

# **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: 122,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 38,00 € (más gastos de envío).

## PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Los *originales*, necesariamente inéditos hasta el momento de su publicación en el Anuario de Derecho Civil, pueden enviarse a Antonio Manuel Morales Moreno, Codirector de la Revista, o a Nieves Fenoy Picón, Secretaria. El envío puede hacerse a sus respectivas direcciones de correo electrónico (antonio.morales@uam.es; nieves.fenoy@uam.es), o a la dirección postal de ambos en la Universidad Autónoma de Madrid (Facultad de Derecho, calle Kelsen, 1, 28049 Madrid). El envío postal incluirá el soporte informático.

Los trabajos recibidos serán sometidos a un proceso de *evaluación*, realizado por especialistas independientes, antes de decidir su publicación. El autor será adecuadamente informado.

## ADMINISTRACIÓN

### Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

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

## VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

### Librería de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

C/ Trafalgar, 27. 28010 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: 91 111 42 60

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXV, FASCÍCULO II  
Abril-junio, 2012

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

MADRID 2012

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

---

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.

## Civil law: la vigencia de una categoría convencional <sup>1</sup>

**JOSÉ MARÍA DE EIZAGUIRRE**

Catedrático de Derecho mercantil

Profesor Emérito de la UPV/EHU

San Sebastián

### RESUMEN

*La noción de civil law caracteriza a la manifestación o formulación del Derecho en el ordenamiento español, de igual modo que en el continente europeo, América latina, Rusia y China. En todos estos ámbitos geográficos el juez resuelve con arreglo a la ley escrita. Ello diferencia al llamado Derecho continental del Derecho anglosajón guiado por el precedente; lo que tiene su reflejo en la esfera de la enseñanza del Derecho.*

### PALABRAS CLAVE

*Civil Law. Realidad social del tiempo de aplicación de la norma.*

### ABSTRACT

*Spain, as well as the rest of the European continent, Latin America, Russia or China, is characterized by a Civil Law System. In all these geographical areas the judge decides in accordance to the written Law. This is the main difference between Continental Law and Common Law, where the judge is guided by the precedent; and this is reflected in the field of Law teaching.*

---

<sup>1</sup> Contribución al libro-homenaje a José MARÍA GONDRA.

**KEYWORDS**

*Civil Law. Social reality of the time of application of the Law.*

**I. PRELIMINAR**

La expresión *civil law*, en contraposición a la de *common law* o viceversa, resulta familiar a cualquier jurista medianamente culto. Precisar su significado, en cambio, es bastante más arduo<sup>2</sup>, teniendo en cuenta sobre todo que se trata de un tema que ha merecido poca atención por parte de la literatura jurídica española.

La noción de *civil law*, referida al ordenamiento jurídico de determinados países (*civil law countries*), principalmente, no solo, situados en la Europa continental, constituye una categoría convencional, propia del Derecho comparado. Su determinación presenta la dificultad adicional de no ser objeto específico de una, de las que en España denominamos, áreas de conocimiento, existentes en las Facultades de Derecho, lo que en otro caso hubiera contribuido a precisar su significado y contornos entre nosotros. A este fin resulta necesario acudir a los estudios sobre el tema propuesto realizados por los cultivadores del ramo de la ciencia jurídica conocido como «Derecho comparado», en la terminología francesa habitual en nuestro país, o mejor expresado, como comparación jurídica conforme a la denominación alemana (*Rechtsvergleichung*)<sup>3</sup>.

Con independencia de lo anterior, hemos de ser conscientes de que en España –y por doquier– vivimos, en una época de atracción irresistible por «lo inglés» o «lo angloamericano». Si la lengua inglesa se ha convertido en la lengua franca de comunicación universal, la lengua de la propagación de la ciencia, así como de los convenios internacionales, entre otros predicados, el Derecho inglés o el escrito en inglés se juzga a la hora actual como el modelo a seguir. El Derecho «franco» por expresarlo de algún modo. Hasta el ejercicio de la abogacía se conforma al bufete multidisciplinar de corte angloamericano. Incluso el lenguaje se resiente del servilismo ante «lo inglés», merced al espejismo latinizante de su

<sup>2</sup> Como me decía hace poco el destacado civilista leridano Antoni Vaquer, se trata de una pregunta de examen, y no precisamente de licenciatura.

<sup>3</sup> Obra clásica en la materia, de obligada referencia, ZWEIGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl. 1996. El pensamiento básico que les inspira se manifiesta en la página 265; asimismo en Kötz, *Europäische Juristenausbildung*, ZEuP 1 (1993), pp. 268 y ss. Muy minucioso, dentro de su extensa obra en 5 tomos, FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, 1975-1977.

léxico franco-normando<sup>4</sup>. Así, por no citar más ejemplos, desaparece el adjetivo jurídico, inexistente en inglés, sustituido por el de «legal», que en Europa continental tiene otro sentido más restringido. De esta suerte los tan codiciados cursillos de *legal english* (por «inglés jurídico») no hacen sino empobrecer nuestro rico acervo idiomático en la esfera del Derecho<sup>5</sup>; así van proliferando expresiones tales como asesoramiento «legal», en lugar de asesoramiento jurídico. Incluso se llega a trascender el simple nominalismo, cuando se hace reiterada referencia a un supuesto *case law* obra de nuestra jurisprudencia.

De ser esto así, carecería de sentido tomar en consideración en nuestros días un sistema jurídico ajeno al patrón anglosajón; lo que pone de relieve la dificultad del ensayo propuesto.

## II. ORIGEN DE LA DENOMINACIÓN: LA DICOTOMÍA CIVIL LAW/COMMON LAW

1. La denominación *civil law* resulta de la contraposición del régimen jurídico propio de la Europa continental, respecto del sistema jurídico angloamericano conocido como *common law*<sup>6</sup>; por lo que forma parte de la dicotomía en la que tradicionalmente se han venido dividiendo los ordenamientos jurídicos del mundo. Ello sin perjuicio de que a su vez estos últimos puedan agruparse en los denominados círculos jurídicos (*Rechtskreise*), cuestión irrelevante para nuestro propósito<sup>7</sup>.

Ahora bien; de ningún modo se debe pensar, que la denominación que nos ocupa sea de procedencia continental, a modo de rechazo o menosprecio de la cultura jurídica allende el Canal de la Mancha. Muy por el contrario, dicha expresión tiene su origen en los mismos juristas ingleses, a quienes tal concepto permite desa-

<sup>4</sup> No otra es la causa de las malas traducciones del inglés a nuestra lengua, con la consiguiente secuela de barbarismos.

<sup>5</sup> Puesto de manifiesto, singularmente, por Carlos MELÓN INFANTE, en su memorable traducción al español del BGB alemán, publicada en 1955, en el Apéndice del Tratado de Derecho Civil, de ENNECERUS/KIPP/WOLF, Bosch, Barcelona.

<sup>6</sup> Compartimos a este respecto la idea básica expuesta por Ralf RAGOWSKI en su *Introduction* al volumen coordinado por él, titulado *Civil Law*, 1996, pp. XI y s. La afirmación realizada en el texto es compartida por Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, 1996, ix; conocida obra con la que me obsequió su autor. Tomando como referencia al Derecho inglés, igualmente, FIKENTSCHER (n. 2) II 1975, p. 4 y ss.

<sup>7</sup> Al respecto, ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2) p. 40 y s. La doctrina de los círculos jurídicos se desarrolla en dicha obra, p. 62 y ss.

Ejemplo del poco provecho que de tal clasificación cabe extraer en este lugar es, el de que lo que genéricamente denominamos ordenamientos continentales corresponde según esta teoría a diversos círculos. Así, el Derecho español se incluye en el círculo jurídico románico.

rollar una visión externa de su propio sistema. *Civil law* resulta así un término genérico que abarca el conjunto de propiedades específicas de las culturas jurídicas de la Europa continental y de otras partes del mundo, diferenciadas así de la inglesa como propia de los *civil law countries*<sup>8</sup>. Por añadidura, los propios ingleses sienten un orgullo poco disimulado por su *Common Law* como una conquista nacional autónoma<sup>9</sup>.

En consecuencia, es el contraste con el Common Law lo que confiere su significado al concepto de Civil Law, objeto de la presente reflexión; por lo que la referencia al Common Law resulta imprescindible, como a la inversa advirtieran los ingleses al vincular tales conceptos.

2. La contraposición de ambos sistemas revela la siguiente dualidad de caracteres distintivos: «El Common Law inglés se ha desarrollado de decisión en decisión mediante una paulatina tradición creciente: conforme a su origen histórico no es Derecho legal, sino Derecho de casos. Por el contrario, desde la recepción del Derecho romano en el continente la vía ha evolucionado de la interpretación del *Corpus Iuris justinianeum* a la normativa abstracta de los códigos nacionales. Así la ciencia del Common Law es en su origen forense, la continental escolástica. Los grandes juristas eran en Inglaterra jueces, en el continente, profesores. La interpretación averigua en el continente lo que la norma –también respecto de problemas imprevistos– quería establecer, la declaración de la ciencia jurídica en Inglaterra y Estados Unidos es una profecía de lo que el juez hará basándose en los precedentes. Es obvio que tales diferencias de estilo se proyectan en toda la vida jurídica. Aquí razonamiento abstracto en instituciones, allí razonamiento casuístico concreto, un pensamiento en relaciones (*Rights and duties*). Aquí durante largo tiempo la creencia en la ausencia de lagunas del sistema jurídico, allí el tanteo de sentencia en sentencia. Aquí predisposición al sistema por parte de la ciencia, allí profundo escepticismo contra cualquier generalización árida. Aquí operativa con conceptos, que frecuentemente despliegan una peligrosa vida propia, allí visiones simbólicas, etc.»<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> RAGOWSKI, *Introduction* (n. 5), p. XI. En el mismo sentido, ZIMMERMANN (n. 5), p. IX. Entre los mismos se hallan evidentemente los países de América Latina. Así BUCHER, *Zu Europa gehört auch Lateinamerika*, ZEuP (3/2004), p. 515 y ss.

<sup>9</sup> Al decir de ZIMMERMANN, «El carácter europeo del Derecho inglés», en sus *Estudios de Derecho privado europeo*, cuidadosamente traducidos por VAQUER y editados por Civitas, 2000, p. 163 y n. 9; basándose en Georg W. KEETON.

El citado trabajo de ZIMMERMANN data de 1992.

<sup>10</sup> Magistralmente, ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 69. Destaca también la desconfianza hacia las generalizaciones, propia del pensamiento jurídico inglés, FIKENTSCHER (n. 5), p. 6.



En esta misma línea de pensamiento se ha destacado la diferencia entre los sistemas de referencia por lo que atañe al proceso de determinación de la regla aplicable (*Rechtsfindung*)<sup>11</sup>.

### III. LA DILUCIÓN DE LA DICOTOMÍA

1. Ocurre sin embargo que la distinción o dicotomía referida, otrora considerada una obviedad<sup>12</sup>, ha sido difuminada, casi abandonada, por sectores autorizados de la moderna doctrina del Derecho comparado. Por ello resulta conveniente hacer referencia desde ahora a las corrientes adversas o ajenas a la contraposición: pues de otro modo podría pensarse que olvidamos el contexto científico planteando una cuestión simplemente anacrónica.

2. En efecto, en las últimas décadas del siglo xx, coetáneamente respecto del movimiento hacia la unificación jurídica emprendido por la Unión Europea<sup>13</sup>, se hace evidente en el plano doctrinal una tendencia que parece conllevar la superación y nivelación de las diferencias inherentes a la dicotomía señalada. Como exponentes destacados de la misma podemos señalar en forma resumida las obras del alemán Reinhard Zimmermann<sup>14</sup>, de una parte, y por otra, las labores del grupo de trabajo creado y presidido por el danés Ole Lando (Commission on European Contract Law CECL), y del que forma parte el primero de los citados, que culminan hasta 2008 con los «Principios de Derecho Contractual Europeo» (PECL)<sup>15</sup>. Simultáneamente, con participación destacada del citado erudito alemán, en 1993 inicia en Múnich su andadura científica la revista *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZEuP), cuya finalidad es la de fortalecer la conciencia de los elementos

<sup>11</sup> BLUMENWITZ, *Einführung in das anglo-amerikanische Recht*, 4. Aufl., 1990, p. 2. Asimismo, FIKENTSCHER (n. 5), p. 4. Minuciosamente sobre la cuestión, ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), § 18; sin embargo el grado de matización es tal que llega a oscurecer el pensamiento de los autores.

<sup>12</sup> De «tradicional abismo» habla VAQUER, en su Prólogo a los *Estudios de Derecho Europeo*, de ZIMMERMANN (n. 8), p. 16.

<sup>13</sup> En mayo de 1989 el Parlamento Europeo aprobó en Estrasburgo un Acuerdo instando a iniciar los trabajos para la elaboración de un código civil europeo. A su vez, en el último número de la ZEuP, la Ministra alemana de Justicia, trata de las próximas etapas del «Derecho» (no código) civil europeo.

<sup>14</sup> En sus ya citados, «The Law of Obligations (n. 5) Preface», y «Estudios de Derecho europeo» (n. 8), señaladamente, *El carácter europeo del Derecho inglés*, pp. 161 y ss, que se remonta a 1992.

<sup>15</sup> Al respecto, LANDO, *My life as Lawyer*, ZEuP (3/2002), pp. 508 y ss. En dicho trabajo (520) refiere que los trabajos de la CECL se iniciaron en 1982.

Todavía el verano pasado ha publicado, a sus noventa años, «Conflicts Lawyers I Have Read and Met», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 75 (2011), pp. 485 y ss.

comunes europeos en el ámbito del Derecho privado, constituyendo al Derecho privado general en quicio y bisagra del renaciente ordenamiento jurídico europeo<sup>16</sup>.

En tal sentido, insiste esta corriente en la unidad básica de la tradición jurídica europea, fundándose en el hecho de que el patrimonio de origen romano constituido por el *ius commune* también se extendió a Inglaterra<sup>17</sup>. Ésta nunca habría permanecido, desde la invasión normanda, en completa incomunicación con la cultura jurídica continental; formando ambas una única y misma tradición, correspondiente al trasfondo de la civilización «occidental» común<sup>18</sup>.

3. Es desde esta perspectiva, marcadamente europeísta y por tanto tendencialmente unitaria, como se llega a hablar de que los sistemas jurídicos inglés, o incluso anglosajón, y continental tienden a una «convergencia gradual»; así como de que la dicotomía a la que nos venimos refiriendo resulta una «diferencia evanescente»<sup>19</sup>.

#### IV. CRÍTICA DE LA CORRIENTE UNITARIA

##### 1. EL DERECHO COMPARADO

Pese a no constituir el objeto de un área de conocimiento específica, hemos de referirnos al Derecho comparado, porque es dentro de su ámbito donde surgen tanto la dicotomía de constante referencia, como su puesta en cuestión.

a) La comparación jurídica resulta de someter a una observación simultánea a diversos ordenamientos jurídicos del mundo; ya que es «lo supranacional» lo que distingue a la comparación de que se trata, respecto de la mera puesta en relación de normas del ordenamiento nacional, que corresponde a la labor diaria de cualquier jurista<sup>20</sup>. De este modo cabe establecer por contraste las relaciones de proximidad o de lejanía entre dichos ordenamientos, incluyendo la influencia entre los mismos en el caso de una relación de filia-

<sup>16</sup> Según el Editorial que encabeza el cuaderno inaugural de la revista, p. 2.

Personalmente tuve el honor de ostentar el título de editor correspondiente de la ZEuP durante alrededor de quince años.

<sup>17</sup> A este respecto destaca ZIMMERMANN la considerable influencia que a través de los siglos ejerció el Derecho romano sobre el Derecho y la jurisprudencia ingleses (n. 5, p. XI).

<sup>18</sup> ZIMMERMANN, «The Law of Obligations» (n. 5), pp. IX-XI; «Estudios» (n. 8); «El legado de Savigny» (1995), p. 39; *ob. cit.*, *El carácter europeo del Derecho Inglés*, pp. 167-183 y 228.

<sup>19</sup> Expresiones de sendos autores ingleses, recogidas por ZIMMERMANN, *El legado de Savigny* (n. 17), p. 41. En la convergencia gradual de ambos sistemas coinciden asimismo ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 265.

<sup>20</sup> ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 2.

ción. Esto último ocurre con el influjo ejercido por la codificación francesa de principios del siglo XIX sobre los códigos de Derecho privado españoles.

