusión de obras y grabaciones audiovisuales, del artículo 20 LPI en la actividad de una entidad cooperativa de consumidores que previa la captación de las señales de varios canales de televisión las difunde por cable a diversos vecinos de una zona geográfica a la que no alcanza la red de difusión convencional «—zona de sombra—». Se trata de una instalación consistente en una estación terrena que recibe la señal del satélite y la envía, mediante repartidores, a una cabecera, amplificando cada canal mediante módulos amplificadores que operan en la banda VHF-UHF, así como los canales terrenales recibidos, que se amplifican a través de módulos amplificadores y se convierten a unos canales más bajos, antes de ser distribuidos por la red. EGEDA deduce demanda contra CTS, S.C. y contra CTS, S.A., entidades que facilitan este servicio. La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda. En apelación se revoca el fallo recurrido en el sentido de desestimar la demanda. EGEDA interpone recurso de casación. (S. M. S.)

**56. Propiedad intelectual. Actos de explotación mediante comunicación pública.**—Constituye un acto de comunicación pública, en la modalidad prevista por el artículo 20.2.f) TRLPI, la instalación de un sistema de televisión por cable mediante el cual retransmite a los usuarios conectados las obras y grabaciones audiovisuales que se contienen en las emisiones de televisión por satélite o por vía terrestre, las cuales son captadas previamente por las antenas parabólicas y tipo «yagui» con que cuenta el sistema y se distribuyen por cable a los distintos usuarios que se conectan a la red desde sus domicilios. Actividad que está sujeta a la autorización y a la remuneración prevista en el artículo 122.2 LPI.

**Incumplimiento contractual: acción de resolución.**—La parte demandada no ha desplegado actuación alguna para dar cumplimiento a las obligaciones contractuales asumidas en orden a comunicar a las actoras el número de abonados a efectos de que se pudieran realizar las oportunas liquidaciones por los derechos devengados. En consecuencia se impone la estimación de la acción resolutoria por incumplimiento de contrato imputable a la parte demandada, la cual deriva de lo dispuesto por el artículo 1.124 CC y, como consecuencia, la inmediata suspensión de las actividades de comunicación pública de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en las emisiones de televisión de terceras entidades de radiodifusión, así como la expresa prohibición de reanudar tales actividades en tanto no cuente la demandada con la necesaria autorización, al menos por parte de EGEDA. **(STS de 6 de julio de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La controversia nace de la celebración de un contrato entre las partes, de un lado, EGEDA, AISGE y AIE, y de otro, el Ayuntamiento de Fanlo, en virtud del cual se autorizaba al referido Ayuntamiento para realizar la actividad de retransmisión por cable definida en el artículo 20.2.f) LPI, con cumplimiento de la obligación de satisfacer los derechos de remuneración que por esa actividad se derivaran a favor de dichas entidades de gestión. A tales efectos, el Ayuntamiento quedaba obligado a hacer llegar trimestralmente a EGEDA, como mínimo, los siguientes datos: a) Detalle de las emisiones retransmitidas; y b) Promedio del número de abonados mensuales; así como a ingresar a favor de EGEDA el importe de las liquidaciones resultantes. EGEDA, AISGE y AIE interesan la resolución del contrato al haber incumplido la contraparte la totalidad de las obligaciones dimanantes del mismo, y, por otro lado, la declaración de que la parte demandada había de abstenerse de realizar las actividades comprendidas en el contrato e indemnizar a la actora mediante el abono del precio por las ya realizadas conforme a lo pactado. El fallo de primera instancia desestima la demanda y la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso interpuesto por las demandantes. (S. M. S.)

**57. Propiedad intelectual. Derechos de remuneración por comunicación pública de grabaciones audiovisuales: artistas intérpretes y ejecutantes; radiodifusión vía satélite. Compatibilidad con Directiva 92/100/CEE: solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE: no ha lugar.**—El derecho a una remuneración equitativa y única reconocido a favor de artistas en el artículo 8 de la Directiva se refiere exclusivamente a los fonogramas. Por lo que no sería pertinente plantear ante el TJUE una cuestión prejudicial. Por lo demás, el preámbulo de la propia Directiva considera que los Estados pueden establecer a favor de los titulares de derechos afines una protección mayor que la prevista en el artículo 8 de la Directiva.

**Criterios de cálculo para determinar el importe de la remuneración equitativa.**—Como ha confirmado el TJUE en sus sentencias de 6 de febrero de 2003 y 14 de julio de 2005, la cuantificación ha de hacerse de mutuo acuerdo, conclusión a la que también conducen los artículos 108.4 y 157.4 TRLPI. Ambos motivos deben ser estimados siguiendo la jurisprudencia de esta Sala creada por sus ya citadas sentencias de 18 de febrero de 2009 y 7 de

abril de 2009, en las cuales se declara la necesidad de que la remuneración equitativa se fije con criterios de equidad, no cumplidos por el mero hecho de que la Administración reciba sin objeciones las tarifas generales comunicadas por las sociedades de gestión ni por la existencia de un proceso negociador previo entre dichas sociedades y la empresa de comunicación demandada, ya que la imposibilidad de llegar a un acuerdo no puede comportar automáticamente la imposición unilateral por las sociedades de gestión de sus tarifas generales fijadas exclusivamente en función de los rendimientos de explotación de la demandada. De ahí que, como uno de los criterios necesarios para garantizar la equidad, se imponga «que las tarifas aplicadas se ajusten en lo posible al criterio de efectiva utilización del repertorio de la sociedad de gestión correspondiente», así como la comparación con otros acuerdos a que haya llegado la sociedad de gestión con otras productoras, «pues la equidad tiene una estrecha relación con la necesidad de que las tarifas sean comparativamente adecuadas entre unas y otras productoras, lo cual no significa que deban ser idénticas, pero sí que debe proibirse una excesiva desproporción que no aparezca justificada por razones de gestión u otras análogas». Además, el artículo 152.1 b) TRLPI pone en relación el deber de las sociedades de gestión de fijar tarifas generales con la utilización de su repertorio, y a su vez la STJUE de 6 de febrero de 2003 (asunto C- 245/00), en relación con los fonogramas, expresa la necesidad de establecer criterios análogos.

**Interpretación del artículo 161 TRLPI: no implica la excepcionalidad de protección al artista extranjero por la ley española.**—El artículo 161 protege incondicionalmente a los artistas nacionales de cualquier otro país. Y la alusión a los Convenios y Tratados internacionales y al principio de reciprocidad en el apdo. 3 del mismo artículo, para aplicarlos «en todo caso», debe interpretarse más como un cierre a cualquier resquicio que permita eludirlos, amparándose en el apdo. 2, que como la regla general de excepcionalidad propugnada en el motivo.

**Exigencia de condena al pago de interés legal por mora de la cantidad que quede fijada en ejecución de sentencia: artículo 1.108 CC; no ha lugar.**—La complejidad de cálculo impide de antemano considerar determinado el importe de la obligación principal. Doctrina idéntica a la de las Sentencias de 18 de febrero y 7 de abril de 2007. (STS de 15 de septiembre de 2010; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—AISGE y AIE demandan a DTD, S.A. la obtención de una remuneración equitativa y única por los actos de comunicación al público mediante la denominada radiodifusión vía satélite que, desde el día de comienzo de sus emisiones ha realizado la entidad televisiva de obras y/o grabaciones audiovisuales integradas por actuaciones artísticas. Asimismo insisten en que el importe deberá determinarse en ejecución de sentencia tomando como criterio de cálculo las tarifas generales que las actoras tienen comunicadas al Ministerio de Cultura, incrementadas con el IVA. La demandada contesta a la demanda y reconviene solicitando la presentación de cuestión prejudicial al TJUE sobre: 1) la compatibilidad de la Directiva 92/100/CEE con el reconocimiento simultáneo, compatible y acumulable de un derecho exclusivo a autorizar la comunicación pública de grabaciones audiovisuales a favor de productores audiovisuales y un derecho de remuneración equitativa y única por la comunicación al público de grabaciones audiovisuales

a favor de artistas junto con productores audiovisuales o en solitario para los artistas; y 2) el procedimiento y criterios más adecuados para fijar la «remuneración equitativa». En primera instancia, se desestima la demanda. Recurrido el fallo en apelación, la demanda es estimada parcialmente. (S. M. S.)