Habida cuenta de la amplitud de la comparación que nos ocupa, a saber, de sistemas jurídicos completos, incluidos el método de interpretación del ordenamiento, el significado de la doctrina para el desarrollo del Derecho, la función de los jueces al «decir» el Derecho (*Rechtssprechung*, jurisprudencia), la orientación del aprendizaje del Derecho etc., corresponde nuestro estudio a la denominada macrocomparación<sup>21</sup>.

b) Especialmente propicio a la comparación jurídica, como la práctica muestra, resulta el ámbito del Derecho privado; en buena medida por el predominio en el mismo de la autonomía de la voluntad, inexistente en el Derecho público, por razón de la atención que éste debe prestar a la defensa de los intereses del Estado, en detrimento del derecho a la libre decisión de los individuos.

En nuestra Universidad, en parte por la internacionalidad característica del comercio, ha sido particularmente utilizada la comparación con ordenamientos extranjeros en el área del Derecho mercantil. Las sendas abiertas al respecto por figuras como Joaquín Garrigues y José Girón han marcado profundamente a las generaciones siguientes de estudiosos españoles del Derecho mercantil, hasta el punto de convertirse la comparación jurídica en un ejercicio de análisis obligado. Con todo, es la insatisfacción con la inmovilidad legislativa de nuestro Código de Comercio, lo que principalmente movería a dichos Maestros a buscar en el Derecho comparado nuevos horizontes a fin de reorientar la perspectiva de dicho cuerpo legal. Merced a esa ampliación del campo visual, aplicada al Derecho de sociedades, es como se explica la memorable regeneración de la dogmática de la sociedad civil, realizada por Cándido Paz-Ares en 1991<sup>22</sup>, con ocasión del centenario de un Código Civil, tan ausente de sus reflexiones en las corrientes autonomistas del Derecho mercantil.

También el Derecho internacional privado, por su finalidad de dar solución a los conflictos de leyes aplicables, resulta sustancialmente predispuerto a la comparación jurídica<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Sobre el significado de la expresión, ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 4.

<sup>22</sup> Comentario del Código Civil, tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, artículos 1665 y siguientes.

<sup>23</sup> Tampoco en el terreno de nuestro Derecho civil han faltado estudios comparativos relevantes. Así ASUA, *La culpa in contrahendo* (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos), 1989. Más recientemente, VAQUER, *Verwirkung versus Laches: A Tale of Two Legal Transplants*, *Tulane Civil & European Law Forum* 21 (2006) pp. 53 y ss.; ID, «Farewell to Windscheid?», *European Review of Private Law* 4-2009, pp. 487 y ss.; ID.

c) No es de extrañar, adicionalmente, que en las disciplinas históricas, haya existido una atracción hacia la comparación jurídica. El Derecho romano, disciplina histórica por antonomasia<sup>24</sup>, cultiva el estudio de otra época. De ahí a extender su análisis a los ordenamientos de otras tierras, no hay más que un paso, al que ayuda la vigencia alcanzada por el denominado *ius commune* en la Europa anterior a la codificación. Esto explica la actitud de Reinhard Zimmermann al proponer la combinación de la ciencia jurídica histórica con el Derecho comparado, calificada de Derecho comparado «retrospectivo»<sup>25</sup>.

d) El Derecho comparado, en fin, facilita ciertamente el mejor conocimiento de ordenamientos e incluso de sistemas jurídicos distintos; pero por si solo no conduce a la unidad de estos últimos, como daba a entender la expresión de «*droit commun de l'humanité*» utilizada en 1900 por Édouard Lambert<sup>26</sup>.

## 2. LOS LÍMITES DE LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO EN INGLATERRA

En buena medida la superación de la diferenciación tradicional de los sistemas jurídicos en Europa se atribuye a la recepción del Derecho romano en Inglaterra (*supra*, III, 2). Sin embargo esta afirmación no puede ser compartida, ya que se basa en una errónea valoración de la recepción justiniana en Inglaterra y en el Continente.

a) Ante todo, la recepción del Derecho romano no presenta en Inglaterra el alcance e intensidad que en el continente. En dicho país no se llegó en momento alguno a una recepción amplia o de conjunto<sup>27</sup>. El Common Law solo fue rozado en su periferia por el Derecho romano<sup>28</sup>.

Lo anterior explica la razón de que el propio Zimmermann se sintiese impulsado a difundir a fines del siglo XX su *Law of Obligations (Roman Foundations of the Civilian Tradition)* en el ámbito del Common Law, o países de cultura jurídica inglesa. Con lo que daba a entender que la recepción del Derecho romano no había

<sup>24</sup> Como reconocía, en su tiempo, ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, I, 6.<sup>a</sup> ed. 1954, p. 8.

<sup>25</sup> *El legado de Savigny* (n. 17), pp. 60 y ss.; así como, p. 61 n. 165.

<sup>26</sup> Con ocasión de la Exposición Universal de París (ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 2 y s.). En el «réseau» de Erasmus Édouard Lambert, con sede en Lyon, tuve oportunidad de representar a mi Facultad donostiarra durante años.

<sup>27</sup> Terminantemente, ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 191 y s. Asimismo, ZIMMERMAN (n. 17) p. 38.

<sup>28</sup> ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 178.

sido completa en la Commonwealth, o que no dio lugar a una misma *civilian tradition*. Dicho libro, aparte de su exquisita erudición, no habría presentado el mismo interés en Italia, España o Méjico, pongamos por caso.

b) Muestra adicional de la tenue acogida que Inglaterra dispuso al Derecho romano es la peculiar configuración de la idea de Derecho en dicho país. En tanto que en el continente europeo la recepción del *Corpus iuris civilis* desemboca en un pensamiento jurídico de índole abstracta o general, los mentores del pensamiento inglés, como ya hemos advertido, son extremadamente recelosos respecto de las formulaciones generales de la doctrina y la legislación imperantes en la Europa continental.

Ello es muestra evidente de la falta de engarce del mundo jurídico anglosajón con la denominada *civilian tradition*. El primero no se ve afectado en la manifestación del Derecho por el racionalismo y el iusnaturalismo propios de la Ilustración, como sucediera en el continente europeo.

c) La instalación de los normandos en Inglaterra (Hastings, 1066) no puede ser estimada como un factor de europeización del Derecho anglosajón<sup>29</sup>. Una cosa es la latinización de la primitiva lengua inglesa, que dejó de constituir una lengua sintética germánica y se acercó al francés, y otra que el Derecho inglés discurriera a partir de entonces por rutas más europeas, si se prescinde de la evolución hacia una sociedad feudal<sup>30</sup>. Por el contrario, dentro de esta evolución se gestó la orientación judicialista del sistema jurídico inglés<sup>31</sup>; por lo que con razón se ha afirmado, que la conquista de los normandos hizo que Inglaterra tomase un camino totalmente distinto, en sentido metodológico, que el continente<sup>32</sup>. Dicho proceso resultó reforzado en la época de la dinastía Tudor (1485-1603), durante la que la enseñanza del Derecho se reorienta hacia la formación de las profesiones judiciales y forenses a través de las asociaciones gremiales de juristas (*Inns of Court* u «hospederías forenses») similares a los modernos colegios de abogados, prevaleciendo sobre la educación académica<sup>33</sup>.

La invasión normanda coincide en el tiempo con el hallazgo en Italia de las fuentes escritas justinianas (*Corpus iuris civilis*)<sup>34</sup>. Pero paradójicamente, el sesgo imprimido por la evolución señalada a las

<sup>29</sup> Así sin embargo ZIMMERMANN (n. 13), p. 168 y s.

<sup>30</sup> Como señalan ZWEIFERT/KÖTZ (n. 2), p. 178 y s.

<sup>31</sup> ZWEIFERT/KÖTZ (n. 2), pp. 179 y ss.

<sup>32</sup> FIKENTSCHER (nn. 2 y 5), pp. 4 y ss., donde trata de las «particularidades inglesas».

<sup>33</sup> ROGOWSKI (n. 5), p. XII.

<sup>34</sup> Al mismo hace referencia KASER, *Römische Rechtsgeschichte*, 2. Aufl. 1967, p. 274, como renacimiento de una ciencia jurídica creativa.

fuentes, y por tanto bases, del sistema jurídico, acentuó las limitaciones de Inglaterra a toda posible recepción del Derecho romano como sistema compacto, como sucedería en el continente<sup>35</sup>.

### 3. LOS PRETENDIDOS FACTORES DE CONVERGENCIA DE LA CORRIENTE UNITARIA

a) La unificación en el ámbito de la Unión Europea ha generado en los últimos lustros un poderoso argumento en sentido centrípeto, que haría desvanecer cualquier diferencia en lo jurídico entre Inglaterra y el continente europeo, miembros todos, al fin y al cabo, de la Unión. A ello hemos aludido ya antes (III 2). Los hechos, sin embargo, se hallan lejos de confirmar una hipótesis tan optimista, reduciéndola a mera ilusión.

Así, ya en 1993 se advertía en ocasión señalada, por persona autorizada, que «aunque se ha avanzado claramente en materia de armonización de los derechos nacionales, en sociedades y protección de los consumidores así como en algunas otras materias especiales, los resultados son muy escasos en lo que se refiere a un Derecho privado europeo directamente aplicable en los países miembros». Y añade, «Si medimos estos resultados en relación con las normas de Derecho privado de origen nacional, el resultado son algunas *islas europeas* en medio de divergentes *mares nacionales*» (la cursiva es nuestra)<sup>36</sup>.

Por la misma época se señala desde el ámbito del Derecho comparado en referencia a la iniciativa unitaria del parlamento europeo de 1989 ya mencionada, que puede dudarse de si existe en los países europeos la voluntad política a favor de dicha empresa; no siendo imaginable un código civil europeo<sup>37</sup>.

Finalmente, los resultados de dicha marcha hacia la unidad son cada vez más reducidos –menos macrojurídicos– y concretos, como muestra la reciente normativa sobre la ignición de los cigarrillos fabricados en Europa (Comunicación de la Comisión Europea del 14 de noviembre de 2011).

b) Según la corriente unitaria la formulación escrita del Derecho deja de ser la fuente principal del ordenamiento de Europa continental, siendo cada vez más utilizada en el ámbito jurídico angloamericano<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Más terminantemente, BLUMENWITZ (n. 10), p. 5.

<sup>36</sup> Discurso de investidura de Peter ULMER, como doctor «honoris causa» por la Universidad Autónoma de Madrid (RDM 209, 1011).

<sup>37</sup> ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 30.

<sup>38</sup> ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 265.

Frente a ello debemos afirmar, que nunca el Derecho angloamericano conoce la importancia del Derecho escrito, en una proporción similar a la que registra el continente. En la órbita del primero la legislación juega un papel relativamente auxiliar para el *case law* desarrollado por los tribunales. Tanto el Uniform Commercial Code norteamericano<sup>39</sup>, como la Sale of Goods Act inglesa de 1979, constituyen más bien excepciones que confirman la regla enunciada.

La diferencia puede apreciarse particularmente en lo relativo al Derecho de la Competencia. Así la Sherman Act de 1890 habilita a los jueces americanos a sancionar el ilícito concurrencial definido en el § 1, quienes en 1911 decidieron por su parte que el precepto se halla sometido a la *rule of reason*<sup>40</sup>. Por consiguiente, la labor judicial es esencial, tanto como el propio precepto legal. Por el contrario, el Derecho alemán contiene todo el presupuesto, así como sus excepciones, en la fuente exclusivamente legal constituida por la GWB (última modificación –*Kartellnovelle*– de 2005). De igual modo el Derecho comunitario de la competencia se halla contenido en fuentes escritas, formadas por el Derecho originario y el derivado.

Finalmente, ningún país del ámbito del Common Law posee, ni aspira, a tener una obra codificadora sistemática de la magnitud del Código Civil del Brasil de 2001 o del Burgerlijk Wetboek holandés, cuyos trabajos de culminación prosiguen todavía.

c) Correlativamente al argumento examinado, insisten los adeptos a la corriente unitaria en una supuesta preponderancia adquirida por la labor judicial en detrimento de la norma escrita, en lo que respecta al Derecho continental<sup>41</sup>. El BGB alemán aparece hoy, según esta corriente de pensamiento, envuelto en una gruesa capa de jurisprudencia<sup>42</sup>. Con lo que se insinúa que, en la realidad actual, el Civil Law se va convirtiendo en un *case law* o Derecho de impronta judicial.

Tampoco tal afirmación resulta admisible, puesto que entraña un error de concepción sobre el significado del precedente en los ordenamientos continentales. Por el contrario, según precisa un parecer particularmente autorizado, los Tribunales no se hallan vinculados al precedente, según nuestra concepción del Derecho, de la misma forma que a una ley. No es el precedente como tal el

---

<sup>39</sup> Al respecto, EIZAGUIRRE, *Derecho de los títulos-valores*, 2003, pp. 15 y ss. Como en dicho lugar se indica, el UCC no constituye siquiera una ley federal, aunque llamativamente alcance en su redacción un grado de abstracción desconocido en el Derecho continental.

<sup>40</sup> Más detalle en EIZAGUIRRE, *Derecho mercantil*, 5.ª ed., 2008, pp. 336 y s.

<sup>41</sup> ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 265.

<sup>42</sup> ZIMMERMANN, El legado de Savigny (n.17), p. 41.



que vincula, sino solamente la norma, concretizada y correctamente interpretado por aquél<sup>43</sup>.

Este último postulado resulta perfectamente sustentado por el ordenamiento español, prototipo de sistema de Civil Law. Ante todo por lo que respecta al precedente, la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, en su apartado XIV señala tajantemente: «En un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante –solo atribuida a la ley y a las demás fuentes del Derecho objetivo–...». Consiguientemente establece el artículo 477 I LEC: «El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso». Todo ello concuerda, obvio es decirlo, con lo dispuesto en relación con las fuentes del Derecho en el artículo 1.º CC, señaladamente tras la reforma de 1974.

Para concluir este epígrafe no está de sobra referirse a la cuestión relativa a la interpretación de las normas «según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» (art. 3.º I CC). Este criterio ha sido utilizado por políticos y difundido por los medios de comunicación, como auténtico justificante de los más variados desmanes en el universo jurídico y político. En concreto, en lo que aquí nos atañe, constituiría aquél una prueba más del arbitrio, del que también en nuestro ordenamiento gozarían los jueces; de lo que resultaría un adicional factor de convergencia entre los sistemas de Civil Law y Common Law.

Sin perjuicio de que en ocasión señalada se advirtiera de que el juez, perito exclusivamente en Derecho y funcionario no elegido, carece de legitimación científica o democrática para adoptar decisiones autónomas como si fuera un auténtico legislador<sup>44</sup>, la más reciente jurisprudencia (TS 4 de julio de 2011)<sup>45</sup> reconoce la sumisión de nuestros jueces a los mandatos del legislador, a despecho del artículo 3.º I CC. Así en un caso sobre resolución de la compraventa de inmuebles, en el que el recurrente pretendía la equiparación de la comunicación por burofax a las modalidades de requerimiento previstas en el artículo 1504 CC, el pleno del Tribunal Supremo, mantiene la exclusividad de las modalidades establecidas en el precepto señalado; rechazando la eficacia del burofax solicitada al amparo del artículo 3.º I CC, so pretexto de tratarse de medio desconocido en la época de promulgación del Código Civil. A tal fin rectifica la dirección seguida por la anterior TS 17 de julio

<sup>43</sup> LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, p. 254.

<sup>44</sup> Salvador CODERCH, *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, 1991, artículo 3.º I, p. 25.

<sup>45</sup> Diario *La Ley* n.º 7707.



de 2009, para lo que aduce que «el legislador ha tenido oportunidad de mitigar el rigor del precepto y no lo ha hecho».

## V. EPÍLOGO: LA VIGENCIA DEL CIVIL LAW

1. De cuanto antecede se desprende, que la corriente unitaria o convergente limita su visión al Derecho sustantivo o material. Por tal razón descuida los básicos aspectos divergentes que atañen a la formulación y manifestación del Derecho en cada sistema comparado, esto es, al cómo se dice, por encima del qué se dice; al método de aplicación del Derecho, y a la enseñanza del Derecho; que son los criterios relevantes de la distinción.

2. La consecuencia es que la diversidad entre Civil Law y Common Law persiste y persistirá siempre<sup>46</sup>, con independencia del grado de convergencia que pueda alcanzar la labor de unificación jurídica dentro de la Unión Europea. Civil Law es una categoría del pensamiento jurídico distinta y distante en sus rasgos caracterizadores, de la correlativa Common Law; sin perjuicio de los puentes que se puedan tender para su comprensión recíproca.

En lo que a nosotros atañe diremos, que Civil Law es una categoría que resume la preferencia de la ley escrita reconocida en el ordenamiento español.