**58. Propiedad intelectual. Reclamación de cantidad: liquidación y montante de la misma; supuesto de la cuestión: no es función de la casación la revisión de *quaestio facti*.**—Se plantea cómo se ha ejercitado por SGAE lo previsto en el contrato, lo cual obvia que la sentencia de instancia declara probado el hecho base de la obligación y el montante de ésta, cuestión fáctica que no es función de la casación entrar en ella (así SSTs 30 de septiembre de 2009, 10 de abril de 2003, 29 de mayo de 2009, 19 de junio de 2007, 11 de junio de 2009, 2 de julio 2009, entre otras). (STS de 17 de septiembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—SGAE demandó a VMS S.L., hoy UMS, S.L., en reclamación de los derechos de autor correspondientes a la liquidación complementaria de 13 noviembre 2002 relativo al semestre de octubre de 2001 a marzo de 2002, demanda a la que se acumuló la presentada más tarde, en idéntica reclamación de la liquidación complementaria relativa al semestre de octubre 2003 a marzo de 2004 .

Las partes habían celebrado contrato de fecha 10 de noviembre de 1997, si bien se ha acreditado que desde que la sociedad demandada se incorpora a AFYVE en abril 1993 se rigen las partes por lo establecido en el «contrato tipo para la industria fonográfica 1985».

La sentencia de primera instancia, confirmada en apelación estima la demanda. La sentencia dictada en segunda instancia, objeto de los presentes recursos, afirma la validez de la reclamación, de la que no cabe duda ya que se trata de reclamación de derechos de autor, la corrección del montante reclamado y, añade literalmente: «... si no se ha producido deducción alguna por propaganda televisiva ha sido motivada por la propia conducta de la demandada, quien no ha facilitado los listados que le correspondían». (S. M. S.)

**59. Propiedad intelectual. Reproducción sin autorización por medio de fotocopias en establecimientos abiertos al público. Indemnización exigible por infracción del derecho exclusivo de reproducción: interpretación del artículo 140 LPI; unificación de doctrina a la vista de sentencias contradictorias de Audiencias Provinciales.**—En el caso resulta acreditado que la demandada ha realizado actos de infracción del derecho exclusivo de reproducción, habiendo prueba de la explotación sin autorización de tres obras, copiadas íntegramente, sin autorización, y cuyos derechos de propiedad intelectual gestiona la sociedad demandante. El artículo 140 LPI permite que el perjudicado opte, como indemnización, entre el beneficio que hubiera obtenido presumiblemente de no mediar la utilización ilícita o la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad

intelectual en cuestión. La demandante opta por la segunda alternativa y aplica la tarifa correspondiente a la licencia de reproducción mediante fotocopias de hasta un máximo del 10% de cada ejemplar, multiplicado por 10, teniendo en cuenta que la reproducción de las obras tenía lugar con carácter íntegro. Esta posibilidad es admitida y denegada dentro de la jurisprudencia menor. Esta Sala, en trance de unificar la doctrina, establece lo siguiente: la indemnización que debe fijarse al amparo del artículo 140 LPI por reproducción sin autorización por medio de fotocopias en establecimientos abiertos al público con arreglo a las tarifas generales de la sociedad demandante CEDRO, cuando ésta se acoge a la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación, debe fijarse en el importe de la tarifa general aprobada para la autorización de reproducciones del 10% de las obras, multiplicado por cinco. Si se prueba de manera suficiente que el porcentaje de promedio de reproducción de todas las obras fotocopias es inferior o superior al 50% de las obras la tarifa podrá multiplicarse por un coeficiente superior o inferior, y no podrá exceder de diez veces su importe. **(STS de 17 de mayo de 2010;** ha lugar, en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La representación procesal de CEDRO interpuso demanda contra el titular de un establecimiento comercial en el que se había realizado la reprografía no autorizada de obras impresas vulnerando los derechos de propiedad intelectual. El Juzgado de Primera Instancia consideró probada la explotación ilícita de las obras de la demandante. Habiendo optado la parte demandante, con arreglo al artículo 140 LPI, por la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación, se fijó la indemnización en la cuantía de multiplicar por 10 el importe de la tarifa general anual fijada para la autorización por la sociedad demandante, aplicando el CORSA previsto en la misma tarifa. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia. (S. M. S.)

**60. Obligaciones del usufructuario. Conservación de la cosa usufructuada.**—La obligación del usufructuario de conservar la forma y sustancia de la cosa usufructuada no puede asimilarse a la simple restitución de tal forma y sustancial, sino que requiere un respeto permanente por parte del usufructuario a dicha obligación durante todo el tiempo que disfrute de su derecho. Por tanto, no bastará con que en el momento final de entrega de la posesión al nudo propietario se restablezca la forma y sustancia que había desaparecido durante la vigencia del usufructo. Ello tiene una importancia especial en aquellos supuestos en los que el usufructo recaiga sobre una industria. Esta constante obligación de conservación de la forma y sustancia ha de permitir, por aplicación del artículo 467 CC, que la acción para pedir la indemnización se pueda ejercitar durante toda la vigencia del usufructo por el propietario perjudicado por el incumplimiento de la obligación del usufructuario. **(STS de 20 de julio de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La demandante originaria, usufructuaria de una industria de panadería, interpone demanda contra los nudos propietarios de ésta, solicitando la entrega de los beneficios de la

cosa usufructuada y la rendición de cuentas de la gestión de dicha industria.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, condenando a los demandados a abonar a la actora la suma solicitada, pero debiendo deducirse la cuantía correspondiente a los gastos y mejoras efectuados por los demandados durante el período de explotación. El Juzgado considera que, si bien la actora-usufructuaria incumplió su deber de conservar la cosa al dismantelar la industria de panadería y formalizar un contrato de arrendamiento del local donde ese negocio se asentaba, dado que los nudos propietarios no ejercitaron la acción para solicitar la posesión y la administración de la cosa, éstos tampoco podrán después ejercitar la acción de indemnización de daños y perjuicios mientras el usufructo estuviera vigente, sino que debían esperar para ello a la finalización de dicho usufructo.

Ambas partes recurrieron en apelación. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de los demandados y estimó parcialmente el de la actora, revocando parcialmente la sentencia impugnada en cuando a suprimir la deducción del concepto gastos de la cantidad a abonar por los demandados.

Contra la sentencia dictada en apelación han recurrido en casación los demandados. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso, al entender que la obligación de conservación del usufructuario es continuada, luego la acción indemnizatoria sí puede ser ejercida durante la vigencia del ejercicio. Por ello, casa parcialmente la sentencia impugnada, a los efectos de condenar a la parte actora a indemnizar a los demandados por los daños y perjuicios causados por la eliminación por la actora-usufructuaria de la industria que formaba parte del usufructo. (G. M. A.)

**61. Servidumbre voluntaria de paso. Obstáculo al goce de la servidumbre.**—La doctrina jurisprudencial anteriormente sentada por el TS y citada por la parte recurrente no es de aplicación para la resolución del recurso. La especialidad de éste frente a la generalidad de los recursos presentados en este sentido es, precisamente, que la acción que se ejerce lo es de un derecho real inscrito, que se dirige, no contra la comunidad propietaria del predio sirviente, sino contra concretas personas, algunas de las cuales residen en dicho predio sirviente, que aparcan en la rampa de acceso al garaje de la actora, sobre la que está constituido en derecho real de servidumbre. Lo cual se aparta del supuesto habitual, en el que la cuestión jurídica se suele plantear entre los titulares de los predios sirviente y dominante. De ahí que el TS considere que la sentencia recurrida no puede contradecir la jurisprudencia referida por el recurrente. La Audiencia Provincial consideró probado que la conducta de los demandados consistente en aparcar en una zona de servidumbre suponía un obstáculo al goce de la servidumbre, sin que ello pueda ser rebatido en sede de casación, que no es una tercera instancia. (STS de 28 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un garaje demanda a determinados vecinos de la finca sirviente y a otros propietarios de los vehículos que aparcaban en la rampa de acceso al garaje.

La actora reclama la efectividad de su derecho real de servidumbre inscrito.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda, por entender que no se ha probado que los demandados hayan causado un impedimento grave en el disfrute de esa servidumbre de paso.

Recurrida la sentencia por la parte actora, la Audiencia Provincial revoca la misma, estimando íntegramente la demanda. Razona la Audiencia que la servidumbre de paso constituida sobre la rampa del garaje es una servidumbre voluntaria que abarca la totalidad de la superficie de la rampa. Considera que aparcar en dicha rampa de acceso al garaje supone un obstáculo al goce de la servidumbre, menoscabando el derecho de paso de la actora.

Contra esta sentencia interponen recurso de casación los demandados. El Tribunal Supremo desestima el recurso, lo que conlleva la confirmación de la sentencia recurrida. (G. M. A.)