De ello resultan las siguientes conclusiones:

a) La superioridad innegable del sistema de Civil Law<sup>47</sup>. La fuente escrita permite una aplicación del Derecho más sencilla y racional; lo que confiere a los ordenamientos de este sistema un grado de certeza y seguridad jurídicas mucho más elevado que el propio del sistema angloamericano. Operar con precedentes, se ha dicho, resulta más una habilidad que una ciencia a la que se acceda a través de un manual teórico<sup>48</sup>. A la postre, el sistema de Common Law presenta unos costes más elevados de predicción de la solución del caso para los operadores jurídicos, requiriendo un número ilimitado de «legal opinions».

Lo anterior presupone un esmero en la tarea legislativa de formulación y revisión del ordenamiento, que no siempre se ha dado en España.

<sup>46</sup> Conclusión a la que llega también ROGOWSKI (n. 5), p. XIX. Este es también el principal postulado de la extensa contribución del helvético Eugen BUCHER, *Rechtsüberlieferung und heutiges Recht*, ZEuP 3/2000, p. 402.

<sup>47</sup> Señala con acierto BUCHER (n. 45), p. 409, n. 16, que la «political correctness» impide demasiado a menudo llamar las cosas por su nombre.

<sup>48</sup> BLUMENWITZ (n. 10), p. 29.

b) El Civil Law impone, a su vez, una particular disciplina a la doctrina o ciencia jurídica, en su función de orientar la aplicación del Derecho y, en su caso, de proponer la modificación de la herramienta legal.

Tan elemental consideración no resulta obvia en la doctrina mercantil española. Ésta se halla sometida a la Ley y no al revés. En nuestra literatura se ha confundido demasiado la interpretación y la dogmática («qué es el Derecho mercantil»), con la política jurídica («qué debería ser el Derecho mercantil»); sin distinguir suficientemente la interpretación de *lege lata* y la propuesta de *lege ferenda*. De esta suerte se elaboran los fundamentos de la disciplina («empresa y empresario») con notable desventura respecto de la normativa codificada («comerciante y actos de comercio»). La falta de concordancia se elimina acudiendo a los «atajos» extraídos del artículo 3.º I CC.

De ello se resiente la labor legislativa. Sea en 1989, injertando el término empresario en el Código de Comercio, dejando intacto el frontispicio del Libro I. O en 2003, al crear los «Juzgados de lo mercantil» con unos criterios extraños a cualquier lógica civil o mercantil<sup>49</sup>. Al propio tiempo se desorienta a la jurisprudencia, confrontada a posturas que se desentienden de los dictados de las bases normativas, descalificadas como obsoletas.

c) Finalmente, la diferencia de la enseñanza del Derecho en el área del Civil Law, respecto de los países del Comon Law, tiene su fiel reflejo en la Universidad. El programa ERASMUS puso de manifiesto, a despecho de redes europeístas bienintencionadas, —al menos por lo que se refiere a mi Facultad de Derecho donostiarra—, que frente a masas de estudiantes italianos, y bastantes portugueses, franceses y alemanes, pero también holandeses y polacos, no aparecía un solo inglés por las aulas.

Sin embargo, el Decreto 1399/2007 ha pretendido adecuar los estudios superiores en España a una declaración de buenas intenciones europeas, revestida del mágico nombre de «Bolonia». Pero para ello se introdujeron métodos de enseñanza ingleses y calificaciones exóticas («grado» por licenciatura, «máster», etc.). El resultado, por lo que al Derecho se refiere, se traduce en una desorientación de los docentes, en cuanto a su tarea, y una disminución sensible de los conocimientos de los flamantes graduados.

---

<sup>49</sup> Desde la doctrina procesal advirtió frente al Proyecto del Gobierno, Ignacio Díez-PICAZO, *La inconveniencia de los Juzgados de lo Mercantil*, Tribunales de Justicia, agosto-septiembre de 2002. Nosotros lo hicimos en EIZAGUIRRE, «Los Juzgados de lo Mercantil: Un atentado contra la seguridad jurídica», *La Ley*, 5 de noviembre de 2002.

# Las líneas centrales del estudio comparativo del contrato de obra en Alemania y España

**REINER SCHULZE**

Catedrático de Derecho civil alemán y europeo  
Codirector del Centro de Derecho privado europeo de la Universidad de Münster

**KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN**

Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Granada

En el marco de la Acción Integrada<sup>1</sup>, un grupo de profesores de las Universidades de Münster y Granada estudiaron durante los años 2009 y 2010 determinados aspectos del contrato de obra en los Derecho alemán y español. En cuatro seminarios se expusieron las principales líneas del contrato de obra en ambos sistemas jurídicos. Por la parte alemana, el Profesor Reiner Schulze expuso el modelo alemán del contrato de obra. Por parte nuestra, el Profesor Klaus Jochen Albiez Dohrmann examinó detenidamente las singularidades del contrato de obra según el modelo del Código civil. Muy pronto, ya en el primer seminario, los principales temas que podían interesar a los profesores de ambos grupos se centraron en los siguientes: *a)* la dicotomía del contrato de obra y de servicios; *b)* la responsabilidad civil por cumplimiento defectuoso del contrato de obra; *c)* los límites temporales de las acciones y garantías de la responsabilidad por defectos en la obra; *d)* las cláusulas mas frecuentes en los contratos de obra y la protección del comitente frente a cláusulas abusivas, y *e)* el contrato de obra con aportación de materiales. El contacto e intercambio continuo entre los profesores de uno y otro grupo ha permitido que, finalmente, poda-

---

<sup>1</sup> HD2008-0031.

mos ofrecer un estudio comparativo que se expone en seis trabajos científicos.

En el primero de los trabajos, centrado principalmente en el contrato de obra como modelo contractual, la Profesora Margarita Jiménez Horwitz analiza la todavía existente dicotomía del contrato de obra y de servicios en el sistema español, teniendo presente todas las sugerencias que aportaron los Profesores Reiner Schulze y Diana Mantler desde el Derecho alemán. Se ha podido comprobar que la dicotomía sigue existiendo incluso en estos momentos actuales en los que se está observando un cambio de tendencia, especialmente a nivel europeo. En términos generales, los criterios de delimitación, elaborados por la doctrina y la jurisprudencia, son los mismos en uno y otro sistema jurídico, si bien en el Derecho alemán los matices son más ricos. En el Derecho alemán, es el propio BGB el que construye el contrato de obra sobre la idea del resultado, lo que ha permitido crear un sistema uniforme y claro de responsabilidad por defectos en la obra. En España, por el contrario, el resultado como elemento característico del contrato de obra es de creación jurisprudencial. No existe, por otra parte, como veremos más adelante, un verdadero sistema de responsabilidad por defectos en la obra. A veces se tiene la impresión de que tanto para los alemanes como para los españoles es más importante el *nomen iuris* dado por los contratantes que el contenido contractual. Ciertamente, en el Derecho alemán ambos contratos constituyen verdaderos modelos contractuales, lo que facilita la adscripción de las muchas modalidades contractuales de prestaciones de hacer a uno o a otro contrato. No se puede decir lo mismo en el Derecho español, que no ofrece un modelo contractual del contrato de servicios y de obra. No obstante, también nosotros tenemos la obsesión de asignar los contratos en los que hay una prestación de hacer al contrato de servicios o al contrato de obra. Esta calificación puede tener sentido cuando se trata de un contrato de obra por tener un régimen jurídico propio. Pero carece de trascendencia práctica en el contrato de servicios por el nulo valor de las normas que lo regulan.

En ambos sistemas se puede comprobar un cambio de tendencia doctrinal, debido, en parte, a la influencia del Derecho contractual europeo. El denominado contrato de prestación de servicios (*Dienstleistungsvertrag*), llamado por el DCFR contrato de servicios (*services*), que engloba las prestaciones de servicios y de obra, caracterizándose las primeras por el esfuerzo del deudor de obtener un resultado (prestaciones de servicios) y las segundas por lograr efectivamente el resultado (prestaciones de obra). En las prestaciones de servicios no se valora tanto la diligencia que debe emplear el deudor para satisfacer al acreedor como el esfuerzo que debe realizar para obtener el resultado.

Uno de los temas centrales de la Acción Integrada ha sido la responsabilidad civil por cumplimiento defectuoso del contrato de obra. El BGB, en su versión de 1900, reguló un sistema ordenado de responsabilidad civil específicamente para el contrato de obra. Además de las normas generales de responsabilidad civil contractual (§§ 275 ss. BGB), había un régimen especial de responsabilidad a partir de la recepción de la obra (§§ 633 ss.). Con la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002 se han reformado las normas generales y también las normas especiales del contrato de obra en materia de responsabilidad civil por cumplimiento defectuoso. De la Reforma alemana se ha ocupado la Profesora Stephanie Sendmeyer. En su trabajo se pone de manifiesto el cambio de estructura que se ha producido en la responsabilidad civil por cumplimiento defectuoso en el contrato de obra a raíz de la Reforma. Aunque de una primera lectura de los nuevos §§ 633 ss. BGB pudiera pensarse que la Reforma se ha articulado por la influencia de la compraventa, que se ha reformado a la luz de la Directiva 1999/44/CE, no ha sido así. Al contrario, ha sido el modelo de la responsabilidad civil del contrato de obra el que ha incidido positivamente en la reforma de la responsabilidad civil de la compraventa. El nuevo modelo que ofrecen los §§ 633 ss. BGB es de enorme interés para quienes, como nosotros, carecemos de un sistema de responsabilidad civil por cumplimiento defectuoso del contrato de obra. De ahí, la importancia del trabajo de la Profesora Stephanie Sendmeyer para quienes quieran elaborar propuestas de *lege ferenda* con vistas a una posible pero necesaria reforma del contrato de obra en el Código civil.

Nuestro sistema carece de un régimen especial de responsabilidad civil por obras defectuosas. Salvo el artículo 1591 CC, cuyo valor jurídico es después de la LOE meramente testimonial, las normas de responsabilidad por cumplimiento defectuoso del contrato de obra son básicamente las generales del contrato, si bien hay quienes proponen la aplicación de las normas de saneamiento por vicios ocultos de la compraventa. Según sean las relaciones y el objeto del contrato de obra son de aplicación las normas de la LOE y del TRLGDCU. En un trabajo elaborado por el Profesor Klaus Jochen Albiez Dohrmann se expone el caótico cuadro normativo de la responsabilidad civil por obras defectuosas. Donde no hay uniformidad ni claridad no cabe hablar propiamente de un régimen jurídico de responsabilidad civil y menos aún de un sistema. A lo largo del estudio de la responsabilidad civil por obras defectuosas se trata de hacer ver al lector las muchas deficiencias y lagunas de nuestro Derecho. Es probablemente la parte que más necesita de una reforma, que debe diseñarse al menos sobre la base de tres ideas fundamentales. La primera es que también el contra-

to de obra debe estar regido por el principio de conformidad (la falta de conformidad del comitente con la obra es un cumplimiento defectuoso). La segunda es que se debe facilitar el cumplimiento posterior del contrato de obra. Y la tercera es que se deben proteger igualmente los intereses del contratista.

En muy estrecha relación con la responsabilidad civil se han examinado los límites temporales de las acciones (remedios) y de las garantías que tiene el comitente frente al contratista en caso de que la obra resulte defectuosa. Nuevamente se comprueba en nuestro Derecho la falta de uniformidad y claridad, al contrario que el sistema alemán que ha articulado un sistema bastante coherente. La Profesora María Luisa Palazón Garrido ha examinado con precisión los límites temporales de los remedios y de las garantías, siempre en conversación con la Profesora Diana Mantler, para conocer las ventajas del sistema alemán. En contraste con el § 634a BGB, que se caracteriza por unos criterios uniformes y claros, nuestro Derecho es tan dispar al permitir plazos totalmente diversos (15 años para la responsabilidad civil contractual en general, 30 días o 6 meses según el contrato de obra es mercantil o civil si se quieren aplicar las normas de saneamiento por vicios ocultos, al margen de otros plazos para obras de edificación...).

Por último, se ha discutido sobre el contrato de obra con aportación de materiales. Es de especial interés conocer la reforma del § 651 BGB por la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones 2002, que distingue ahora entre el suministro de cosas muebles por producir (*herzustellen*) o por fabricar (*erzeugen*). En un trabajo muy sugerente, el Profesor Cristoph Busch analiza con detenimiento los cambios que se han producido a raíz de la Reforma que acentúa aún más la estrecha relación entre el contrato de obra con suministro de materiales y el contrato de compraventa. Muchos supuestos que tradicionalmente se ubicaban en el contrato de obra, ahora son asignados a la compraventa. Ello supone problemas nuevos en el ámbito del Derecho de cosas, concretamente en cuanto a la adquisición de la propiedad de los materiales que se incorporan a la obra. El Profesor Busch trata de demostrar que el cambio que se produce con la Reforma tiene también un trasfondo comunitario y europeo.

Los dos grupos de la Acción Integrada hemos querido ofrecer nuestros resultados en estos trabajos que presentamos a la comunidad científica<sup>2</sup>, con la esperanza de que puedan servir para profundizar sobre el contrato de obra, y, sobre todo, que puedan servir de material para una posible reforma del contrato de obra.

---

<sup>2</sup> Para la consulta del BGB se han tenido en cuenta las traducciones de MELÓN INFANTE, LAMARCA MARQUÉS (dir.) y VIVES MONTERO. La traducción de los trabajos de los Profesores SENDMEYER y de BUSCH, realizada por Rafael ZAMBRANA KUHN, ha sido revisada por ALBIEZ DOHRMANN.

# La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)

**MARGARITA JIMÉNEZ HORWITZ**

Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad de Granada

## RESUMEN

*Las prestaciones de hacer tienen una importancia esencial en la economía actual tanto como las prestaciones de dar una cosa. El contrato tiene normalmente por objeto la obligación de realizar una prestación de hacer según el encargo y las necesidades de la otra parte contratante a cambio de un precio. La importancia del tema justifica la preocupación por reformar la regulación tradicional de los Códigos civiles sobre los contratos de obra y servicios. La Ley de modernización del Derecho de obligaciones del Código civil alemán (2001) se ha ocupado de esta reforma. También parece necesario realizar con cierta urgencia la misma tarea en el Derecho español y para ello parece conveniente considerar la perspectiva del Derecho comparado. En el estudio que hemos realizado con nuestros colegas alemanes de la Universidad de Münster hemos intentado destacar lo más propio de cada contrato. El contrato de obra tiene una estructura muy sólida en el Código civil alemán y están muy bien definidos y engarzados entre sí los aspectos esenciales de régimen jurídico. Esta solidez ha permitido delimitar con un trazo más firme las diferencias de régimen jurídico con el contrato de servicios. Todo ello puede ser provechoso para aprender soluciones a la hora de proponer reformas a nivel nacional. Sin embargo, si se analiza con cierto detenimiento la jurisprudencia de los tribunales españoles y alemanes sobre las prestaciones de hacer, se puede comprender que no es fácil mantener de forma estricta los límites de la distinción entre los contratos de obra y servicios. La realidad es muy compleja y evoluciona de forma muy rápida. Surgen de continuo nuevas formas de contratación de las prestaciones de hacer que tienen un sello propio y no encajan en la estructura rígida de las definiciones legales o doctrinales. Desde la perspectiva de futuro y de armonización del derecho europeo de los contratos*



*(Draft Common Frame of Reference), se ha considerado una categoría general del contrato de servicios que destaca los aspectos comunes de las prestaciones de hacer (Services) y después esta categoría general se regula y adquiere matices particulares en cada ámbito de la contratación (Construction-Processing-Storage-Design-Information and Advice-Treatment).*

## PALABRAS CLAVE

*Prestaciones de hacer; contrato de obra; contrato de servicios; obligación de medios; obligación de resultado; responsabilidad por culpa; cumplimiento defectuoso; responsabilidad por vicios de la obra; remedios por incumplimiento.*

## ABSTRACT

*Contracts for works and services have the same critical importance in the present-day economy as contracts to provide goods. The usual aim of this type of contract is that one party undertakes to supply a service/ or carry out specific works for the other party in exchange for a price. The importance of the issue warrants concern to reform the traditional regulation of Civil Codes on these contracts. The Act on the Modernization of the Law of Obligations of the German Civil Code (2001) has dealt with this reform. It also seems necessary to perform the same task in Spanish law with some urgency and it appears appropriate to consider it from the perspective of comparative law. In the study undertaken with our German colleagues at the University of Münster we have sought to highlight the most specific aspects of each contract. The contract for works is well entrenched in the German Civil Code and the key aspects are clearly defined and interrelated. This certainty has enabled the legal differences between it and the service contract to be more clearly defined. However, if we analyse in some detail the case law of the Spanish and German courts on this problem, it can be seen that it is not easy to maintain strictly the limits of the distinction. The reality is very complex and evolving rapidly. New forms of services contract are continually arising, with their own features and they do not fit into the rigid structure of legal and doctrinal definitions on work and services contracts. Therefore, from the perspective of the future and of the harmonization of European contract law (Draft Common Frame of Reference, a general category of service contract has been considered that highlights the common aspects of supplying a service (Services) and then these general provisions will be regulated and have special implications in every economic area of such contracts (Construction-Processing-Storage-Design-Information and Advice-Treatment).*

## KEYWORDS

*Supplying a service-contract for works-service contract-obligation of care and skill-obligation to produce a result-fault liability-liability for defects in the work-remedies for breach.*



SUMARIO: I. Aspectos problemáticos de la contratación de obras y servicios: planteamiento general.—II. La distinción de las obligaciones de hacer en obligaciones de medios y de resultado: 1. El punto de partida: la idea de obra como la prestación debida de un resultado. 2. Las consecuencias de la distinción: la responsabilidad por incumplimiento. 2.1 La responsabilidad por incumplimiento del resultado. 2.2 La responsabilidad por culpa en los contratos de servicios. 2.3 La responsabilidad por incumplimiento en el Derecho alemán.—III. La evolución de los contratos de obra y servicios: 1. El relativismo de la distinción entre las obligaciones de resultado y de medios. 2. Las nuevas modalidades de la contratación de obras y servicios. 3. El principio de buena fe en las relaciones contractuales: las obligaciones de cooperación entre las partes. 4. Los grupos de contratos en los distintos ámbitos económicos y profesionales.

## I. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA CONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS: PLANTEAMIENTO GENERAL

La regulación del Código civil español de las obligaciones de hacer es propia de tiempos antiguos y no ofrece respuestas adecuadas a los problemas actuales de orden práctico.

Para explicar esta situación bastaría con decir que los contratos de obras y servicios están regulados bajo la rúbrica *del contrato de arrendamiento* (Libro IV-Título VI-Capítulo I CC). Se podría añadir que las *disposiciones generales* pretenden establecer una relación sistemática entre los arrendamientos de cosas, obras y servicios (arts. 1541-1545 CC). Este orden está relacionado con la tradición del Derecho romano<sup>1</sup>. Es discutible, sin embargo, el sentido actual de este planteamiento histórico. La evolución moderna ha dado lugar a una economía mucho más compleja y las obligaciones de hacer han adquirido una relevancia fundamental. Los clientes contratan la prestación de servicios profesionales de abogados, médicos, ingenieros, arquitectos, personal de seguridad, jardineros y las más variadas prestaciones de actividades económicas. Cada tipo de actividad o de profesión ha desarrollado sus propias características y las relaciones contractuales entre el prestador de servicios y el cliente exigen tam-

<sup>1</sup> El Derecho romano desarrolló tres formas características de arrendamientos: la cesión del uso de una cosa (*locatio conductio rei*), la prestación de actividad (*locatio conductio operarum*) y la realización de una obra (*locatio conductio operis*). Esta tradición histórica pasó al Código civil francés (1804). Bajo el título general de *louage* están regulados tres contratos diferentes: *louage de choses*, *louage des domestiques et ouvriers*, actualmente denominado *louage de service*, y *louage d'ouvrage*. El Código civil español (1889) siguió la misma tendencia en el sentido que hemos explicado de la caracterización de tres supuestos bajo la denominación de arrendamientos: de *cosas*, *obras* y *servicios*.

bién un enfoque más dinámico para modernizar los respectivos sistemas de regulación. La cuestión es ciertamente muy compleja y, sea lo que fuere la tradición histórica, los problemas actuales de la contratación de obras y servicios tienen poco o nada en común con el arrendamiento de una cosa.

Cabe señalar aspectos más concretos que son muy significativos para explicar la desconexión tan grande que existe entre la realidad y las normas legales. El Código civil desarrolla la regulación *del arrendamiento de obras y servicios* en dos secciones (Libro IV-Título VI-Capítulo III). La sección primera (arts. 1583-1587), bajo el título *del servicio de criados y trabajadores asalariados*, establece una regulación *del arrendamientos de servicios* que se refiere a la *despedida de los criados, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados*. Fácilmente se puede comprender que una regulación de estas características no puede ordenar de forma adecuada las relaciones modernas entre *un profesional y el cliente*. La sección segunda (arts. 1588-1600), bajo el título *de las obras por ajuste o precio alzado*, desarrolla algunos aspectos importantes del contrato de obra como la distribución de los riesgos económicos por destrucción o pérdida de la obra por caso fortuito antes de la entrega (arts. 1589-1590 CC) y los riesgos por agravación o mayor dificultad de la prestación a realizar por el contratista (art. 1593 CC). También están regulados, entre otros, los siguientes aspectos: la forma de ejecución de la obra, distinguiendo las ejecuciones parciales, por piezas o medidas (art. 1592 CC); el pago del precio (arts. 1544-1599 CC); las causas específicas de extinción del contrato de obra, como el desistimiento unilateral del contratista (art. 1594 CC) y asimismo la extinción por su muerte si la obra se encargó al contratista por razón de sus cualidades personales o la imposibilidad de acabar la obra por causa independiente a su voluntad (art. 1595 CC). Todo ello es muy significativo. Aunque pueden citarse otros aspectos de la regulación legal que son anacrónicos y cuadran mal con la evolución moderna de este sector de la contratación. Los preceptos del Código civil están pensados fundamentalmente para el contrato de edificación y no ofrecen respuestas adecuadas a los problemas actuales de la contratación de obras muebles e inmateriales. Por otra parte, no sería exagerado decir que la mayoría de los conflictos que se deciden en la práctica sobre la responsabilidad del contratista tienen por objeto el incumplimiento ocasionado por vicios o defectos de construcción. Sin embargo, el Código civil no regula de manera especial este problema.

La jurisprudencia ha realizado una tarea muy importante para remediar estas carencias del Código civil. El esfuerzo de interpretación ha sido especialmente intenso para remediar los contratos de

servicios. Las normas del Código civil son tan escasas en esta materia que se podría hablar de una laguna legal y prácticamente ha sido necesario reconstruir por completo un orden especial hilando muy fino la interpretación de las normas del Derecho general de obligaciones y contratos y los usos de los negocios.

Merecen asimismo una consideración particular las líneas de interpretación que ha desarrollado la jurisprudencia para explicar la responsabilidad del contratista por los daños ocasionados por vicios o defectos de la obra. El criterio judicial ha dejado a un lado la aplicación analógica de las normas del *saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos* (arts. 1484-1499 CC) y ha decidido como remedio preferente la reparación mediante una prestación corregida (cumplimiento *in natura*). Para justificar esta solución el criterio judicial ha seguido dos caminos distintos: una línea de interpretación ha considerado las normas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones y el conjunto de razones sobre las cuales parecen inspiradas. Desde otra perspectiva distinta el criterio judicial ha realizado una interpretación extensiva del art. 1591 CC. Prácticamente la responsabilidad decenal por ruina del edificio ha funcionado como una responsabilidad por incumplimiento del contrato de obra. Si se piensa despacio todo ello se puede comprender que ha ocurrido una evolución conjunta de la compraventa y el contrato de obra. El punto de conexión ha sido seguramente una idea muy estricta sobre el cumplimiento de las obligaciones de resultado, *de dar alguna cosa o hacer una obra*. Este pensamiento ha facilitado sin duda un razonamiento encadenado, casi intuitivo, que ha relacionado los defectos de construcción y el incumplimiento del contrato. La jurisprudencia no dice todavía claramente el concepto moderno de *conformidad de la prestación* con el contrato. Pero esta idea se averigua con facilidad entre líneas de los argumentos de las sentencias. En todo ello ha influido de forma decisiva el criterio doctrinal que ha aportado unas construcciones de gran valor que han dado una base más firme a las tendencias de la jurisprudencia. Y buena parte de estos logros han sido aprendidos finalmente por la Ley de Ordenación de la Edificación.

Este desarrollo tan espectacular de la responsabilidad por incumplimiento en el contrato de obra ha planteado el problema de distinguir la responsabilidad del prestador de servicios que meramente compromete una actividad con diligencia. Los primeros trazos de la jurisprudencia sobre esta distinción fueron especialmente significativos en el ámbito de las actividades contractuales de los médicos. Los argumentos de las sentencias dejan ver el empeño en

señalar que el médico no está obligado a la curación del enfermo y sólo responde de los daños ocasionados por culpa.

La distinción entre las obligaciones de resultado y de medios ha tenido mucha importancia y ha servido de base para justificar las características de cada contrato. Se ha dicho que el contrato de obra tiene por objeto la prestación de un resultado y el contrato de servicios consiste en la prestación de una actividad con diligencia. El contenido de las respectivas obligaciones ha influido asimismo en la responsabilidad por incumplimiento. El contrato de obra ha sido distinguido con una responsabilidad prácticamente objetiva por incumplimiento de la obligación de resultado y el contrato de servicios ha seguido anclado en la idea tradicional de responsabilidad por culpa con fundamento en el artículo 1104 CC. Debemos precisar que los discursos de la jurisprudencia y la doctrina reflejan también cierta influencia de las construcciones sobre el concepto de prestación desde una doble perspectiva: el comportamiento debido por el deudor (*Leistungshandlung*) y la satisfacción del interés del acreedor (*Leistungserfolg*)<sup>2</sup>. Esta influencia ha ocurrido con mucha sutileza y un examen superficial puede restarle importancia. Contemplada, sin embargo, con una reflexión más profunda es indiscutible que ha sido una referencia principal para modernizar el concepto de incumplimiento desde la perspectiva del interés del acreedor.

Otra cosa distinta ocurre con las consecuencias prácticas de las construcciones jurídicas. Los conceptos no funcionan con la misma claridad en todos los casos y con frecuencia el intérprete tiene problemas para decidir si el contrato que han realizado las partes tiene por objeto una obligación de medios o de resultado. Desde luego existen supuestos característicos que son fáciles de decidir. Nadie dudará de la calificación de un contrato que tiene por objeto la construcción de un edificio o sobre el contrato de tratamiento médico de un enfermo terminal. No obstante, en una economía tan compleja como la actual, las prestaciones de hacer pueden tener contenidos muy variados. Ocurre una evolución constante de las actividades profesionales y de los contratos que complica mucho la distinción de la que nos estamos ocupando. El criterio judicial ha valorado con pragmatismo las circunstancias que normalmente justifican la contratación de una obra o de un servicio, *lo más propio de cada contrato*, y ha decidido los casos dudosos con estos indicios objetivos. Por otra parte, la jurisprudencia ha evolucionado al ritmo de los tiempos y ha distinguido en cada ámbito econó-

<sup>2</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil-Las relaciones obligatorias-II*, Madrid, 1993, pp. 235 y ss.

mico y profesional modalidades características de contratación que tienen un sello propio. Ocurre como si el criterio judicial estuviese considerando una categoría general de las prestaciones de hacer que se realizan a cambio de precio y, a continuación, esta categoría general se va distinguiendo y concretando en distintos modelos de contratación según las características peculiares de cada tipo de actividad o profesión. Los usos de la práctica han marcado el ritmo de esta evolución. Por lo demás, la jurisprudencia ha aplicado las reglas generales de los contratos.

Con estas explicaciones hemos querido resumir, a modo de introducción, los aspectos más importantes que vamos a desarrollar a continuación. Hemos señalado, en particular, las escasas referencias que ofrece el Código civil para solucionar los problemas de la práctica y el esfuerzo tan intenso que han realizado la jurisprudencia y la doctrina para remediar estas carencias de la regulación legal. Algunas leyes especiales han reformado sectores particulares de la contratación. Pero evidentemente todo ello no es suficiente y parece necesaria con cierta urgencia una reforma del Código civil que modernice el orden general de los contratos de obras y servicios. En este trabajo vamos a tratar de analizar con cierto detenimiento las cuestiones que hemos planteado para comprender mejor en qué sentido y con qué bases conceptuales deben ocurrir los cambios legales. Las referencias de Derecho comparado son muy valiosas para esta tarea y enseñan criterios a seguir. Vamos a considerar especialmente las explicaciones que el profesor Reiner Schulze ha realizado sobre la distinción de los contratos de obras y de servicios en el Derecho alemán en el marco de una Acción Integrada entre las Universidades de Münster y Granada.

## II. LA DISTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE HACER EN OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO

### 1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA IDEA DE OBRA COMO LA PRESTACIÓN DEBIDA DE UN RESULTADO

La definición legal de los contratos de obras y servicios en el Derecho español es bastante simple. El artículo 1544 CC sólo dice que el *arrendamiento a cambio de precio* puede consistir en dos prestaciones distintas: *ejecutar una obra* o *prestar un servicio*. A partir de estos datos esenciales, la doctrina ha realizado una interpretación de la idea de obra como el resultado que debe realizar el deu-

dor para satisfacer el interés del acreedor. Con este trazo ha quedado marcada la distinción entre los contratos de obras y de servicios.

Es claro y mayoritariamente admitido que el contratista asume una *obligación de resultado* que puede consistir en la ejecución o la transformación de una cosa mueble o inmueble y asimismo en la ejecución de una obra inmaterial. Para el cumplimiento de esta obligación no basta que el contratista despliegue una actividad con diligencia según la idea general del artículo 1104 CC, sino que debe realizar el resultado según el contrato<sup>3</sup>. El significado del contrato de obra también ha sido señalado en relación con una distribución característica del riesgo por caso fortuito. Una consecuencia directa es que el contratista *no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada* (art. 1590 CC)<sup>4</sup>. El contratista asume el resultado a riesgo y ventura. Este orden, sin embargo, no es definitivo para decidir la distinción que nos ocupa. Cabe que el comitente asuma en el contrato el pago del precio, aunque no haya recibido la obra.

También es algo ampliamente conocido y aceptado que el contrato que tiene por objeto un servicio consiste en la prestación de una actividad con la diligencia que exija *la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias del caso concreto* (art. 1104 CC). En este sentido se habla de una *obligación de medios o de diligencia*<sup>5</sup>.

El significado de la distinción que hemos explicado se puede justificar desde las bases más elementales de la teoría general de las relaciones obligatorias. En realidad sólo se refiere a dos formas distintas de configurar el contenido de la prestación debida<sup>6</sup>. Hay que precisar, sin embargo, que la diligencia que se exige a los profesionales es muy estricta y muchas veces actuar con diligencia significa también realizar determinadas actividades accesorias o complementarios que en sí mismas consideradas constituyen tam-

<sup>3</sup> ROVIRA SUEIRO, *Tratado de Contratos-III*, dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, 2009, p. 3325.

<sup>4</sup> Sobre la distribución de los riesgos en el contrato de obra, SALVADOR CODERCH, «Comentario del art. 1588 CC», en *Comentarios al Código civil-Ministerio de Justicia-II*, Madrid, 1991, p. 1186; Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil-IV: las particulares relaciones obligatorias*, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 288; Orti Vallejo, «La responsabilidad civil en la edificación», en *Tratado de Responsabilidad Civil-II*, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 1141.

<sup>5</sup> BUSTO LAGO, *Tratado de Contratos-III*, dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, 2009, p. 2875.

<sup>6</sup> En la doctrina española, sobre la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, puede consultarse, entre otros, JORDANO FRAGA, «Obligaciones de medios y obligaciones de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 7 y ss.; LOBATO GÓMEZ, «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *Anuario de Derecho Civil*, 1992, pp. 652 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993; SOLÉ RESINA, *Los contratos de servicios y de ejecución de obra. Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Madrid, 1997.



bién «resultados». Seguramente el abogado para cumplir la obligación de actuar con diligencia en la asistencia y asesoramiento de su cliente tiene que realizar un dictamen o un informe jurídico. Podría pensarse que este planteamiento cuestiona las bases más esenciales de la distinción entre los contratos de obras y de servicios. Este punto de vista debe ser precisado en el siguiente sentido. El concepto jurídico de resultado debe ser valorado como la finalidad concreta y determinada que constituye el objeto del contrato de obra y que debe realizar el deudor para satisfacer el interés del cliente. Esto es lo que expresa la palabra *Erfolg* que significa el éxito o el resultado concreto de una actividad (§ 631 BGB). En un sentido opuesto la categoría de las obligaciones de medios ha sido utilizada para distinguir *lo que no forma parte del contrato de servicios*. Ciertamente el cliente siempre está interesado en poder lograr o realizar determinado objetivo o finalidad que, en ocasiones, se denomina el interés primario del acreedor que subyace en la constitución de la relación contractual. Pero la realización de este objetivo o finalidad *no es objeto de la prestación de actividad*. No se incluye en el programa de prestación. De todas maneras, cabe pensar que el interés del acreedor influye en la prestación de un servicio desde otra perspectiva jurídica. Cabe pensar que, si el deudor *conoce o debería razonablemente conocer* en el momento de contratar qué es lo que quiere obtener o realizar el cliente mediante el servicio que ha encargado, la diligencia en el cumplimiento del servicio está determinada por esta base de conocimientos. Es decir, el deudor realiza el contrato sabiendo las expectativas del cliente y por ello asume los cuidados y los esfuerzos especiales que tenga que realizar para facilitar o propiciar de la mejor manera la realización efectiva de las finalidades y objetivos que persigue el cliente. Lo mismo ocurre si el cliente informa o da explicaciones al respecto antes de celebrar el contrato. La información pre-contractual también determina la diligencia que tiene que prestar el deudor. En este sentido cabe considerar la prestación del servicio desde la perspectiva del interés del acreedor.