**62. Precio del retracto. Precio real abonado superior al precio escriturado.**—El Tribunal Supremo declara como doctrina jurisprudencial que el precio del retracto debe ser el precio real efectivamente abonado por el comprador, de tal forma que se deje a éste en situación de indemnidad económica tras el retracto, y ello con independencia de que dicho precio coincida o no con la cuantía que figure en la escritura pública de compraventa o con el valor de mercado del bien. Por tanto, no procede estimar el retracto por el «valor real» de tasación que resulte de la correspondiente prueba pericial, sino que el retrayente ha de pagar el precio realmente abonado por el comprador, una vez se acredite cuál fue. «Precio real» no significa «precio actual», luego la circunstancia de que haya transcurrido mucho tiempo entre la compraventa y el ejercicio de la acción de retracto no puede justificar la decisión de fijar como precio para el retracto una cantidad mayor de la realmente abonada en la compraventa, puesto que las consecuencias de la falta de comunicación al arrendatario de las circunstancias de la enajenación deben recaer en las partes intervinientes en la compraventa, y no en el retrayente. (STS de 7 de julio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El arrendatario del inmueble, titular de un derecho de retracto, presenta demanda contra la compradora de éste. Manifestaba el demandante retrayente que en ningún momento se le había comunicado la existencia del contrato de compraventa, ni de los elementos fundamentales del mismo, incumpléndose lo prevenido en el artículo 48.2 LAU de 1964. En base a ello solicitaba que su acción de retracto fuera estimada por el precio que la adquirente había entregado en concepto de compraventa del inmueble, más los gastos propios de dicha compraventa.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y acordó el derecho del actor a retraer la compra del inmueble litigioso por el precio efectivamente abonado por la compradora.

Se interpuso recurso de apelación por la parte demandada. La Audiencia Provincial lo estima parcialmente, en el sentido de considerar que el precio del retracto no debía ser el precio real abonado por la compradora, sino el precio actual o valor de tasación del

inmueble en el momento actual. Razonaba la sentencia de apelación que el precio de compraventa del juicio de retracto había sido abonado hacía más de veinte años, luego no se correspondía en la actualidad con el valor del inmueble, al resultar inferior y desproporcionado en relación con el valor actual de lo vendido.

Contra la anterior sentencia recurre en casación la parte demandante. El Tribunal Supremo estima el recurso, revocando con ello la sentencia impugnada y confirmando la de primera instancia. El Alto Tribunal considera que se debe estimar el retracto de la finca por el precio abonado por la compradora más los gastos de la compraventa, por lo que condena a la demandada a otorgar escritura pública de compraventa a favor del actor, simultáneamente a la entrega de dicha cantidad.

NOTA.—La importancia de esta sentencia recae en su aptitud para clarificar la doctrina jurisprudencial relativa al precio del retracto. Las dificultades interpretativas surgen en aquellos supuestos dudosos en los que el precio de compraventa que aparece en la escritura pública es desproporcionado o escandalosamente inferior al valor del inmueble vendido. Las opciones interpretativas son dos. Uno, el precio del retracto a abonar por el retrayente será el precio real pagado por la parte compradora más los gastos de la compraventa. Dos, el precio del retracto será el del valor de mercado del inmueble en el momento del ejercicio de la acción de retracto. Esta doble interpretación deriva de la propia terminología empleada en la normativa (de «precio» habla el CC; de «precio» y de «valor», el Reglamento de Arrendamientos Rústicos), así como de las SSTs de 11 de enero de 1943 y de 22 de diciembre de 1950, que emplean de manera paralela ambos conceptos. La sentencia que se comenta sirve para unificar la doctrina jurisprudencial en este punto, decantándose por la primera de las opciones señaladas. De manera que, en adelante, se tendrá por precio del retracto el precio real efectivamente abonado por el comprador del inmueble, con independencia de que éste coincidiera o no con el valor actual del inmueble litigioso. (G. M. A.)

**63. Venta de cosa ajena. Principio de fe pública registral.**—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que afirma que la aplicación del artículo 34 LH no requiere que se haya anulado o resuelto un contrato como presupuesto de aplicación del precepto, sino que dicha norma resulta perfectamente aplicable a los supuestos de venta de cosa ajena: Por tanto, el segundo comprador queda protegido (frente al primero) si cumple los requisitos del primer inciso del artículo 34.I LH, esto es, si adquirió de buena fe por título oneroso de titular registral e inscribió su título en el Registro de la Propiedad.

**Venta de cosa ajena: Validez del contrato.**—Aunque la cosa u objeto vendido no pertenezca al propietario al tiempo de celebrarse la compraventa, el contrato es válido y de él nacen obligaciones para las partes (que el vendedor de la cosa ajena podrá cumplir o no en función de si se hace con el bien para entregarlo al comprador). No es correcto afirmar que se trata de un contrato nulo o inexistente por falta de objeto. Por consiguiente, no es de aplicación sistemática el artículo 33 LH en los supuestos de venta de cosa ajena.

(STS de 20 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Fallecido el comprador de un inmueble, sus herederos ejercitaron la acción declarativa del dominio de unas fincas que el causahabiente había adquirido en virtud de documento privado de compraventa y que había dejado en situación de abandono tras cesar en un negocio de autoescuela. Fueron parte demandada tanto el vendedor de las fincas como los segundos compradores de las mismas, que —habiéndola adquirido por documento público de compraventa— constaban como titulares registrales al tiempo de la demanda. En ambas instancias se desestimó la pretensión de la parte demandante y se resolvió a favor de la parte demandada, al considerarse que la segunda adquisición quedó consolidada en virtud del principio de fe pública registral (art. 34 LH). En casación, no hubo lugar. (C. J. D.)

## DERECHO DE FAMILIA

**64. Divorcio: Efectos respecto de los hijos: Custodia compartida: Informe favorable en segunda instancia, no valorado.**—La sentencia recurrida ha revocado la guarda y custodia compartida acordada en primera instancia, argumentando: *a)* que no es criterio de la sala sentenciadora acordarla excepto en los casos excepcionales que cita; *b)* que los padres no la adoptaron en el convenio regulador; y *c)* que el informe emitido en primera instancia no la aconsejaba claramente.

Pero olvida lo siguiente: *a)* que la medida de guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas; *b)* que si bien los padres no adoptaron este acuerdo en el convenio regulador, las circunstancias familiares son siempre cambiantes y por ello la LEC recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo; *c)* que el informe emitido por los servicios psico-sociales como prueba en segunda instancia concluía que no solo había funcionado correctamente la guarda y custodia compartida desde la ejecución de la sentencia dictada en primera instancia, sino que era aconsejable seguir manteniéndola. Dicho informe no es vinculante, pero ofrece elementos para decidir que no han sido tenidos en cuenta para acordar una u otra solución en el presente supuesto, y *d)* que el informe del Ministerio Fiscal es favorable a la guarda y custodia compartida.

Por ello, esta Sala, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional 16, LEC, entiende que, a la vista de los anteriores razonamientos, debe confirmar la sentencia pronunciada en primera instancia, acordando la guarda y custodia compartida del menor, a la vista del informe favorable del Ministerio Fiscal y teniendo en cuenta los informes psico-sociales, que se mostraban favorables a dicho régimen, porque lo contrario sería otorgar virtualidad a la vulneración del principio de proscripción de la arbitrariedad del

que es reflejo la sentencia objeto del recurso (**STS de 1 de octubre de 2010**; ha lugar.) (Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.)

NOTA.—Se va consolidando una mesurada doctrina jurisprudencial de la Sala 1.<sup>a</sup> sobre la controvertida guarda y custodia compartida (ha llegado a calificarse de *malograda* innovación estatal: TENA PIAZUELO, *Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños de primera?*, Aranzadi civil-mercantil, abril, 2011, p. 81). La sentencia extractada menciona las SSTs de 10 de septiembre y 8 de octubre de 2009, a las que puede añadirse la de 28 de septiembre, del mismo año y Ponente (extractada y anotada en ADC, 2010, pp. 1996 y s.). Hay una clara censura a la postura mantenida por la AP sobre el *thema debatendi* en la sentencia de apelación. (G. G. C.)