La jurisprudencia ha considerado asimismo estas ideas y las obligaciones de resultado y de medios han marcado la línea de distinción entre los contratos de obras y de servicios en la práctica judicial:

STS de 29 de mayo de 1987: *El contrato que realiza el arquitecto con su cliente merece la calificación de contrato de servicios cuando lo convenido fuere la prestación de una actividad en sí mismo considerada, con independencia del resultado; mientras que si lo pactado es fundamentalmente un resultado, nos hallamos*

*en presencia de un arrendamiento de obra, siendo ésta la calificación jurídica que corresponde cuando lo encargado al arquitecto fue la realización de un proyecto de edificación, en cuanto su objeto viene constituido por el resultado concreto prometido por el profesional (STS de 16 de junio de 1982, 29 de septiembre de 1983, 29 de junio de 1984, 29 de mayo de 1987).*

STS de 25 de abril de 1994: *Que a la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, esta Sala, en doctrina constante, lo ha considerado como arrendamientos de servicios y no de obra, en razón a que, tanto la naturaleza moral del hombre como los niveles a que llega la ciencia médica-insuficiente para la curación de determinadas enfermedades, y, finalmente, la circunstancias de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone al medicina actual, lo que hace que algunos de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, pueden no serlo para otros, todo ello impide reputar el aludido contrato como de arrendamiento de obra que obliga a la consecución de un resultado –el de curación del paciente– que, en muchos casos, ni puede ni podrá conseguirlo, dada la naturaleza mortal del hombre, entendiéndose que, por tratarse de un arrendamientos de servicios a lo único que obliga es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, una llamada obligación de medios.*

Las tendencias doctrinales y jurisprudenciales han influido asimismo en las tendencias legislativas. La iniciativa de reforma del Código civil en materia de contratos de servicios y de obras –Proyecto de Ley 123/00004-BOCG, 12 de abril de 1994– consideró de forma principal la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado. La Exposición de Motivos explica que *la reforma contiene un concepto de cada uno de estos contratos, para el cual se utiliza la distinción –ya firmemente consagrada en la doctrina y la jurisprudencia, entre las obligaciones de actividad, también llamadas de medios o de diligencia, y las obligaciones de resultado. En el contrato de servicios se promete una actividad de prestación en cuanto tal, mientras que en el contrato de obra se asume la obligación de producir un resultado–*. Estas ideas están desarrolladas en la regulación del Proyecto con distinciones muy parecidas: en el contrato de servicios, *una de las partes se obliga, a cambio de una retribución, a realizar determinada actividad en sí misma considerada y no por su resultado* (art. 1583) y, en el contrato de obra, *el contratista se obliga a ejecutar determinada obra a cambio de la prestación convenida, o, en su defecto, de la que resulte de los usos. Se entiende por obra la construcción, reparación o transformación de una cosa, así como la obtención de cualquier otro resultado convenido por las partes* (art. 1588).



El Proyecto no pasó finalmente del trámite de las enmiendas. Aconteció que, por las mismas fechas, determinados sectores profesionales y de la administración habían propuesto una reforma particular del sector de la edificación<sup>7</sup>. Lo especial tuvo más peso que lo general. Finalmente, fue tramitada y aprobada la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación. Pero esta regulación especial no es suficiente y sigue siendo importante realizar con cierta urgencia la reforma del Código civil que ha quedado pendiente. Es necesaria una regulación que establezca sobre una base más firme el orden general de los contratos de obras y de servicios. Es muy probable que la reforma que está por hacer siga el trazo que ya ha sido marcado por la jurisprudencia y la doctrina. La obligación de realizar un resultado en contraste con la obligación de realizar un servicio con diligencia será seguramente una referencia principal para los cambios legales.

En comparación con esta perspectiva del Derecho español es interesante considerar las particularidades del Derecho alemán en esta materia. Siguiendo las explicaciones del profesor Schulze pueden considerarse los siguientes aspectos fundamentales:

El punto de partida para distinguir estos contratos fue señalado claramente en el Código civil alemán (1900)<sup>8</sup>. Puede considerarse la diferencia de trato que se estableció entre el arrendamiento de cosas (Miete-Libro II-Sección VII-Título III-§ 535-597), el contrato de servicios (Dienstvertrag- Libro II-Sección VII-Título VI-§ 611-630) y el contrato de obra (Werkvertrag Libro II-Sección VII-Título VII-§ 631-651). En particular hay una referencia legal bastante clara sobre la idea de resultado en el § 631 BGB: *Pueden ser objeto del contrato de obra tanto la producción o modificación de una cosa como otro resultado a obtener mediante el trabajo o una prestación de servicios*. El sustantivo *Erfolg* expresa la idea de resultado como la consecuencia o el éxito de la prestación de hacer y asimismo existe una referencia genérica a *otros resultados* que permite considerar la realización de todo tipo de obras.

Esta base legal ha facilitado en el Derecho alemán un criterio general bastante firme sobre el contrato de obra. La doctrina y la jurisprudencia han mantenido con un criterio mayoritario que la prestación debida, aquello que el deudor debe realizar y aquello que el acreedor está facultado para reclamar, consiste en un resultado concreto y determinado: la ejecución o la transformación de una cosa mueble o inmueble y asimismo una obra intelectual. En cuan-

<sup>7</sup> DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 376.

<sup>8</sup> Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

to al criterio de imputación del riesgo, se dirá que el contratista pierde la pretensión dirigida a la contraprestación cuando, por causa no imputable a ninguna de la partes, el resultado es imposible. Esta distribución del riesgo no constituye una característica esencial del contrato de obra ya que puede regularse de otra manera por acuerdo de las partes sin que se altere la esencia del contrato.

Por otra parte, la definición legal del contrato de servicios es bastante abierta. El § 611 BGB se refiere genéricamente a la obligación de prestar *toda clase* de servicios. La doctrina y la jurisprudencia han desarrollado esta idea con la cláusula general del § 242 BGB sobre la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones y ha tomado forma la obligación del deudor de actuar con la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias del caso concreto para propiciar de la mejor manera la finalidad que el cliente pretende obtener con el encargo que ha realizado. Por otra parte hay que señalar que en el BGB existe una regulación del contrato de servicios mucho más desarrollada que en el Derecho español (§ 607-630 BGB). Por ello ha sido muy importante en la práctica de los tribunales alemanes determinar qué tipo de obligación ha asumido el deudor, de realizar una obra o la prestación de un servicio con diligencia, porque esta distinción significa asimismo unas diferencias muy marcadas en el régimen jurídico.

Hemos podido comprobar que la distinción esencial entre los contratos de obras y de servicios coincide prácticamente en los ordenamientos español y alemán. La línea de separación está claramente marcada por la idea de resultado. Este punto de encuentro puede propiciar la armonización del Derecho privado europeo. Desde esta perspectiva, cabe considerar el Proyecto sobre el Marco Común de Referencia –*Draft Common Frame of Reference* (DCFR)– que se decide por un concepto general sobre el contrato de servicios como categoría común de las obligaciones de hacer (*Service contracts-Dienstleistungsvertrag*) y establece unas disposiciones de carácter general para todas las obligaciones de hacer (Book IV-Part C-Services). A ello se añade la distinción fundamental entre la obligación de realizar una actividad con la habilidad y el cuidado que razonablemente el deudor pueda prestar en las circunstancias concretas y de conformidad con la *lex artis* (2: 105: *obligation of skill and care*) y la obligación de hacer que tiene por objeto obtener un resultado concreto y determinado (2: 106: *Obligations to achieve result*). La distinción entre las obligaciones de medios y de resultado ha sido considerada como una referencia principal del DCFR para distinguir y desarrollar los contratos par-

ticulares que están regulados en los siguientes capítulos de la parte especial: *construction-processing-storage-design-information and advice-treatment*. Cabe señalar en particular el régimen del contrato de edificación (*construction: Book IV-part C-Chapter 3-3:101-3: 10 8*). El artículo 3:104 establece que el contratista debe realizar la estructura de la obra de conformidad con el contrato. Los comentaristas del DCFR han explicado que esta regla es una aplicación directa del concepto general sobre las obligaciones de resultado (*obligations to achieve result IV.C.-2:106*). Por otra parte, cabe considerar el contrato de tratamiento médico del paciente (*Treatment: Book IV.Part C.Chapter 8*). El médico se compromete a la prestación de un servicio con diligencia (8: 101) y debe actuar con la habilidad y el cuidado que las reglas de la profesión exigen en el caso concreto (8: 104). Los comentaristas del DCFR han aclarado que esta regla es una aplicación particular del concepto general sobre las obligaciones de medios (*obligations of skill and care-IV.C.-2:105*) y, siguiendo el orden simétrico de las distinciones clásicas, han señalado también las diferencias de régimen jurídico con las obligaciones que tienen por objeto un resultado<sup>9</sup>.

Todo ello pone de manifiesto que la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado sigue siendo importante desde las perspectivas de futuro del Derecho europeo de los contratos.

## 2. LAS CONSECUENCIAS DE LA DISTINCIÓN: LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO

El Código civil no establece un régimen especial de responsabilidad del contratista por incumplimiento de la obligación de realizar la obra. No existe más que la regla del artículo 1591 CC sobre la responsabilidad decenal por ruina del edificio. El Código civil tampoco tiene normas que regulen de forma característica la responsabilidad por incumplimiento de la prestación de un servicio. La jurisprudencia y la doctrina han realizado un esfuerzo muy importante para solucionar los problemas de la práctica mediante la interpretación sistemática de las reglas generales sobre el incum-

---

<sup>9</sup> *It is possible that the service provider is not only under an obligation to carry out the service with due care and skill, but also under an obligation to achieve the result stated or envisaged by the client. If that is the case, and if the result is not achieved, it is in the client's interest to invoke the non-performance the latter obligation. The burden of proof imposed on the client will then be limited. The obligation to achieve a particular result will, however, not be imposed on every service provider in every situation. If it is not imposed, this might cause the client to invoke the non-performance of an obligation of the service provider under paragraph 1-4 of the article 2: 105: obligation of skill and care. Vid. Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), vol. 2, Munich, 2009, pp. 1649-1650.*

plimiento de las obligaciones y el conjunto de razones o fundamentos sobre las cuales están inspiradas. El diferente modo de configurar la prestación debida, de medios o de resultado, ha determinado también el diverso modo de configurar el incumplimiento y el contenido de la carga de la prueba para justificar la responsabilidad por incumplimiento.

## 2.1 La responsabilidad por incumplimiento del resultado

La regulación del contrato de obra no tiene reglas específicas sobre los presupuestos y los límites de la responsabilidad del contratista por incumplimiento del contrato y por ello rigen las reglas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones. Evidentemente si el contratista no realiza la obra, existe incumplimiento (arts. 1098-1182-1101-1105-1124 CC). Asimismo si el contratista entrega una obra distinta (*aliud pro alio*) o de menor cantidad.

En lo demás, en relación con el problema principal que se presenta en la práctica sobre los defectos de construcción que se manifiestan una vez que ésta ha sido ejecutada y recibida (*vicios o defectos ocultos*), el criterio judicial ha decidido también normalmente la responsabilidad del deudor por incumplimiento del contrato<sup>10</sup>. Hay que aclarar que, en el ámbito de las obras inmobiliarias, la jurisprudencia ha mantenido un doble juego. En algunos casos, el criterio judicial ha considerado las reglas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones en el sentido que hemos explicado. Sin embargo, la mayoría de los casos que se deciden en los tribunales se han resuelto con fundamento en el artículo 1591 CC. Se podría decir que el criterio judicial ha estirado tanto el significado de esta norma que prácticamente la responsabilidad por ruina del edificio ha funcionado como una responsabilidad por incumplimiento del contrato de obra<sup>11</sup>. El *cumplimiento defectuoso* aparece normalmente envuelto en la idea de *ruina funcional*. Todo ello ha sucedido de una manera muy particular.

La idea de ruina ha servido de cajón de sastre en el que caben prácticamente todos los defectos de construcción que son originarios –que existen en el momento de la entrega– y se manifiestan en el plazo decenal de garantía establecido en el artículo 1591 CC. La idea de garantía está relacionada con una presunción característica

<sup>10</sup> ABRIL CAMPOY, «Comentario del art. 1591 CC», *Jurisprudencia Civil Comentada-III*, dir. Pasquau Liaño, 2.ª ed., Granada, 2009, p. 3240.

<sup>11</sup> ESTRUCH ESTRUCH, *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 64 y ss.; DíEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial-IV: Las particulares relaciones obligatorias*, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 393.

en relación con la prueba del defecto. El criterio judicial ha considerado que los defectos de construcción que se manifiestan en el plazo de garantía son originarios. También merece una referencia especial la jerarquía que ha establecido la jurisprudencia entre los remedios por incumplimiento. En primer lugar se decide la reparación de los defectos. De esta manera, si el cumplimiento no ocurre a la primera, ocurre a la segunda, para satisfacer *in natura* el interés del acreedor<sup>12</sup>. Sólo si la reparación es difícil o imposible se decide la indemnización por la merma de utilidad (piscina que no tiene las dimensiones convenidas) o, en su caso, la resolución del contrato<sup>13</sup>. Sin embargo, en el Código civil no existe una regulación especial de la imposibilidad económica ni de la excesiva onerosidad de la prestación. Ni tampoco existe una doctrina jurisprudencial clara. Por ello la vía ha sido acudir al concepto de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones y la consecuencia ha sido considerar que, en determinadas circunstancias, es contrario a la buena fe exigir el cumplimiento exacto (art. 1258 CC).

La doctrina y la jurisprudencia han considerado con un criterio mayoritario que el sistema de responsabilidad por incumplimiento del contrato de obra sigue anclado en tradición de la responsabilidad por culpa, pero se inclinan por admitir una distribución característica de la carga de la prueba que tenga que hacerse. Si el demandante demuestra el incumplimiento del contrato de obra, se presume que ello ha sido debido a culpa del contratista. Se produce de esta manera una inversión de la prueba de la culpa, de manera que tiene que ser el contratista que pretende ser exonerado de responsabilidad quien tenga que probar el empleo de la diligencia que presta.

Para comprender realmente qué ha ocurrido en la responsabilidad por los defectos de construcción hay que considerar el criterio de la jurisprudencia sobre la diligencia exigible en el cumplimiento de la obligación. El contratista debe realizar unas medidas y cuidados extremos para realizar el resultado que exige el contrato. De esta manera, con una referencia tan estricta sobre la diligencia, el deudor casi nunca consigue demostrar que ha actuado de la forma adecuada. El criterio judicial encuentra con facilidad en casi todos

---

<sup>12</sup> El Proyecto de Ley 121/000043 (BOCG, 12 de abril de 1994) que pretendía modificar la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra contemplaba una solución bien distinta y establecía la posibilidad de que, ante la existencia de vicios o defectos de los que debe responder el contratista, el comitente pudiese optar *entre rebajar una cantidad proporcional del precio o exigir que aquéllos sean corregidos por el contratista; en este caso, y si no los corrige en el plazo prudencial, después de haber sido requerido, o si la reparación no admite demora, podrá hacerlo el comitente con cargo al contratista* (art. 1594).

<sup>13</sup> ESTRUCH ESTRUCH, *op. cit.*, pp. 423-451.

los casos un error, falta o culpa que, aunque sea muy leve, impide la prueba liberatoria de la responsabilidad. Cabría pensar, incluso, que el criterio judicial actúa a veces con un pensamiento aprendido que decide primero una relación intuitiva entre los defectos de construcción y la responsabilidad del contratista. Ocurre como si existiese una sospecha automática de responsabilidad cada vez que la obra tiene defectos<sup>14</sup>. A continuación este criterio se reviste con una referencia formal y abstracta sobre la culpa del deudor que, en realidad, es paja de relleno que no aporta nada a la razón de decidir y sólo sirve para que el criterio de la responsabilidad ocurra de manera pacífica, sin levantar sospechas de modernidad.