**65. Divorcio: Pensión compensatoria: Doctrina general sobre la temporalidad.**—El establecimiento de un límite temporal para la percepción de la pensión compensatoria, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de compensar el desequilibrio que le es consustancial. Esta exigencia obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas, entre los factores que enumera el artículo 97 CC, que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la persona beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del mismo. En el juicio prospectivo el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre. Las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, habrán de ser respetados en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la ponderada valoración de los factores a que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC. Sólo es posible revisar este juicio en casación cuando el juicio prospectivo se muestra ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

En este caso el juicio prospectivo de la Audiencia Provincial acerca de la imposibilidad de que la actora pueda obtener en un plazo concreto (ni siquiera el de siete años recogido en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia) un empleo que le permita gozar de medios propios para obrar autónomamente, no es gratuito o arbitrario, sino que se alcanza valorando, con parámetros de prudencia y ponderación, factores concurrentes, como su edad de 49 años, la invalidez reconocida como consecuencia de una minusvalía del 33%, su falta de experiencia profesional continuada, y la ausencia de cualificación laboral, los cuales en conjunto le sirven para formar la convicción de que la función de compensar el desequilibrio sólo puede entenderse cumplida fijándola con carácter vitalicio (**STS de 29 de septiembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

**66. Unión de hecho: Acción de división de la cosa común: Aplicación de las reglas de la comunidad romana.**—El motivo intenta que se apliquen las reglas de liquidación del régimen de gananciales en un supuesto de liquidación de las relaciones económicas mantenidas por dos personas que han formado una unión de hecho y que han adquirido una serie de bienes en común, por acuerdos voluntarios que han llevado a la creación de distintas

comunidades particulares sobre los bienes adquiridos. Las razones que llevan a la inaplicación de las reglas que rigen la comunidad matrimonial son las que se expresan a continuación:

1.<sup>a</sup> Esta Sala ha venido manteniendo de forma reiterada que la unión de hecho es una situación no equiparable al matrimonio. La STS de 12 de septiembre de 2005 declara de forma taxativa que la unión de hecho no tiene nada que ver con el matrimonio, aunque ciertamente ambas instituciones se encuentran en el ámbito del derecho de familia. La STS de 8 de mayo de 2008 dice que no puede aplicarse por analogía la regulación establecida para el régimen económico matrimonial porque al no haber matrimonio, no hay régimen. La consecuencia de la exclusión del matrimonio es precisamente la exclusión del régimen. En los casos de la disolución de la convivencia de hecho, no se impone la sociedad de gananciales, sino que cabe deducir de los hechos que se declaran probados una voluntad de constituir una comunidad, sobre bienes concretos o sobre una pluralidad de los mismos; y en ello están de acuerdo las SSTS de 22 de febrero y 19 de octubre de 2006, que exigen el pacto, expreso o tácito, para considerar establecida una comunidad de bienes.

2.<sup>a</sup> En este caso consta la voluntad de los convivientes de adquirir conjuntamente una serie de bienes constante la convivencia, ya que se pusieron a nombre de ambos, independientemente de quién hubiera pagado la contra-prestación en la adquisición.

3.<sup>a</sup> Consecuencia de ello, acabada la convivencia, se ejercita una acción de división de las cosas comunes en la que el conviviente pide a efectos de la valoración de los bienes y su posterior adjudicación, que se tengan en cuenta una serie de créditos que él ostentaba y que afectaban al valor final y estas operaciones son las que llevan a cabo tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial en la sentencia que se recurre.

4.<sup>a</sup> Todo lleva a la conclusión de que lo pedido en la demanda origen de este recurso se refiere pura y exclusivamente a la acción de división de cosas comunes, ejercitada a través del artículo 400 CC y no de las normas sobre gananciales, que no se han aplicado porque lo impide la propia naturaleza de la unión de hecho que excluye el régimen económico. Sin embargo, la jurisprudencia admite la comunidad romana de bienes cuando así lo pacten las partes convivientes, que es lo que ha ocurrido en este supuesto. Por lo que no es este el procedimiento adecuado para discutir si caben o no entre los convivientes compensaciones de otra naturaleza, derivadas de enriquecimiento injusto o de otro tipo de desequilibrios (**STS de 7 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (*G. G. C.*)

**67. Arrendamiento de larga duración sobre inmuebles gananciales, y venta de los mismos, otorgado por el esposo que es tutor de su cónyuge, sin autorización judicial: Tipo de ineficacia.**—La primera de las cuestiones que debe fijarse es la relativa a si un acto de disposición que requiere el consentimiento de ambos cónyuges, puede ser realizado por el capaz, actuando por sí mismo y a la vez como tutor del cónyuge incapacitado, y se responde negativamente a la vista del artículo 1.389 CC, aplicable también al supuesto del arrendamiento contratado por un plazo de veinticinco años, tratándose de un acto de disposición y no de administración, por lo que entra en funcionamiento el pár. 2.º de dicho precepto. La segunda cuestión es el tipo de ineficacia que corresponde a los actos de disposición sobre bienes inmuebles efectuados por el cónyuge capaz sin la preceptiva autorización, supuesto al que no puede aplicarse la doctrina de las sentencias del Pleno de esta Sala

de 22 de abril y 8 de julio de 2010, que declaran la nulidad de los actos de disposición efectuados por el titular de la patria potestad y por el tutor sin la autorización judicial. Tal imposibilidad deriva de la existencia de normas específicas y expresas relativas a la ineficacia de los actos de disposición relativos a bienes gananciales efectuados por el esposo tutor sin autorización judicial. El artículo 1.322 CC establece un régimen de anulabilidad al que por idéntica razón obedece el artículo 1.398.2.

**Dies a quo del plazo de caducidad.**—Por aplicación del último párr. del artículo 1.301 hay que aplicar la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales por muerte del marido capaz, en 1995, momento a partir del cual, el hijo heredero y, a la vez, tutor de su madre pudo haber ejercido la acción para anular el contrato otorgado por su padre sin autorización judicial. Habiendo ejercitado la acción el 31 de enero de 2005, había transcurrido ya el plazo de caducidad (**STS de 23 de septiembre de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**68. Reserva troncal del artículo 811 CC: Requisitos: Interpretación restrictiva: Bienes que han retornado a la línea de donde los bienes proceden.**—El artículo 811 CC establece una reserva denominada troncal cuya historia es de sobra conocida y que fue introducida con la finalidad de *evitar el peligro de que los bienes poseídos secularmente por una familia pasen bruscamente a título gratuito a manos extrañas, por azar de enlaces o muertes prematuras* (SSTS de 19 de noviembre de 1910, 7 de noviembre de 1927, 17 de junio de 1967, 21 de octubre de 1991 y 29 de junio de 2006, entre otras). Con esta finalidad, el CC diseña una institución que introduce una modalidad sucesoria que modifica el curso ordinario de la sucesión. Por ello esta Sala la ha interpretado de forma restrictiva, tal como señala la STS de 26 de noviembre de 1943 y acepta la de esta Sala de 13 de marzo de 2008, que señala que debe interpretarse el artículo 811 en el sentido que *basta que no pasen los bienes a línea distinta de la originaria para que la institución de la reserva haya cumplido su finalidad*, concluyendo con otras sentencias de esta Sala que *de este modo, después de fallecido el reservista, quedará satisfecha la reserva si los bienes objeto de la misma pasan a los parientes del descendiente del que heredó que estén dentro del tercer grado. Esta es la solución más acorde con el principio de libertad de disposición testamentaria.*

Conforme al artículo 811 es preciso que concurran los siguientes requisitos: 1.º Que se hayan producido dos transmisiones, de modo que el causante de la reserva haya adquirido bienes a título lucrativo de un ascendiente. Lo que se ha producido en este caso pues doña Gabriela había adquirido los bienes que formaron su patrimonio hereditario a través de la herencia de su madre (doña Eulalia), que incluía los bienes de su padre (don Diego). 2.º Que haya tenido lugar una transmisión del descendiente al ascendiente, situación que también se produce ya que la abuela doña Sacramento sucedió a su nieta, doña Gabriela. 3.º Que la adquisición se haya producido por ministerio de la ley, requisito que también se da porque la abuela sucedió abintestato. 4.º Aunque es cierto que los reservatarios (hijos del primer matrimonio de don Diego) pertenecen a la línea de donde proceden los bienes, y que estos salieron del patrimonio del padre en el momento en que los atribuyó por testa-

mento a su segunda esposa, también es verdad que volvieron a la línea de origen cuando doña Gabriela adquirió la herencia de su madre, entre los que figuraban los bienes reservables, y siguieron en la misma línea cuando los adquiere abintestato su abuela, no procediendo aplicar la reserva como en supuesto semejante estableció la STS de 13 de marzo de 2008.

**Retracto social a favor de los socios en caso de venta de acciones a terceros: Carecen de legitimación quienes no son socios.**—Si el derecho de retracto debía ejercitarse de acuerdo con los estatutos sociales, hay que recordar que estos lo establecen a favor de los socios, y, en su defecto, de la propia sociedad, y los herederos legitimarios de un socio fundador no están legitimados para hacer valer aquél ya que no ostentan esta última cualidad (**STS de 21 de octubre de 2010**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Se dice —con toda razón— en el 2.º FD que «el supuesto de hecho presenta una serie de frentes de bastante complejidad». Hay un trasfondo económico representado por una empresa familiar, al parecer próspera, que lleva funcionando bastantes años, y tienen lugar determinadas acciones (por ej. transmisiones fiduciarias a personas de confianza) llevadas a cabo por uno de los socios fundadores con ocasión de divorciarse y contraer nuevo matrimonio, con la aparente finalidad de marginar patrimonialmente en lo posible a los tres hijos del primer matrimonio, con la complicidad de varios familiares. Los acontecimientos familiares se precipitan pues fallecen en accidente de circulación su segunda esposa y la hija de ambos (esta última, no simultáneamente, sino al día siguiente de morir su madre), resultando que la abuela paterna hereda a esta última. Los legitimarios invocando su calidad de reservatarios accionan contra esta última persiguiendo exclusivamente un reducido paquete de acciones que había enajenado aquélla. La Sala aplicando una depurada doctrina jurisprudencial —que parece prevalecer últimamente— rechaza la aplicación del artículo 811 porque los bienes reservados habían retornado a la línea de origen, y también rechaza el ejercicio de un derecho estatutario de retracto sobre un reducido paquete de acciones enajenado a terceros. En realidad parece que la parte cuantitativamente mayor de las pretensiones de los hijos del primer matrimonio estaban ya satisfechas al no haberse recurrido en casación esa parte de la sentencia de la Audiencia Provincial en que se declaran nulas por simulación absoluta determinadas transmisiones realizadas fraudulentamente por su progenitor y por la abuela paterna, y que se ordena reintegrar a la herencia de aquél. (*G. G. C.*)

**69. Desahucio por precario sobre bienes hereditarios antes de la partición: Doctrina general.**—La partición hereditaria tiene por objeto la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión, ya que de la comunidad hereditaria puede pasarse, por vía de partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria (art. 392 CC y SSTS de 20 de octubre de 1992, 25 de abril de 1994, 6 de marzo de 1999, 28 de junio

de 2001 y 25 de junio de 2004). Las SSTS de 26 de febrero y 8 de mayo de 2008 han declarado que *si algún heredero hace uso exclusivo de algún bien, al no tener título que ampare su posesión, se coloca como precarista siendo viable la acción de desahucio ejercitada, mas esa concepción en modo alguno puede comportar la inexistencia del derecho a coposeer como emanación del derecho de propiedad, no encontrándonos ante una posesión sin título, sino ante un posible abuso en el ejercicio del derecho, exceso que queda determinado por el uso en exclusiva de un concreto bien, que necesariamente comporta el implícito derecho a poseer por parte de los coherederos*. Esta Sala tiene declarado que hasta que no se efectúe la partición por cualquiera de los medios admitidos en Derecho no adquieren los herederos la propiedad exclusiva de cualquier bien hereditario (SSTS de 3 de junio de 2004 y 17 de diciembre de 2007). En el presente caso no aparece acreditado que se hubiera verificado la partición de los bienes hereditarios, y tampoco la división de bienes, ni su adjudicación. En el periodo de indivisión que precede a la partición hereditaria los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados sus derechos hasta que la partición se realice, y en este estado de indivisión, ningún heredero puede reclamar para sí, sino para la comunidad hereditaria. La partición tiene carácter de operación complementaria de la transmisión y es siempre indispensable para obtener el reconocimiento de propiedad sobre bienes determinados (STS de 4 de mayo de 2005).

**Acciones de desahucio entre coherederos antes de la partición: Coheredero minoritario que se apodera de la totalidad del bien hereditario.**—Según la sentencia recurrida, cuya doctrina hace suya la Sala, al demandado sólo le corresponde la nuda propiedad de una parte minoritaria del bien, título que no ampara, a los efectos del desahucio, la posesión que pretende, mientras que la actora tiene la plena propiedad de la mitad del bien, correspondiendo el usufructo sobre el todo a la madre de los litigantes, por lo cual procede el desahucio ejercitado. Lo contrario supondría autorizar o consolidar una posesión de hecho incontestada por los demás coherederos, sin pagar renta alguna (**STS de 16 septiembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.] (G. G. C.)

**70. Rendición de cuentas entre coherederos: Prescripción de la acción.**—Esta acción no figura en los casos de prescripción quinquenal, recogidos en el artículo 1.966, 3.º CC, puesto que no se trata de pagos que hayan de hacerse por años, sino de una obligación general de rendición de cuentas que generará o no unos pagos; al no tener atribuido un plazo específico, deberíamos aplicar el general del artículo 1964, pero es más correcto entender que en realidad se trata de una acción de restitución entre coherederos sobre la base del artículo 1.063 CC (STS de 10 de junio de 2010). Es decir, un coheredero, como lo es el demandado, no puede retener en perjuicio de los demás los frutos que debe compartir según el artículo 1.063, porque si lo hace, está incurriendo en un supuesto de enriquecimiento sin causa, ya que dicho precepto obliga al abono recíproco de las rentas y frutos obtenidos durante la indivisión. Al no haberlo hecho el recurrente, puede admitirse el argumento de que nos hallamos ante una acción que sigue las peripecias de la indivisión de la comunidad, por lo que entre coherederos no prescribe.

**Supuesta negligencia del Administrador judicial.**—La sentencia recurrida da por probado que el demandado nunca rindió cuentas ante nadie, pero el recurrente se ampara en una supuesta negligencia del administrador judicial de la herencia para justificar su conducta. Según el artículo 1.008.2

LEC 1.881, vigente a la sazón, este no tenía las facultades que le atribuye el recurrente, sino las de ejercitar las acciones que pudieran corresponder al difunto y aquellas que fuesen necesarias hasta la declaración de herederos por sentencia firme, lo cual efectuó dicho administrador. Son dos cosas distintas la eventual negligencia de la comunidad hereditaria y la negativa a rendir cuentas, no pudiendo utilizarse la primera para justificar la segunda.

**Las subvenciones de la PAC como fruto industrial.**—Según la STS de 14 de diciembre de 1998, dada la amplitud que el artículo 355 CC atribuye a los frutos industriales hay que incluir en ellos las subvenciones agrícolas de la PAC, en cuanto se corresponde con ellos el beneficio económico o utilidad que, como rendimiento patrimonial, genera la explotación, sin excepciones. Esta argumentación referida a la subvención efectuada al aparcerero es plenamente aplicable al caso.

**Aplicación supletoria de las normas liquidatorias en la posesión:** La situación posesoria del demandado estaba directamente relacionada con sus derechos a poseer la cosa perteneciente a una comunidad hereditaria, que tiene como marco básico el artículo 1.063 CC, y que se remite indirectamente a las normas sobre liquidación de la posesión, al ser las únicas que resuelven todos los supuestos de dicho precepto. No se trata estrictamente de una rendición de cuentas, sino de una liquidación en el sentido a que alude el artículo 1.063, que obliga a los coherederos a abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno de ellos haya percibido, los gastos útiles y necesarios y los daños ocasionados por malicia o negligencia, incluyendo la conversión en poseedor de mala fe (**STS de 19 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La causante de la sucesión era tía de todas las intervinientes en el proceso, primos por tanto entre sí y ostentando la cualidad de herederos de aquélla. En 1984 se tramitó un juicio de abintestato, aprobándose las operaciones particionales en 1994; los contadores partidores efectuaron reserva de las acciones que correspondían a los ahora actores; el administrador judicial declara que el demandado ha venido poseyendo las fincas rústicas discutidas desde la muerte de la causante sin rendir nunca cuentas de su explotación. La sentencia de primera instancia, confirmada en apelación, distinguió dos periodos en el procedimiento de partición, el primero desde 1981 hasta 1994, respecto del cual el demandado debe abonar a los coherederos el rendimiento neto correspondiente al cultivo de las fincas explotadas, el segundo desde la partición realizada en 1994 hasta la presentación de la demanda en la que debe ser considerado poseedor de mala fe. El TS confirma el fallo. Se trata de una situación, en apariencia, claramente abusiva, de explotación de fincas ajenas careciendo de título, aunque las relaciones de parentesco entre todos ellos (tía causante y sobrinos coherederos) que conduce al resultado de que todos pertenecen a la misma comunidad hereditaria, obliga a matizar el juicio. Hasta podría ocurrir que el demandado, en algún momento, pudo llegar a crear, más o menos fundadamente, que sería heredero único de la causante, lo que, en la realidad, no sucedió (*G. G. C.*)

**DERECHO MERCANTIL**

**71. Sociedades de capital. Retribución del administrador. Necesidad de que exista la suficiente transparencia y control sobre su establecimiento.**—La jurisprudencia ha ido perfilando en los últimos tiempos una doctrina contraria a la posibilidad de que la retribución del administrador de las sociedades de capital se sustraiga a la transparencia exigida por las LSA y LSRL, por el expediente de crear un título contractual de servicios de alta dirección con causa onerosa, en tanto no sea posible deslindar esa prestación de la debida a la sociedad por el administrador en el funcionamiento de la relación societaria; y en tal sentido se pronuncian las SSTS de 29 de mayo de 2008, 5 de marzo de 2004 y 21 de abril de 2005. Esta doctrina se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella, incluidos los contratos de empleo suscritos por los mismos con las sociedades.