Bastaría con seguir un poco más por este camino que ha abierto la jurisprudencia y podríamos justificar directamente la responsabilidad por incumplimiento del resultado. Cabe pensar que los defectos que son originarios –que estaban latentes en el momento de la entrega– están relacionados normalmente con el proceso de construcción que el contratista debe organizar y controlar. O dicho lo mismo con otras palabras, el cumplimiento del resultado que exige el contrato es por cuenta del contratista y si ocurren fallos, vicios o defectos de construcción que enturbian la prestación, este problema computa automáticamente en la cuenta de la responsabilidad del contratista como un riesgo característico asumido en el lote del contrato<sup>15</sup>. Desde la perspectiva en la que nos hemos situado aquí, para exonerarse de la responsabilidad, el contratista tendría que probar que el daño en la obra ha ocurrido por causas que son ajenas por completo al proceso de construcción o de realización de la obra.

La prueba de la exoneración de responsabilidad como carga del deudor es la misma regla que en línea de principio rige en el proceso civil: el demandante tiene la carga de probar los hechos que, según las normas aplicables, son constitutivos de las pretensiones de la demanda y el demandado tiene que probar los hechos que *impiden, extinguen o enervan* la eficacia jurídica de aquellos otros (art. 217 Ley Enjuiciamiento Civil). Esta regla interpretada en relación con los criterios de responsabilidad que hemos explicado permite considerar que el comitente tiene una situación muy ventajosa en el proceso para defender sus derechos y obtener los remedios característicos por incumplimiento: simplemente tiene que demostrar que el resultado no es conforme con el contrato y, de esta manera, con la referencia de un hecho objetivo –sin necesidad de

<sup>14</sup> Con muchas referencias en detalle sobre la jurisprudencia puede consultarse ESTRUCH Y ESTRUCH, *op. cit.*, pp. 64 y ss.

<sup>15</sup> ORTI VALLEJO, «La responsabilidad civil en la edificación», en *Tratado de Responsabilidad civil-II*, coord. Reglero Campos, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1140-1141.



valoraciones subjetivas y difíciles de concretar sobre la culpa del deudor—, el sistema de responsabilidad empieza a funcionar a su favor. Y, para detener esta inercia, el contratista tiene que probar el hecho que ocasiona la imposibilidad de la prestación y el carácter extraño a su círculo o ámbito de control (hecho impeditivo de la responsabilidad).

La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, ha establecido precisamente un sistema de responsabilidad de estas características: los agentes de la edificación responden por los daños materiales en el edificio ocasionados por los defectos de construcción que se manifiestan en los plazos de garantía establecidos en la Ley. *Las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de edificación, si se prueba que aquellos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño* (art. 17 LOE).

Finalmente, para terminar de comprender esta evolución del contrato de obra, cabe considerar que la relación que ha establecido la jurisprudencia entre el cumplimiento defectuoso de la obra y la responsabilidad por incumplimiento está muy próxima a la idea de *conformidad de los productos con el contrato* que actualmente sostiene la estructura de la venta de bienes de consumo<sup>16</sup>. Más concretamente cabe pensar que el punto de encuentro es la prestación debida (*Leistung*) pensada desde una doble perspectiva: el comportamiento debido por el deudor (*Leistungshandlung*) y la satisfacción del interés del acreedor (*Leistungserfolg*)<sup>17</sup>. Evidente-

<sup>16</sup> La noción de conformidad del bien con el contrato proviene del *common law* y siguiendo esta tradición se ha producido un desarrollo importante del concepto en el Derecho internacional: el art. 35 del Convenio de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías (CV) marcó un momento muy importante en el proceso de modernización del contrato de compraventa. La tradición romanista sobre los vicios ocultos fue sustituida por el concepto de conformidad de los bienes de tradición anglosajona. El art. 2.1 de la Directiva 1999/44/CE ha considerado asimismo el concepto de conformidad como base de la estructura de la venta de bienes de consumo. Precisamente la necesidad de transponer esta Directiva proporcionó al Gobierno alemán la oportunidad de llevar a cabo una reforma más profunda de la regulación del contrato de compraventa y muchas de las soluciones particulares se han regularizado como el Derecho general obligaciones y contratos. El Derecho español también ha transpuesto la Directiva. Primero fue la Ley 23/2003 de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo y después esta ley fue incorporada en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (2007). Concretamente el art. 116 TRLGCU desarrolla el concepto de conformidad de los bienes con el contrato de compraventa. Seguramente este concepto va a influir también de manera importante en el proceso de reforma del Código civil español en materia de obligaciones y contratos. Para un completo análisis sobre la transposición de la Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo en los Estados miembros de la Unión Europea, puede consultarse MANSEL, «Kaufrechtsreform in Europa und die Domagatik des deutschen Leistungstörungsrechts», (2004), 204 *Archiv für die civilistische Praxis*, pp. 408 y ss.

<sup>17</sup> DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 244.

mente, si la obra tiene defectos, no se cumple el resultado según el contrato (falta de conformidad de la prestación) y existe incumplimiento desde la perspectiva del interés del acreedor.

La jurisprudencia más reciente ha generalizado el criterio sobre el cumplimiento defectuoso también en relación con las obras muebles y las obras inmateriales<sup>18</sup>. Esta tendencia de la práctica ha sido considerada asimismo por la doctrina<sup>19</sup>. Hay que precisar que para justificar la responsabilidad por cumplimiento defectuoso rigen las reglas generales de las obligaciones. No existe un plazo especial de garantía y el comitente tiene que demostrar que los defectos son originarios –que existían en el momento de la entrega, aunque se manifiestan con posterioridad–. El plazo de prescripción de la acción es de 15 años según la regla general de las obligaciones personales (art. 164 CC).

En el ámbito de la realización de obras muebles hay que considerar un orden especial si el comitente es un consumidor y existe un *contrato de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse*. El artículo 115 TRLGDCU incluye este supuesto en el ámbito de aplicación de la regulación de las ventas de bienes de consumo<sup>20</sup>. Este orden permite justificar el concepto de conformidad de la prestación y los remedios característicos por incumplimiento también en relación con los defectos de construcción (arts. 114-127 TRLGCU).

En fin, si se analizan despacio las tendencias de la doctrina y de la jurisprudencia, se pueden descubrir ciertos indicios de modernización de la responsabilidad por incumplimiento en el contrato de obra. Las leyes especiales que hemos mencionado establecen tam-

<sup>18</sup> Existe una jurisprudencia significativa en todos los ámbitos económicos y profesionales: los tribunales han considerado que el contrato que tiene por objeto la reparación de un vehículo es un contrato de obra que obliga a realizar el resultado concreto de la reparación: si el deudor no realiza adecuadamente esta prestación, existe cumplimiento defectuoso y el acreedor puede exigir los remedios característicos por incumplimiento (SAP Teruel de 20 de febrero de 2007 AC/2007/1275). El contrato es también de obra si el deudor se obliga a cambio de precio a realizar un programa de ordenador con las utilidades y funciones concretas según el encargo que ha realizado el cliente. Los defectos de funcionamiento del programa han sido considerados cumplimiento defectuoso y el cliente ha obtenido los remedios característicos por incumplimiento (STS de 17 de mayo de 2003 RJ 72003/3817). El contrato de realizar una maquinaria por encargo a cambio de precio, según las necesidades del cliente que se especifican expresamente en el contrato, ha sido considerado un contrato de obra. Hay que considerar el incumplimiento si la máquina tiene defectos o vicios y el resultado no es conforme con el contrato (STS de 13 de diciembre de 2002 RJ/2003/375: máquinas de fábrica de algodón-Togo). Por el contrario el criterio judicial ha considerado que el contrato que tiene por objeto la fabricación de una maquinaria según un modelo estándar de referencia que ofrece la empresa (modelo MF-H-5000) es un contrato de compraventa (STS de 5 de junio de 2008 RJ/2008/3210).

<sup>19</sup> Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 670.

<sup>20</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, que aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.



bién pequeñas avanzadillas de la regulación legal en ámbitos particulares de la contratación de obras. Sin embargo, un pensamiento coherente y sistemático lleva necesariamente a una reforma del Código civil que establezca un concepto general del incumplimiento que comprenda normalmente el supuesto de cumplimiento defectuoso. También es necesaria una regulación del contrato de obra que considere las particularidades de la responsabilidad por los defectos de construcción y que sirva de referencia para explicar y desarrollar las leyes especiales sobre la materia. Y todo ello debe ocurrir con cierta urgencia para liberar a los jueces de la pesada tarea que llevan realizando durante mucho tiempo que prácticamente se ha convertido en el arte de remediar las carencias del Código civil escribiendo sentencias.

## 2.2 La responsabilidad por culpa en los contratos de servicios

El criterio judicial ha decidido reiteradamente que el deudor que compromete la prestación de un servicio responde por culpa. Esta regla es, en realidad, una consecuencia de la naturaleza de la obligación que debe realizar el deudor para cumplir. El modo de configurar la prestación decide también la forma de considerar el incumplimiento. El deudor está obligado a realizar una actividad con diligencia. El envés de esta idea significa que la violación de la regla de diligencia es incumplimiento de la obligación. Por lo demás, rige la regla general de la distribución de la carga probatoria de las obligaciones contractuales y el acreedor demandante tiene que probar el incumplimiento como presupuesto de la responsabilidad contractual. La particularidad de la responsabilidad ocurre porque la prueba del incumplimiento significa justamente la prueba de la culpa. En este sentido se habla de responsabilidad por culpa con fundamento en la regla general del artículo 1104 CC.

La jurisprudencia sobre la materia ha sido especialmente significativa en el ámbito de las prestaciones contractuales de los médicos.

STS de 25 de junio de 2003 R. 4261: *La obligación médica, según reiterada doctrina de esta Sala, se concreta en proporcionar al enfermo los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y de la denominada lex artis ad hoc, es decir, tomando en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que tenga lugar. Asimismo, que la obligación contractual o extracontractual del médico es una obligación de medios y en la valoración de su conducta queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere tampoco la inversión de la carga de la prueba de la culpa, estando a*

*cargo del paciente o familiares la prueba de la culpa y la relación o nexo de causalidad, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico por lo que no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer y probar la culpa del demandado*<sup>21</sup>.

El criterio judicial sobre la responsabilidad por culpa ha sido general en todos los ámbitos de la contratación de servicios profesionales<sup>22</sup>. Los abogados, los arquitectos y en general los profesionales que comprometen la prestación de un servicio responden por culpa. El criterio de la doctrina se ha desarrollado en el mismo sentido y se han repetido las mismas ideas sobre la responsabilidad por culpa.

La valoración subjetiva del comportamiento del deudor en términos de culpa significa normalmente una dificultad mayor que la consideración objetiva sobre el incumplimiento de un resultado y desde esta perspectiva existe una particularidad importante de orden práctico que distingue el contrato de servicios en relación con el contrato de obra.

### 2.3 La responsabilidad por incumplimiento en el Derecho alemán

Para comprender el orden jurídico de las prestaciones de hacer en el Derecho alemán hay que tener en cuenta, en primer lugar, el trato distinguido que mereció el contrato de obra en la codificación alemana (1900). Hay que destacar, en particular, la intuición del legislador alemán para considerar el problema de los vicios o defectos ocultos de las obras como un supuesto característico de incumplimiento del contrato que aparece diferenciado en el trato del régimen de las acciones de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa<sup>23</sup>. Más concretamente, hay que destacar que el comi-

<sup>21</sup> También, entre otras muchas, las SSTs de 12 de marzo de 1999-RJ 1999/2252, de 13 de abril 1999-RJ 1999/2611, de 14 de abril 1999-RJ 1999/2615.

<sup>22</sup> NAVARRO FERNÁNDEZ/ALONSO PÉREZ, «Comentario de los arts. 1584-1587 CC», *Jurisprudencia Civil Comentada Código Civil-III*, 2.ª ed., dir. Pasquau Liaño, Granada, 2009, pp. 3198 y ss.

<sup>23</sup> Como se sabe el codificador alemán arrastró la tradición romanista sobre la responsabilidad por vicios ocultos en el contrato de compraventa y generalizó un orden pensado históricamente para la venta de esclavos y ganado para todo tipo de ventas (§ 459 ss BGB). Evidentemente un régimen de estas características no ofrecía respuestas adecuadas para organizar el problema de los vicios o defectos ocultos en las ventas que tenían por objeto cosas genéricas y el vendedor no disponía de una segunda oportunidad de ganarse el precio de adquisición eliminando o corrigiendo el vicio. Para males mayores el comprador tampoco estaba suficientemente protegido con la responsabilidad por vicios ocultos: por una parte, sólo podía exigir la indemnización de los daños y perjuicios en casos muy particulares cuando el objeto vendido no tenía las cualidades prometidas o bien cuando el vendedor había ocultado dolosamente la existencia del vicio (§ 463 BGB versión anterior a la reforma de 2001). Por otra parte, estaba la limitación temporal de las pretensiones sobre

tente tenía derecho a reclamar el cumplimiento *in natura*, es decir, la reparación o la corrección del defecto (§ 633-II BGB). Esta decisión legislativa debe entenderse en relación con el argumento sobre las posibilidades del contratista de controlar el problema del incumplimiento porque tiene normalmente la habilidad y los instrumentos necesarios para reparar los defectos.

La Ley de Modernización del Derecho de obligaciones (2001) ha desarrollado asimismo algunos aspectos esenciales del contrato de obra<sup>24</sup>. El concepto de vicios ocultos se ha desdoblado para tratar el problema desde todas las perspectivas jurídicas. El concepto de vicios materiales se describe como el envés del cumplimiento del resultado de conformidad con el contrato: *la obra está libre de vicios materiales si ésta posee las cualidades convenidas o, en otro caso, es idónea para lo previsto en el contrato y de no ser así es idónea para el uso habitual* (§ 633-II BGB). El legislador ha considerado también una ficción jurídica y *la realización de una cosa distinta a la encargada o de menor cantidad* se ha considerado como un vicio material (§ 633-II BGB). Ocurre como si se quisiera considerar un concepto amplio de incumplimiento por falta de conformidad de la prestación y todo ello se ha regulado bajo la idea de vicio material. Por otra parte, se establece una definición novedosa de los vicios jurídicos: *La obra está libre de vicios jurídicos si un tercero no puede hacer valer frente al comitente derecho alguno sobre la obra o únicamente los derechos que derivan del contrato* (§ 633 III BGB).

La Ley de Modernización del Derecho de obligaciones ha reformado también de forma esencial la parte general del Código civil en materia de obligaciones y contratos. Una de las novedades más significativas de la reforma ha sido un concepto general de incumplimiento por lesión del deber (§ 280 ss. BGB). Esto significa que el régimen general de los contratos y el régimen especial del contrato de obra están ahora más cerca entre sí. Ello va a facilitar seguramente la tarea de explicar y desarrollar el régimen de la responsabilidad por los defectos de construcción. De todas maneras,

---

vicios ocultos: seis meses, si se trataba de bienes muebles; y un año, para los bienes inmuebles (§ 477 versión anterior a la reforma de 2001). El *dies a quo* quedaba fijado en el momento de la entrega (bienes muebles) o de la transmisión (bienes inmuebles) y por ello ocurría con frecuencia que cuando el defecto se manifestaba el comprador normalmente ya no tenía acción para reclamar. Todas estas cuestiones fueron problemáticas y el criterio judicial ha tenido que forzar en muchos casos el sentido de las normas legales para alcanzar una solución más práctica sobre la responsabilidad por incumplimiento. La Ley de Modernización del Derecho de obligaciones ha realizado una reforma muy profunda del contrato de compraventa y la tradición anterior ha sido sustituida por un modelo basado en el principio de conformidad de la prestación.

<sup>24</sup> Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts de 26 de noviembre de 2001, BT Drucks. 14/6040.

el interés del comitente está especialmente protegido por remedios adicionales por incumplimiento como la minoración del precio y la autoejecución (§ 637-638 BGB).