**Contrato de arrendamiento de servicios. Diferencias con las funciones encomendadas al administrador social. Carácter retribuido del arrendamiento. Honorarios del abogado.** La gratuidad para el desempeño del cargo de administrador lo es para realizar las funciones de gestión, dirección y representación de la compañía y no para aquellas otras expresamente previstas en la LSRL, que considera bastante el acuerdo de la junta general para el establecimiento o modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre sociedad y administrador, como es la que se desarrolla en el marco de una relación contractual, propia de una prestación de servicios profesionales como Letrado, ajena a la administración y al mandato estatutario, que ha sido además consentida y establecida por la misma sociedad, que de otra forma hubiera necesitado contratar estos servicios fuera de la misma. En virtud de esta relación, el Letrado compromete su esfuerzo o trabajo para el logro de un determinado fin, siendo una de las características de esta relación el precio a que se refiere el artículo 1.545 CC (STS de 28 de septiembre de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don Luis M. era administrador de la mercantil NRG, S.L. y, como tal, actuó en diferentes procesos de ejecución instados por dicha sociedad. Al tiempo que ejercía como administrador se encargó también, en su calidad de abogado en ejercicio, de la representación y defensa en juicio de los intereses de aquella. Después de cesar en su cargo y a la vista de su pretensión de que se le retribuyera el trabajo desempeñado como abogado, la mercantil presentó demanda en su contra con solicitud de que se reconociera que siempre actuó en su condición de administrador, sin que existiera un contrato de arrendamiento de servicios y, en consecuencia, se negara el derecho de don Luis M. al cobro de honorarios y se le condenase a la restitución de los que hubiera podido percibir por tal concepto. El Juzgado de Primera Instancia acogió en lo sustancial la demanda planteada, pero la Audiencia Provincial de Zaragoza estimó el recurso de apelación del demandado y reconoció la existencia de un vínculo contractual entre aquéllos; no obstante lo cual, tomando en cuenta el carácter gratuito del cargo de administrador y la ausencia de voluntad de retribuir dichos servicios, consideró que don Luis M. no tenía

derecho a retribución o pago alguno. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación del demandado. (*L. A. P. M.*)

**72. Contrato de concesión comercial. Concesión en exclusiva. No se altera su naturaleza por la posibilidad de que el concedente pueda vender los mismos productos en casos excepcionales.**—De la lectura de la cláusula controvertida se llega a la conclusión de que la voluntad de la partes era celebrar un contrato de distribución en exclusiva, puesto que la concedente se reservaba el derecho a vender por otra vía distinta al distribuidor determinados vehículos en supuestos excepcionales y con el fin de contribuir con ello a la imagen de marca. Una interpretación distinta no tendría sentido, puesto que si la concesionaria no fuera distribuidora en exclusiva, no sería necesario que se recogiese en el contrato la facultad de que la fabricante pudiera vender por otra vía los vehículos en cuestión. De suerte que la designación del concesionario en el contrato como «concesionario no exclusivo» se refiere a la posibilidad de que éste pudiera seguir distribuyendo otras marcas, circunstancia que era conocida y aceptada por la concedente, y que quedó corroborada por los actos coetáneos y posteriores de ambas partes. (**STS de 7 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

**HECHOS.**—La mercantil MME, S.A., fabricante de vehículos, demandó a su concesionaria MM, S.A. solicitando la declaración de quedar resuelto el contrato de concesión y el abono de determinadas cantidades en concepto de daños y perjuicios. La concesionaria se opuso y formuló reconvenición en la que pidió se declarara que la resolución era abusiva y que lesionaba sus intereses al conllevar la pérdida de clientela e inversiones y proyectos. Asimismo, denunció el incumplimiento de la actora al haber celebrado otro contrato de concesión con otra empresa para el mismo territorio de la reconvenida, cuando aún estaba vigente el contrato de concesión en exclusiva que les ligaba. La actora reconvenida opuso por su parte la inexistencia de concesión en exclusiva. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda principal y desestimó la reconvenición. La Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación de la concesionaria y declaró la existencia de perjuicios por la resolución unilateral y la violación del contrato por la actora principal. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la actora. (*L. A. G. D.*)

**73. Privilegios de los créditos tributarios en el concurso: incompatibilidad de la LGT 58/2003 y la LC 22/2003.**—Existen dos posibles interpretaciones sobre la regulación que realizan ambas normas de los privilegios de los créditos tributarios. Así, la primera de ellas sostiene la incompatibilidad entre los dos textos legales en lo relativo a esta materia. Según la misma, el artículo 77.2 de la Ley 58/2003 derogó tácitamente el régimen de privilegios de los créditos tributarios contenido en la Ley 22/2003, en el caso de que el concurso del deudor diera lugar a la liquidación, por ser aquella más moderna que ésta. Por el contrario, conforme a la otra interpretación no se ha producido la derogación tácita dado que la incompatibilidad no existe. Para esta segunda interpretación, la incompatibilidad puede superarse mediante

una interpretación adecuada que, sin coincidir necesariamente con la voluntad del legislador, ha de ser respetuosa con el sistema concursal previsto por la Ley 22/2003. (**STS de 29 de septiembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

**HECHOS.**—En el incidente concursal regulado por la Ley 22/2003, el abogado del Estado, en representación de la AEAT, discrepa con la calificación del crédito del que es titular la AEAT contra la sociedad concursada, incluido por la administración concursal en la lista de acreedores. Este crédito fue calificado por la administración concursal en parte como privilegiado de modo general conforme a los apartados segundo y tercero del artículo 91 de la Ley 22/2003 y, en otra parte, como subordinado, conforme al artículo 92 de la misma ley.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda incidental. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la AEAT. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. C. M.*)

**74. Calificación del crédito tributario.**—La enumeración de los créditos subordinados del artículo 92 de la Ley 22/2003 no responde a un fundamento único y, aunque es cerrada, el legislador utiliza fórmulas amplias, para cuya comprensión resulta de especial interés las significativas referencias de la exposición de motivos de la Ley en las que se justifica la calificación por el carácter accesorio (intereses) o por la naturaleza sancionadora (multas), añadiendo que «a estos efectos conviene precisar que la categoría de créditos subordinados incluye los intereses devengados y sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios como de la seguridad social». Así, según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (SSTS de 21 de enero, 22 de junio y 20 de septiembre de 2009), los créditos tributarios por recargo de apremio dotan de carácter accesorio a la obligación de abonarlos, que tiene, en sentido amplio, una naturaleza sancionadora por falta de cumplimiento de la deuda tributaria principal, razón por la cual entran en la previsión del precepto.

**Derogación tácita de una norma por su incompatibilidad con otra.**—En nuestro sistema rige un principio de coherencia, imperativo para el intérprete y el legislador, a los que impone buscar, en primer lugar, la compatibilidad lógica entre la norma moderna y la antigua, para superar, con los medios técnicos a su servicio, las antinomias y contradicciones posibles. Sólo en defecto de esta posibilidad se ha de dar entrada al instituto de la derogación tácita, para salvar la cohesión de todo el sistema mediante la afirmación, en el caso, del cese de la vigencia de una de las leyes en conflicto. En el supuesto previsto en el artículo 2.2 CC de derogación tácita de una norma legal por su incompatibilidad con otra, no es el legislador quien establece expresamente el cese de vigencia de la primera por haber cambiado su voluntad en la segunda, sino que ha de ser el juez quien, al resolver el conflicto que le hubiera sido planteado sobre una materia regulada por ambas, debe decidir, previamente, si lo ha de hacer mediante la aplicación de una o de otra. Para afirmar esta incompatibilidad es necesaria una labor hermenéutica de averiguación de los contenidos de ambas y de la relación lógica que exista entre éstos. En tal tarea de interpretación tiene gran utilidad identificar tanto la voluntad del legislador

al elaborar la nueva Ley, como la *voluntas legis*, esto es, la voluntad objetiva e inmanente en el texto promulgado. En esta labor hermenéutica de búsqueda de la conocida como voluntad de la ley desempeña un papel importante el llamado canon de la totalidad o del sistema previsto en el artículo 3 CC, que posibilita la recíproca iluminación del significado de cada precepto, poniéndolo en relación con el sistema al que pertenece y en el que se organiza y articula. (STS de 30 de septiembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—El abogado del Estado, en representación de la AEAT, interpone demanda incidental para impugnar la lista de acreedores de la sociedad concursada incluida en el informe de la administración concursal. Entre otros argumentos, discrepa con la calificación de los créditos tributarios por los recargos devengados por falta de ingreso puntual de las retenciones a cuenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas, calificados por la administración concursal como crédito subordinado y no como crédito dotado del privilegio general reconocido en el artículo 91.4 de la Ley Concursal 22/2003, como sostiene la demandante.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda incidental de impugnación del informe de los administradores concursales interpuesta por el abogado del Estado. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la AEAT. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

**75. Quiebra. Retroacción. Fe pública registral. Nulidad de los actos realizados dentro del periodo de retroacción del artículo 878.2 CCO: no alcanza a las transmisiones efectuadas a favor de subadquirentes, que no adquieren del quebrado, y que actúan dentro de los términos del artículo 34 LH.**—De acuerdo con la doctrina jurisprudencial imperante en la actualidad, la nulidad declarada en el segundo párrafo del artículo 878 CCO, no es automática, ni absoluta, ni originaria, ni estructural; sin que afecte por igual a todos los actos del quebrado, pues han de excluirse los que correspondan al giro o tráfico ordinario; ni puede proyectarse tampoco sobre actos que no significaran un perjuicio para la masa; ni deben afectar a los subadquirentes de buena fe. Y así, la doctrina que se ha impuesto en la jurisprudencia de esta Sala es que la nulidad no alcanza al acto de disposición que no ha sido realizado por el quebrado sino por el adquirente de éste, es decir, se protege al subadquirente, que es el único verdadero tercero hipotecario, con los demás requisitos del artículo 34 LH, al que se le aplica el principio de fe pública registral; destacándose además, junto a la habilidad del vendedor para transmitir, que consta en el Registro, sobre todo la ajenidad de los interesados respecto de cualquier maniobra de desposesión por el quebrado. Siendo esta tesis más conforme con la finalidad de la norma, que persigue la reintegración cuando se ha producido una injustificada e inaceptable disminución patrimonial; de modo que, de no darse esta disminución patrimonial, carece de sentido que se utilicen las acciones que se dirigen a la reintegración. Idea, por demás, que ha sido plasmada en la vigente Ley Concursal (entre muchas, SSTS de 14 de junio de 2000, de 3 de abril de 2002, de 7 de diciembre de 2005, de 14 de febrero

de 2006 y de 10 de diciembre de 2009). (STS de 29 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra de la sociedad IF, S.L. demandó a ésta, así como a BCL, S.A., y a don G. y doña H., en ejercicio de una acción de nulidad de actos realizados dentro del periodo de retroacción de la quiebra, y solicitó la declaración de nulidad de las hipotecas constituidas sobre un piso de la quebrada, así como de las respectivas inscripciones registrales y, fundamentalmente, de la transmisión a don G. y doña H. del referido piso por parte de BCL, S.A., entidad que había adquirido el inmueble en el procedimiento de ejecución hipotecaria instado contra la sociedad insolvente. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Madrid desestimaron la demanda al considerar que la nulidad declarada en el artículo 878 CCO no podía alcanzar a las adquisiciones efectuadas por terceros de buena fe, a título oneroso y conforme al Registro de la Propiedad, en el que no constaba la condición de quebrada de la mercantil ejecutada. De manera que, al tener los demandados la condición de subadquirentes, estaban protegidos por la fe pública registral. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la actora. (C. O. M.)

**76. Concurso de acreedores. Acción de rescisión y de reintegración de bienes a la masa. Procede cuando la transmisión constituye un sacrificio patrimonial injustificado.**—La venta se hizo por un precio notablemente inferior al del mercado, lo que produjo una disminución del valor del patrimonio de la entidad vendedora, constituyendo un sacrificio patrimonial injustificado. Las circunstancias concurrente no sólo no justifican la venta, sino que incluso explican el porqué se realizó una operación que era perjudicial para la vendedora y sus acreedores, y muy beneficioso para la sociedad compradora, uno de cuyos socios era acreedor de la concursada. Es especialmente significativo que, en la misma fecha en que se formalizó la compraventa, los hijos del administrador de la sociedad deudora entraron a formar parte como socios de la compradora mediante una ampliación de capital. A lo que cabe añadir la falta de pago de parte del precio de la venta que puso al descubierto el incidente concursal. (STS de 27 de octubre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La administración concursal de la mercantil ERO, S.L. demandó la rescisión de la compraventa llevada a cabo por ésta a favor de la entidad OPIA, S.L., por considerarla fraudulenta y gravemente perjudicial para los intereses de los acreedores, y la consiguiente reintegración de los bienes vendidos a la masa del concurso. La operación había consistido en transmitir, semanas antes de solicitar la declaración de concurso, la propiedad de varias parcelas a la compradora que, a la sazón, era acreedora de la sociedad vendedora, por un precio notoriamente inferior al de mercado. Dándose la circunstancia de que, en la misma época, los hijos del administrador de la concursada habían entrado a formar parte como socios de la compradora, de forma que se había producido una interesada despatrimonialización de la compañía en perjuicio del resto

de acreedores. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Barcelona estimaron la demanda y condenaron a la restitución recíproca de las parcelas y del precio. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la sociedad compradora. (*L. A. G. D.*)

## DERECHO PROCESAL

**77. Valoración de la prueba en el recurso extraordinario por infracción procesal.**—La valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva de los juzgadores que conocen en las instancias, no es revisable en el recurso extraordinario por infracción procesal, salvo cuando se conculque el artículo 24.1 CE, por incurrirse en error palmario, irracional o arbitrariedad. En tal caso, el error en la valoración de la prueba debe plantearse al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, sin que pueda ser canalizado por la vía del artículo 469.1.2.º LEC. Este motivo de infracción procesal está reservado al examen del cumplimiento de «las normas procesales reguladoras de la sentencia». Estas normas comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y sus requisitos internos, pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba. En definitiva, pues, la cita del artículo 469.1.2.º LEC no puede amparar la revisión de la valoración probatoria efectuada por los tribunales de instancia.

**Presunción de inocencia.**—La presunción de inocencia se extiende a cualquier efecto jurídico desfavorable, aun en el ámbito civil y administrativo, en cuanto se trate de resoluciones judiciales basadas en hechos afirmados en el correspondiente procedimiento que no se reconozcan acreditados. Para que resulte admisible esta presunción —que puede ser destruida por cualquier medio de prueba libremente valorado por el juez o tribunal que conoce de la cuestión—, ha de fundamentarse en que la aplicación de la decisión judicial se haya producido sin apoyo alguno, pero no así en el modo en que hayan sido valoradas las pruebas. (**STS de 13 de octubre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—Los demandados presentan una denuncia contra el actor por presuntas irregularidades delictivas en la cuenta corriente del partido político al que pertenecen, tanto el actor como los demandados. Posteriormente, la presentación de la denuncia es utilizada de manera mediática por uno de los demandados, quien informa de la misma a un medio de comunicación que publica la noticia. Según los hechos probados, el demandado no se limitó a informar, sino que incorporó ciertos matices tendentes a perjudicar la imagen del actor. Por ello, este último interpone demanda contra los denunciados para la protección de su derecho al honor.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda contra uno de los demandados y la desestima frente al otro. La Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto por el codeemandado y confirma la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el demandado. (*M. C. C. M.*)

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LXIV, 2011

## FASCÍCULO I enero-marzo

	<u>Pág.</u>
Estudios monográficos	
A. VAQUER ALOY: «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?» .....	5
S. NAVAS NAVARRO: «Libertad de testar versus libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción» .....	41
P. BENAVENTE MOREDA: «La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual» .....	75
B. GREGORACI FERNÁNDEZ: «Daños indemnizables en el Derecho contractual inglés hacia una revisión de la <i>remoteness rule</i> » .....	125
L. ARNAU RAVENTÓS: «El plazo para desistir en los contratos con consumidores» .....	157
E. PIZARRO MORENO: «Aspectos registrales del procedimiento arbitral conducentes al laudo: la anotación preventiva de demanda como medida cautelar» .....	197
Crónica de Derecho Privado europeo	
A cargo de E. ARROYO I AMAYUELAS; Colaboran: M. ANDERSON, B. AÑOVEROS TERRADAS, L. ARNAU RAVENTÓS, E. ARROYO I AMAYUELAS, A. DE LAMA AYMÀ, M. EBERS, M. FACCIOLI, R. GUILLÉN, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, B. GREGORACI FERNÁNDEZ, C. MONTFORT, S. NASARRE AZNAR, J. NIEVA FENOLL, L. MUGUETA GARCÍA, B. PASA, J. POU DE AVILÉS SANS, M. TESCARO, B. TRIGO GARCÍA, S. TROIANO .....	251
Bibliografía	
<b>REVISTAS ESPAÑOLAS</b>	
A cargo de I. ARANA DE LA FUENTE .....	351

## Vida jurídica

- H. SIMÓN MORENO: «XXI Jornadas jurídicas: la codificación del Derecho civil de Cataluña: de la Compilación al Código civil, Universitat de Lleida, Carles E. Florensa i Tomàs (dir.), 11 y 12 de noviembre de 2010» ..... 377