Para comprender con más detenimiento el régimen de responsabilidad en el contrato de obra debemos aprender también la importancia que tiene en el Derecho alemán la relación sistemática entre los parágrafos 241 y 362 BGB y considerar de igual manera el desarrollo característico del concepto de prestación (*Leistung*) desde una doble perspectiva: el comportamiento debido por el deudor (*Leistungshandlung*) y la satisfacción del interés del acreedor (*Leistungserfolg*). Estas ideas significan una modernización del derecho de crédito. La tesis tradicional había considerado fundamentalmente el derecho del acreedor a obtener un comportamiento del deudor. Esta perspectiva recibió los embates de una corriente de pensamiento que puso de relieve cómo del derecho de crédito no consiste propiamente en que el deudor adopte un comportamiento, sino en que el interés del acreedor se vea satisfecho en relación con este comportamiento<sup>25</sup>. Ello ha permitido aprender de mejor manera el significado de otros aspectos importantes del régimen jurídico de las relaciones obligatorias como la finalización de la obra en lugar de la recepción (§ 646 BGB) o el supuesto de la imposibilidad de cumplir que ha sido considerada como una imposibilidad de realizar el interés del acreedor a través del comportamiento del deudor (§ 275 BGB). Asimismo la doble perspectiva de la prestación ha permitido comprender las reglas sobre el lugar y el tiempo de cumplimiento desde la perspectiva del interés del acreedor y de satisfacción de sus expectativas contractuales (§ 269-271 BGB).

Por otra parte, en los contratos de servicios, el deudor cumple si realiza la prestación de hacer de forma diligente. El cliente contrata normalmente la prestación de un servicio para realizar unos intereses particulares. Pero estos intereses no son objeto de la prestación debida, no se comprometen en el contrato. El deudor cumple si realiza la actividad en sí misma considerada con la diligencia adecuada. La jurisprudencia ha desarrollado estas ideas desde dos perspectivas distintas. Como criterio básico ha considerado el comportamiento que debe realizar el deudor para cumplir. Además de ello, la medida de la diligencia ha sido valorada con mucho rigor y de forma muy profesional para facilitar que el cliente realice tanto mejor la finalidad que subyace en la contratación del servicio. En este sentido cabe considerar un modelo finalista de la diligencia

<sup>25</sup> WIAECKER, «Leistungshandlungen und Leistungserfolg in Bürgerlichen Schuldrecht», en *Festschrift für Hans Karl Nipperdey*, I, 1965, pp. 783-812.

según el encargo que ha realizado el cliente. Más concretamente el § 242 BGB ha permitido elevar el estándar de la diligencia *según las exigencias de la buena fe* en el sentido que hemos explicado.

### III. LA EVOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE OBRA Y SERVICIOS

#### 1. EL RELATIVISMO DE LA DISTINCIÓN ENTRE LAS OBLIGACIONES DE RESULTADO Y DE MEDIOS

La distinción entre las obligaciones de resultado y de medios no ocurre siempre con la misma facilidad en todos los casos. No hay problema alguno si el contrato establece de forma expresa que el profesional se obliga a realizar un resultado y además este resultado está suficientemente determinado. Pero con frecuencia el contrato no dice claramente esta obligación o no expresa claramente qué tipo de resultado debe realizar el deudor para cumplir. Las prestaciones de hacer pueden ser muy variadas y tienen una elasticidad especial para adaptarse a las exigencias características de cada sector económico y de la contratación de servicios. Una misma actividad profesional puede significar, en unos casos, una obligación de medios y, en otras circunstancias, una obligación de resultado. No debe extrañar por ello que la cuestión fundamental que se discute en los procesos judiciales que tienen por objeto las prestaciones de hacer es precisamente la naturaleza de la obligación que debe realizar el profesional para cumplir. Se trata, en definitiva, de un problema de interpretación de la voluntad de las partes. El control de la realización del resultado constituye un indicio o criterio de interpretación muy importante para distinguir la naturaleza de la obligación.

El cliente que contrata una prestación de hacer por encargo espera obtener normalmente una finalidad o utilidad como resultado de esta prestación. Las posibilidades del deudor para obtener este resultado no son las mismas en todos los casos y depende de un número importante de factores que tiene que controlar y organizar. En este sentido parece razonable considerar por tendencia la obligación de realizar un resultado concreto y determinado si el deudor puede controlar normalmente con su organización profesional o empresarial otros resultados de las mismas características o similares. En este mismo orden de ideas la dificultad que tiene el deudor de realizar el resultado constituye un indicio en sentido contrario para considerar una obligación de medios o de diligencia.

El criterio debe ser el mismo si el resultado depende de circunstancias ajenas a la esfera de actuación y organización del deudor. Para expresar esta idea el criterio judicial hace referencia con frecuencia a la *aleatoriedad del resultado* y decide con este criterio que la obligación que asume el médico es una obligación de medios o de diligencia: *en cuanto dada la naturaleza humana y los límites de la Medicina no siempre se consigue de modo pleno la curación o recuperación del paciente*<sup>26</sup>. En un sentido similar parece razonable considerar por tendencia una obligación de medios si la obtención del resultado depende de forma esencial de la participación activa del propio cliente que ha realizado el encargo<sup>27</sup>. En este caso se podría decir que el cliente controla los riesgos del resultado.

Estos criterios de interpretación tienen pleno sentido desde el punto de vista del análisis económico del contrato. La decisión de contratar consiste en esencia en un cálculo de los costes y los beneficios en relación con los riesgos de la actividad de cumplimiento. En este sentido cabe entender que el deudor no tiene razones para asumir la obligación de realizar un resultado si no puede «controlar» normalmente la realización efectiva del mismo. Estas ideas también tienen sentido desde la perspectiva del aseguramiento de las actividades. El deudor no puede «comprar» un seguro a precio competitivo si no puede controlar el riesgo asegurado.

Algo muy parecido se puede decir desde la perspectiva del cliente en relación con las expectativas que pudiera tener en el momento de contratar de obtener un resultado concreto. También en este caso las expectativas del cliente están en relación con el control que el profesional puede ejercer *razonablemente* sobre la realización del resultado.

La distinción entre las obligaciones de medios y de resultado se complica todavía más en la práctica cuando el cumplimiento exige actividades muy variadas, incluso, resultados relativos para realizar plenamente la diligencia exigible. En estos casos hablamos de *resultados relativos* porque la finalidad o interés principal que el cliente pretender obtener con la prestación del servicio no está en juego en la obligación de diligencia. La actividad de diagnóstico y tratamiento de la enfermedad de un paciente exige en muchos casos realizar una radiografía o un análisis de sangre que pueden consi-

---

<sup>26</sup> Sobre la aleatoriedad del resultado de la prestación, más ampliamente, LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico*, Madrid, 1988, pp. 73 y ss.; LOBATO GÓMEZ, «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado», *Anuario de Derecho Civil*, 1992, pp. 651 y ss.; JORDANO FRAGA, «Obligaciones de medios y obligaciones de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *Anuario de Derecho civil*, 1991, pp. 5 y ss.

<sup>27</sup> CERVILLA GARZÓN, *La prestación de servicios profesionales*, Valencia, 2001, pp. 122.

derarse resultados de una actividad. Pero todavía hay que precisar este criterio y considerar que, en este tipo de relaciones jurídicas, la finalidad o resultado principal que persigue el paciente es la curación de la enfermedad. La realización efectiva de este resultado principal no puede ser controlado de forma definitiva por el profesional y por lo mismo hay que entender que la obligación que asume el profesional es de medios o de diligencia. En la práctica hay que poner especial cuidado para distinguir el objeto principal del contrato en las circunstancias del caso concreto en el sentido que hemos explicado sobre el control de los riesgos de las actividades económicas. La idea de obligación de resultado ha servido para justificar los riesgos de la actividad de cumplimiento de las prestaciones de hacer que están dentro del contrato en el lote de la prestación debida y la idea de obligación de medios o de diligencia para excluir del contrato aquellos riesgos de la prestación de hacer que el deudor no puede *normalmente* controlar y corren por cuenta del cliente.

Por otra parte, las diferencias de régimen jurídico entre las obligaciones de medios y de resultado tampoco son definitivas como si realmente existiesen dos sistemas totalmente distintos de responsabilidad por incumplimiento. Se pueden considerar algunos puntos de vista que moderan significativamente el alcance absoluto de la distinción y en particular existen algunos indicios bastante claros de una avanzadilla de las obligaciones de medios hacia el lado de las obligaciones de resultado.

Prácticamente se puede hablar de una tendencia a objetivar la responsabilidad por culpa. El criterio judicial valora de forma muy estricta las obligaciones profesionales y el deudor, para cumplir, debe realizar todas las medidas y cuidados que exija la naturaleza de la obligación en las circunstancias del caso concreto *hasta el agotamiento de la diligencia*. Este criterio de valoración significa una responsabilidad por culpa muy rigurosa. La prueba del error o de la falta más leve en la actividad de cumplimiento justifica la responsabilidad del deudor. Se podría hablar de *culpa profesional* para señalar este punto de vista. Incluso, en determinados ámbitos profesionales, la jurisprudencia ha decidido la inversión de la prueba de la culpa si el daño es tan desproporcionado que habla por sí mismo de la existencia de culpa. De esta manera la carga de la prueba se desplaza hacia el demandado que, para exonerarse de responsabilidad, tiene que probar que el daño ha sido debido a una circunstancia distinta de la inobservancia de la *lex artis*, es decir, tiene que identificar otra causa<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> STS de 17 de junio de 1989 RJ 1989/4696.



Si sumamos tendencias y consideramos conjuntamente la inversión de la prueba de la culpa y la tendencia a considerar de forma muy estricta la diligencia exigible en el cumplimiento de los servicios, obtenemos una responsabilidad muy reforzada que prácticamente funciona como una obligación de resultado: los daños y perjuicios que reclama el acreedor deciden la responsabilidad del deudor y difícilmente ocurre la prueba liberatoria de responsabilidad porque el listón de la diligencia se ha colocado bien alto.

La evolución de los criterios de la responsabilidad se manifiesta también en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. El artículo 148 TRLGDCU<sup>29</sup> establece una responsabilidad objetiva en relación con determinadas prestaciones de servicios que exigen obligaciones características de prevención y control de los riesgos de las actividades profesionales para la seguridad de los usuarios. El nivel de la seguridad exigible se coloca bien alto en la práctica jurídica y por tendencia el prestador del servicio asume directamente los daños que sufre el usuario en el ámbito de la actividad profesional. Se podría decir que la jurisprudencia distingue daños típicos o normalmente vinculados con la actividad profesional y el daño habla por sí mismo del incumplimiento de los niveles de seguridad que exige la naturaleza del servicio.

El régimen de responsabilidad en el contrato de obra se puede pensar también de dos formas distintas. Cabe entender una responsabilidad con inversión de la prueba de la culpa y el contratista puede exonerarse de responsabilidad si prueba que ha actuado con diligencia. Desde esta perspectiva habría que decir que la responsabilidad sigue anclada en la idea tradicional de culpa. O cabe entender que el deudor responde directamente de los riesgos relacionados con el cumplimiento de la obligación y sólo se exonera de responsabilidad si demuestra que los daños que reclama el acreedor han sido ocasionados por un evento que es ajeno por completo a la actividad de cumplimiento o de realización de la obra. Desde este punto de vista la responsabilidad funciona con criterios objetivos. En esencia este punto de vista consiste en una distribución de la responsabilidad: los riesgos característicos relacionados con el cumplimiento de la obligación deciden la responsabilidad del contratista y los eventos dañosos que pudieran llamarse *cause étrangère* son liberatorios de la responsabilidad. De todos modos hay que precisar que las diferencias entre una y otra justificación de la responsabilidad del deudor son más aparentes que reales. A medida

---

<sup>29</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios («BOE» de 30 de noviembre de 2007).



que el criterio judicial sobre la diligencia se hace más riguroso se van acortando las distancias de orden práctico con el criterio de la responsabilidad objetiva. Todo es cuestión de estirar convenientemente la medida de la diligencia exigible y la responsabilidad por culpa puede coincidir prácticamente con los riesgos característicos de la actividad de cumplimiento

Estos planteamientos ponen de relieve que la justificación dogmática de la distinción entre las obligaciones de medios y resultado es más endeble de lo que a primera vista puede parecer. En esta línea de pensamiento se han propuesto conceptos intermedios de las obligaciones de hacer. Se habla de *obligaciones de medios reforzadas* y de *obligaciones de resultado atenuadas* para los casos en que existe inversión de la prueba de la culpa y los contratos de obras y de servicios llegan a un punto común en la responsabilidad por incumplimiento<sup>30</sup>.

## 2. LAS NUEVAS MODALIDADES DE LA CONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS

Para entender lo que ocurre en la realidad hay que considerar la diversidad de los contratos que van surgiendo en la práctica. Los modelos tradicionales de las obligaciones de hacer van adquiriendo matices peculiares según las cambiantes necesidades económicas. En algunos casos el criterio judicial ha considerado versiones modernas de los contratos de obras y servicios. Por ejemplo, el contrato de cirugía estética ha sido considerado un contrato de obra con características peculiares. En otros casos, los tribunales han seguido un criterio más flexible sobre los contratos atípicos que adquieren un significado propio por una reiteración o una frecuencia en orden a su aparición como fenómeno social. En estos casos, no importa tanto la calificación tradicional del contrato, de obra o de un servicio, y lo más relevante es decidir las particularidades que distinguen un modelo de contrato que se repite en la práctica. Ocurre como si se estuviese considerando una categoría muy amplia que tiene por objeto las prestaciones de hacer a cambio de una remuneración y después esta categoría general se va diversificando en grupos de contratos cada uno de ellos con un sello propio. De esta manera se puede hablar de tipicidad social para hacer referencia a los contratos que tienen por base las concepciones dominantes en la realidad social de una época y que se individualizan por obra de la doctrina y la jurisprudencia.

<sup>30</sup> TRIGO GARCÍA, *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Granada, 1999.

La cuestión principal que se discute en la práctica judicial es la naturaleza de la obligación que está en juego: si el profesional está obligado a realizar un resultado concreto o meramente está obligado a prestar una actividad con diligencia. Por otra parte, el contrato puede tener por objeto una prestación de hacer de tracto sucesivo o de tracto único<sup>31</sup>. Estos criterios deben adaptarse a las peculiaridades de cada sector económico y profesional. Es frecuente que la prestación de un servicio se contrate para un plazo de tiempo determinado o por tiempo indefinido<sup>32</sup>. La prestación de una obra consiste normalmente en una prestación de tracto único. Pero estos criterios no son definitivos y se conocen variantes según los usos sociales. Determinados servicios se suelen contratar para una prestación de tracto único (una sesión de masajes o de peluquería y la asistencia jurídica para un asunto concreto) y determinadas obras se contratan para resultados continuados en el tiempo.

La retribución o el precio de los servicios se suele determinar por unidades de tiempo. Pero a veces el servicio se contrata a tanto alzado o por comisión en relación con los beneficios económicos obtenidos por el cliente con la utilidad del servicio. Las partes contratantes pueden, incluso, decidir la combinación de varias modalidades de pago al mismo tiempo. Algo parecido ocurre en relación con la contratación de una obra y, aunque es bastante usual el precio a tanto alzado, se conocen otras prácticas como la determinación del precio por unidades de tiempo, el precio fraccionado por entregas parciales o la fijación del precio por *administración o economía* y la retribución se fija en un porcentaje del presupuesto total de la obra.

Se ha señalado que el contratista puede decidir normalmente con mucha independencia la forma de organizar el cumplimiento de la prestación debida<sup>33</sup>. Incluso puede subcontratar la ejecución de la obra con otra empresa que actúa con independencia funcional, sin perjuicio de la responsabilidad contractual por hecho ajeno (art. 1596 CC). Es preciso tener en cuenta que este criterio de interpretación es relativo y actualmente ocurre una tendencia generalizada hacia la especialización de las actividades profesionales. Las prestaciones de hacer requieren con carácter general una actividad muy cualificada y los servicios y las obras se realizan de igual

<sup>31</sup> ÁLBACAR LÓPEZ, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. V, p. 1146.

<sup>32</sup> BUSTO LAGO, «El contrato de arrendamiento de servicios», en *Tratado de Contratos*, T. III, director Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, 2009, pp. 2904.

<sup>33</sup> Gete Alonso y Calera ha defendido esta opinión. Entiende que en el contrato de arrendamientos de servicios la actividad aparece planificada por el cliente y el prestador del servicio es un mero auxiliar que ejecuta una actividad ajena; en cambio, el contratista de una obra actúa con plena independencia técnica (*Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1978).

manera con una independencia profesional muy parecida<sup>34</sup>. Por otra parte, en tiempos anteriores, el cliente contrataba normalmente un servicio *intuitu personae*. Actualmente las cosas han cambiado. Lo que espera el cliente es la prestación de un servicio con diligencia y tiene mucha menos importancia quién ejecuta personalmente la actividad. Es bastante frecuente el ejercicio colectivo de las profesiones<sup>35</sup>. Asimismo el deudor de una prestación de servicios utiliza normalmente auxiliares en el cumplimiento de la obligación, sin perjuicio de la responsabilidad contractual por hecho ajeno.