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

**SENTENCIAS**

- A cargo de: A. CABANILLAS SÁNCHEZ; colaboran: I. DÍAZ DE LEZCANO, N. DÍAZ DE LEZCANO, M.<sup>a</sup> R. DÍAZ ROMERO, G. GARCÍA CANTERO, L. A. GODOY DOMÍNGUEZ, C. JEREZ DELGADO, F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, M.<sup>a</sup> C. LUQUE JIMÉNEZ, A. MACÍA MORILLO, P. MARISCAL GARRIDO-FALLA, G. MINERO ALEJANDRE, C. ORTEGA MELIÁN, M. J. PÉREZ GARCÍA, L. A. PÉREZ MARTÍN, A. RODRÍGUEZ GUITIÁN, L. P. SAN MIGUEL PRADERA, J. D. SÁNCHEZ CASTRO, L. ZUMAQUERO GIL ..... 381

## FASCÍCULO II

### abril-junio

## In Memoriam

- Juan VALLET DE GOYTISOLO, por Luis Díez-Picazo ..... 493  
 Fernando SÁNCHEZ CALERO, por Alberto Bercovitz ..... 497

## Estudios monográficos

- M. MARTÍN-CASALS/J. RIBOT IGUALADA: «Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás» ..... 503  
 J. SOLÉ RESINA: «La nueva regulación de los fideicomisos del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña» ..... 563  
 R. ANGUITA RÍOS: «Las distintas situaciones de la vivienda en régimen de sociedad de gananciales ante las crisis matrimoniales» ..... 611  
 A. MARTÍN LEÓN: «Negocios simulados y usucapión» ..... 653

## Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias

- Por M. REQUEJO ISIDRO ..... 683

## Bibliografía

**LIBROS**

- L. CARBALLO PIÑEIRO: «Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y trasplante de las *class actions* en Europa», por Elena F. Pérez Carrillo ..... 715  
 F. RIVERO HERNÁNDEZ: «El usufructo», por R. Verdera Server ..... 720

**REVISTAS EXTRANJERAS**

- Por R. ARANDA RODRÍGUEZ, M.<sup>a</sup> R. DÍAZ ROMERO, M. GARCÍA-RIPOLL, C. JEREZ DELGADO, J. RIBOT IGUALADA, A. RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. RUDA GONZÁLEZ, I. SIERRA PÉREZ, J. SOLÉ FELIU, B. TRIGO GARCÍA ..... 727

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

**SENTENCIAS COMENTADAS**

- L. M. LÓPEZ FERNÁNDEZ: «Inmisiones sonoras, legislación urbanística y conceptos integrantes del daño moral indemnizable. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12-1-2011)» ..... 773

**SENTENCIAS**

- A cargo de: A. CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: J. M.<sup>a</sup> BECH SERRAT, M.<sup>a</sup> C. CRESPO MORA, M.<sup>a</sup> R. DÍAZ ROMERO, S. ESPADA MALLORQUÍN, G. GARCÍA CANTERO, C. JEREZ DELGADO, S. LÓPEZ MAZA, M. LUBOMIRA KUBICA, A. MACÍA MORILLO, P. MARISCAL GARRIDO-FALLA, S. MARTÍN SALAMANCA, G. MINERO ALEJANDRE, M. I. MONDÉJAR PEÑA, M. J. PÉREZ GARCÍA, A. RODRÍGUEZ GUITIÁN, L. P. SAN MIGUEL PRADERA, C. SEMPERE RODRÍGUEZ, A. SURROCA COSTA ..... 799

### **FASCÍCULO III** **julio-septiembre**

## Estudios monográficos

- F. PANTALEÓN: «Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos» ..... 897
- J. L. MOREU BALONGA: «La propiedad privada “congelada” del agua, según el Tribunal Supremo» ..... 931
- M.<sup>a</sup> E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ: «Garantías reales sobre bienes muebles comprados a plazos (hipoteca inmobiliaria extendida a los bienes muebles, hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento sobre bienes no pagados íntegramente)» ..... 989
- S. GASPAR LERA: «Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad» . 1041

## Vida jurídica

- C. JEREZ DELGADO: «Fundación del Instituto Europeo de Derecho. European Law Institute» ..... 1075
- R. ZIMMERMANN: «Retos del Instituto de Derecho Europeo», traducción de Antoni Vaquer Aloy ..... 1079

## Crónica de Derecho Privado Europeo

- A cargo de: E. ARROYO I AMAYUELAS; Colaboran: M. ANDERSON, B. AÑOVEROS TERRADAS, L. ARNAU RAVENTÓS, E. ARROYO I AMAYUELAS, A. DE LAMA AYMÀ, M. EBERS, M. FACCIOLI, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, L. HUICI SANCHO, S. MARTÍN SANTISTEBAN, C. MONFORT, L. MUGUETA GARCÍA, P. DEL OLMO, B. PASA, J. POU DE AVILÉS SANZ, R. SACCO, M.<sup>a</sup> P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, H. SIMÓN MORENO, M. TESCARO, B. TRIGO GARCÍA, S. TROIANO, M.<sup>a</sup> L. ZAHINO RUIZ ..... 1099

## Bibliografía

**REVISTAS ESPAÑOLAS**

- Por I. ARANA DE LA FUENTE ..... 1225

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

**SENTENCIAS COMENTADAS**

- L. Díez-PICAZO: «Sustitución fideicomisaria y derecho de acrecer (en torno a la STS de 18 de marzo de 2011)» ..... 1259

**SENTENCIAS**

- Coordinación: A. CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: M. CASTILLA BAREA, N. DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, G. GARCÍA CANTERO, R. GAYA SICILIA, C. JEREZ DELGADO, F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, M.<sup>a</sup> C. LUQUE JIMÉNEZ, A. MACÍA MORILLO, G. MINEIRO ALEJANDRE, L. F. RAGEL SÁNCHEZ, A. RODRÍGUEZ GUITIÁN, L. P. SAN MIGUEL PRADERA, J. D. SÁNCHEZ CASTRO, L. ZUMAQUERO GIL ..... 1289

**FASCÍCULO IV**  
**octubre-diciembre**

## Estudios monográficos

- F. GÓMEZ POMAR: «Aspectos contractuales de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre distribución de combustibles» ..... 1409
- C. SANCIÑENA ASURMENDI: «La prescripción de los títulos nobiliarios» ..... 1445
- N. FENOY PICÓN: «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento» ..... 1481
- L. P. SAN MIGUEL PRADERA: «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?» ..... 1685

## Crónica de Legislación y Jurisprudencia Comunitarias

- Por M. REQUEJO ISIDRO ..... 1725

## Bibliografía

**LIBROS**

- BARRADA, R./GARRIDO, M./NASARRE, S. (coords.): «El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código civil de Catalunya», por Ana Giménez Costa. .... 1781

**REVISTAS EXTRANJERAS**

- Por R. ARANDA RODRÍGUEZ, M.<sup>a</sup> R. DÍAZ ROMERO, M. GARCÍA-RIPOLL, B. GREGORACI FERNÁNDEZ, C. JEREZ DELGADO, A. RODRÍGUEZ GUITIÁN, I. SIERRA PÉREZ, B. TRIGO GARCÍA . 1785

## Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

**SENTENCIAS (AÑO 2010)**

Coordinación: R. CASAS VALLÉS; Colaboran: M. DE LORENZI, A. ESTEVA PARDO, I. MIRALLES GONZÁLEZ, M. NAVARRO MICHEL, C. VENDRELL CERVANTES .....	1833
--	------

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

**NOTA DE JURISPRUDENCIA**

L. DÍEZ-PICAZO: «Erosiones en el contractualismo y abuso de las cláusulas abusivas. (Comentario de la STS de 8 de abril de 2011)» .....	1869
---	------

**SENTENCIAS**

A cargo de: A. CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: J. M. <sup>a</sup> BECH SERRAT, M. CASEDELLÀ SÁNCHEZ, M. <sup>a</sup> C. CRESPO MORA, I. DÍAZ DE LEZCANO, S. ESPADA MALLORQUÍN, G. GARCÍA CANTERO, L. A. GODY DOMÍNGUEZ, B. GREGORACI FERNÁNDEZ, C. JEREZ DELGADO, S. LÓPEZ MAZA, M. <sup>a</sup> LUBOMIRA KUBICA, A. MACÍA MORILLO, P. MARISCAL GARRIDO-FALLA, S. MARTÍN SALAMANCA, G. MINERO ALEJANDRE, C. ORTEGA MELIÁN, L. A. PÉREZ MARTÍN, L. P. SAN MIGUEL PRADERA, A. SURROCA COSTA. ....	1875
--	------