Todos estos elementos que hemos mencionado se combinan después en la práctica de distintas maneras según las exigencias económicas de cada sector económico y profesional. Van surgiendo así nuevos modelos de contratación que tienen un sello propio. Ha ocurrido que la regulación legal de los contratos de obras y de servicios no ha ofrecido soluciones adecuadas a los problemas de orden práctico y los usos de la práctica han marcado el ritmo de la contratación de las prestaciones de hacer. Y, por lo demás, rigen las reglas generales de las obligaciones y contratos.

### 3. EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES: LAS OBLIGACIONES DE COOPERACIÓN ENTRE LAS PARTES

Si se analiza la jurisprudencia sobre los contratos de obras y de servicios se puede comprender que el criterio judicial ha decidido una relación más estrecha de cooperación entre las partes contratantes. El instrumento para realizar esta razón ha sido fundamentalmente la integración del contrato con deberes de información con fundamento en el artículo 1258 CC. Se plantea, en realidad, un problema sobre la distribución de los riesgos de la información. En este sentido la tendencia de la práctica ha sido decidir que cada parte contratante tiene a su cargo el deber de informar de aquellos hechos que conoce o puede razonablemente conocer y que influyen de manera decisiva en los intereses de la otra parte. Estos deberes de información están justificados tanto en la fase preliminar para que el contrato ocurra sobre una base más realista como en la fase de ejecución de la prestación para que las partes puedan realizar las modificaciones del contrato pertinentes según la información que reciben.

<sup>34</sup> VAQUERO PINTO, *El arrendamiento de servicios*, Granada, 2005, p. 80.

<sup>35</sup> *Ad exemplum* pueden consultarse los artículos 27-29 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, Estatuto General de la Abogacía.

Este proceso ha ocurrido como un desarrollo general en todos los ámbitos económicos y profesionales para favorecer la eficacia de los contratos. Lo que está en juego es que el intercambio de la prestación de un servicio o la ejecución de una obra a cambio de un precio ocurra de la mejor manera para satisfacer «efectivamente» las expectativas de las partes contratantes y no se desperdicien esfuerzos que serían lastres negativos de la lógica del contrato.

Hay que aclarar que el criterio judicial ha sido especialmente estricto en relación con los profesionales y a la par que se ha acentuando el rigor de la diligencia exigible en el cumplimiento del servicio se han desarrollando los deberes de información sobre los riesgos de la contratación que influyen en los intereses del cliente. En este sentido se ha producido un mestizaje característico entre la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones y el criterio de la diligencia profesional (arts. 1258 y 1104 CC).

Finalmente hay que precisar que buena parte de los logros de la jurisprudencia en esta materia han sido aprendidos en ámbitos particulares de la regulación legal de los servicios profesionales<sup>36</sup>.

#### 4. LOS GRUPOS DE CONTRATOS EN LOS DISTINTOS ÁMBITOS ECONÓMICOS Y PROFESIONALES

a) Contratación de servicios médicos: Existe una doctrina jurisprudencial de mucha tradición en relación con la prestación de los servicios médicos y las sentencias repiten, casi a modo de estribillo, el mismo discurso: *dada la naturaleza jurídica de la relación contractual del médico, ésta no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una obligación de medios, es decir, no se obliga a curar al enfermo sino a suministrarle los cuidados que requiere, según el estado actual de la ciencia médica* (STS de 12 de febrero de 1990 R. 677). La relación entre el médico y el paciente debe ser considerada por tendencia un contrato de servicios<sup>37</sup>. Hay que aclarar que la jurisprudencia ha desarrollado un criterio muy estricto sobre la diligencia exigible a los profesionales de la medicina. El médico no solamente tiene que realizar la asistencia médica en sí misma considerada según la *lex artis*. Además de ello, tiene el deber de informar al paciente de forma exhaustiva sobre el diagnóstico, los

<sup>36</sup> Ley 41/2002, de 14 noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*; Real Decreto 658/2001, de 22 junio, Estatuto General de la Abogacía.

<sup>37</sup> Sobre la jurisprudencia sobre la materia puede consultarse, NAVARRO FERNÁNDEZ y ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 3212 y ss.

diferentes tratamientos que son posibles y los riesgos característicos de cada tratamiento y también sobre el material o instrumentos que hay que emplear para realizar el tratamiento. Estos deberes de información han sido definidos, incluso, en normas legales<sup>38</sup>. Y, a mayores, el médico también debe realizar una diligencia especial para mantener en buenas condiciones la salud general del paciente y asimismo prevenir las recaídas de la enfermedad<sup>39</sup>.

El punto de vista general sobre el contrato de servicios entre el médico y el paciente tiene excepciones particulares en relación con determinadas prestaciones médicas que, por sus particularidades, han sido consideradas de forma más estricta y se ha interpretado que el médico está obligado a obtener un resultado concreto para cumplir el contrato. Así, por ejemplo, en relación con la cirugía estética o el tratamiento de odontología para la implantación de prótesis dentarias, se ha considerado que el médico debe realizar el resultado particular que ha sido contratado (SSTS de 11 de febrero de 1997, R. 940, de 24 de septiembre de 1999, R. 7272, de 5 de diciembre de 2006, R. 232]. En algunos casos, la jurisprudencia ha decidido un contrato médico a medio camino entre la obtención de un resultado y la prestación de una actividad con diligencia. Como ejemplo de esta tendencia cabe mencionar la operación de vasectomía que ha sido valorada por la jurisprudencia como una obligación de resultado con características particulares. Se podría decir que es una obligación de resultado rebajada de grado porque se ha tenido en cuenta que existe siempre un margen de riesgos que el médico no puede controlar y, después de la operación de vasectomía, puede ocurrir una *recanalización espontánea del conducto* (STS de 29 de octubre de 2004 R. 7218). En este caso no importa tanto la calificación del contrato, de obra o de un servicio, y ocurre más bien un criterio que incide sobre las características particulares de la prestación que es objeto del contrato.

b) Contratación de los servicios de un abogado: la tendencia general ha sido considerar la relación entre el abogado y su cliente como un contrato de servicios profesionales: el abogado está obligado a prestar asesoramiento o asistencia jurídica a su cliente y debe actuar con la diligencia exigible en las circunstancias del caso

---

<sup>38</sup> Ley 41/2002, de 14 noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*.

<sup>39</sup> Sobre los criterios de la diligencia exigible según la *lex artis* pueden consultarse las siguientes referencias jurisprudenciales que dicen claramente los deberes de cuidado y asistencia médica y asimismo los deberes de información: STS de 25 de abril de 1994 R. 3073, comentada por LLAMAS POMBO: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 36-año 1994, pp. 1011 y ss. En el mismo sentido SSTS de 11 de febrero de 1997 R. 940-7 de mayo de 1997 R. 3874. También cabe señalar las consideraciones de la STS de 5 de diciembre de 2006 R. 2007/232 sobre los deberes morales para el bienestar psicológico del paciente.

concreto (SSTS de 9 de mayo de 2005 R. 4682, 23 de marzo de 2007 R. 1542 y 16 de abril de 2008 R. 4357). El criterio judicial exige una diligencia profesional muy estricta y el abogado debe conocer completamente todas las perspectivas jurídicas del problema para realizar cumplidamente el asesoramiento o la defensa judicial de su cliente. La *lex artis* exige lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, respeto y observancia escrupulosa de las leyes procesales y los indispensables conocimientos de la ley. Asimismo cabe considerar el deber de guardar secreto<sup>40</sup>. El Estatuto de la Abogacía dice claramente estos criterios sobre la diligencia del abogado *en el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y guardando el secreto profesional, atendiendo a las exigencias técnicas, deontológicas y éticas adecuadas a la tutela jurídica del asunto*<sup>41</sup>. El abogado también está obligado a informar al cliente sobre los pros y los contras del proceso judicial, y, en particular, ha de explicar los costes económicos del proceso, la gravedad de la situación y las probabilidades de éxito o fracaso de la reclamación judicial, según las exigencias de la buena fe en las relaciones contractuales (art. 1258 CC). Sin embargo, en términos generales, el abogado no está obligado a obtener un resultado que sea ventajoso para los intereses del cliente. Cumple si realiza la actividad de asesoramiento y defensa jurídica del cliente con la diligencia adecuada. En este sentido, el criterio judicial ha señalado reiteradamente que *la obligación esencial del asesoramiento jurídico es una obligación de actividad o de medios, no de resultado, pues no se obliga a que tenga éxito la acción ejercitada sino a ejercitar ésta de una forma correcta* (STS de 8 de agosto de 2000 R. 3372).

Este criterio evidentemente no es absoluto en la jurisprudencia. Algunas relaciones características entre el abogado y su cliente tienen por objeto la obtención de un resultado concreto y desde este punto de vista hay que considerar un contrato de obra: así, por ejemplo, si el objeto del contrato consiste en realizar un dictamen jurídico o los estatutos de una sociedad o la redacción de un *contrato* (SSTS de 31 de mayo de 1991 R. 3954 y de 28 de enero de 1998 R. 357).

---

<sup>40</sup> El modelo de diligencia exigible en la práctica de la abogacía se puede aprender en las SSTS de 14 de mayo de 1999 R. 3106, 13 de mayo de 1999 R. 6148, 8 de febrero de 2000 R. 842, 12 de diciembre de 2003 R. 9285, 9 de julio de 2004 R. 5121, 14 de diciembre de 2005 R. 2006/1225 y 23 de mayo de 2006 R. 5827. Para un análisis exhaustivo sobre la jurisprudencia en la materia puede consultarse NAVARRO FERNÁNDEZ/ALONSO PÉREZ, «comentarios de los artículos 1584-1587 CC», *Jurisprudencia civil Comentada-III*, dir. Pasquau Liaño, 2.ª ed., 2009, pp. 3198 y ss.

<sup>41</sup> Al respecto, *sobre los derechos y deberes de los abogados en relación con las partes*, pueden consultarse los artículos 42-43 –Real Decreto 658/2001, de 22 junio, Estatuto General de la Abogacía.

La relación obligatoria entre el procurador y el cliente ha sido considerada normalmente como un contrato de servicios profesional. El cumplimiento del servicio debe ajustarse a la diligencia razonablemente exigible según su naturaleza y las circunstancias del caso concreto. La responsabilidad del profesional está justificada por culpa o negligencia (STS de 12 de mayo de 2009 R. 2919).

c) Contratos de arquitectura: Las relaciones entre un arquitecto y su cliente han sido consideradas como un contrato de obra o un contrato de servicios dependiendo de la modalidad de la prestación que, en cada caso, es objeto del contrato. Si el arquitecto se compromete a realizar un proyecto, la tendencia general ha sido evidentemente decidir un contrato de obra en relación con la obligación de obtener un resultado determinado (SSTS de 29 de junio de 1984 R. 3441, 23 de marzo de 1995 R. 2395 y 2 de marzo de 2007 R. 1763). Por otra parte, si el arquitecto se compromete a la dirección y control de la ejecución de una obra, las relaciones profesionales con el cliente se han considerado normalmente, por tendencia, un contrato de servicios (SSTS de 5 de diciembre de 1986 R. 7441 y 18 de mayo de 2007 R. 3116). Sin embargo no existe un criterio uniforme y algunas sentencias han considerado que el contrato de dirección es un contrato de obra (28 de junio de 1995 R. 5314 y 2 de octubre de 1995 R. 6975). Las relaciones entre el profesional y el cliente son a veces muy complejas y tienen por objeto la ejecución de una serie de proyectos y también la dirección de obra. En este sentido, cabría considerar un contrato complejo: *de obra y de realizar un servicio profesional*, al mismo tiempo.

d) La jurisprudencia ha considerado que el contrato de aparcamientos de vehículos en lugares públicos por tiempo determinado a cambio de precio es un contrato atípico que participa de las características de diferentes contratos. Cabe considerar que es un contrato relacionado con el arrendamiento de cosas, el depósito y la prestación de un servicio de seguridad. Para distinguir el objeto de la obligación de seguridad ha sido valorada fundamentalmente la tipicidad social que indica una obligación de custodia y de vigilancia y ello ha propiciado el criterio de la responsabilidad por culpa. Hay que precisar que la diligencia que debe prestar el deudor en la actividad de vigilancia de los vehículos ha sido valorada de forma muy estricta. Desde este punto de vista, la responsabilidad por incumplimiento de los deberes de vigilancia ocurre con mucha facilidad. El criterio judicial aprecia en casi todos los casos una culpa, una falta o un error del deudor que, por muy leve que sea, justifica la responsabilidad por el robo o por los daños en el vehículo. Siguiendo sólo un poco más por esta misma vía, cabría



considerar una responsabilidad objetiva a modo de garantía de la restitución del vehículos sin daños (SSAP de Madrid de 5 de febrero de 2000, AC. 850, de Barcelona de 22 de abril de 2002, AC. 1137). Las tendencias que se han desarrollado en la práctica han sido aprendidas por la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, *reguladora del contrato de aparcamientos de vehículos*.

e) El contrato de hospedaje se ha desarrollado en la práctica jurídica en relación con dos obligaciones características a cargo del empresario hotelero: por una parte, la cesión del uso de una habitación que es una prestación típica del arrendamiento de cosas y, por otra parte, la obligación de custodia de los objetos que el cliente introduce en el hotel que modernamente puede ser considerada como la prestación de un servicio de seguridad. Las medidas de vigilancia y de control que debe realizar el empresario para la custodia de las pertenencias del cliente se consideran con mucho rigor y el nivel de la diligencia exigible se ha colocado también muy alto siguiendo la tendencia general que ocurre en el ejercicio de las actividades profesionales. En este sentido, la jurisprudencia decide con mucha facilidad la responsabilidad por culpa y prácticamente los daños en las pertenencias de los clientes que ocurren en el ámbito del hotel corren por cuenta y riesgo del empresario (SSTS de 10 de julio de 1989 R. 5419 y 15 de marzo de 1990 R. 1696).

f) El contrato de vigilancia de las instalaciones de una obra en construcción ha sido calificado como un contrato de servicios que tiene por objeto *labores de vigilancia y seguridad*. El criterio judicial exige una diligencia profesional estricta en el cumplimiento de las tareas de vigilancia y, más concretamente, el vigilante tiene bajo su responsabilidad la adecuación de servicio que debe prestar en relación con los bienes protegidos, teniendo en cuenta los riesgos a cubrir. En este sentido se decide la responsabilidad por culpa en relación con los daños que ocasiona un incendio que ocurre en una obra en construcción porque el vigilante no adoptó los cuidados ni las medidas de seguridad que eran exigibles en las circunstancias del caso concreto (STS de 17 de marzo de 2011 R. 2883).

g) El contrato de limpieza ha sido calificado como un *contrato* con relaciones jurídicas complejas. Este criterio quiere expresar la idea de un contrato con un sello propio que no se corresponde con la distinción clásica entre la contratación de una obra o un servicio. En este sentido el criterio judicial distingue con especial cuidado el objeto característico de este contrato que es la puesta a disposición de personal, máquinas y materiales para la limpieza (STS de 14 de febrero de 2011 R. 443).

# La responsabilidad por vicios en el contrato de obra del Derecho alemán \*

**Dra. STEFANIE SENDMEYER**

Consejera académica, en calidad de Profesora adjunta/Profesora investigadora, en la Wilhelms-Universität Münster de Westfalia, Instituto de Derecho Internacional Económico, Cátedra del Prof. Dr. Heinrich Dörner, Derecho internacional privado y Derecho civil

## RESUMEN

*En el Derecho de obligaciones alemán hay una serie de disposiciones legales que regulan las obligaciones y derechos del contrato de obra, que es definido como un contrato de servicios en el que el contratista garantiza la obtención un resultado. Este régimen legal determina también las acciones del cliente en caso de que se realice un trabajo defectuoso. Desde que el Derecho de obligaciones fue modernizado en Alemania en 2002, las reglas de la responsabilidad por defectos en el contrato de obra están relacionadas con la estructura del Derecho general de obligaciones e integradas en él. Sin embargo, aún existen diferencias con respecto a las acciones otorgadas y en las condiciones reguladas en la parte general del Derecho de obligaciones. Las siguientes páginas describen la estructura de las reglas del régimen específico de la responsabilidad por la defectuosa ejecución de una obra. Después de un breve resumen de los cambios introducidos por la reforma de 2002, se analizan los presupuestos para el ejercicio de las acciones específicas, centrándose en la definición del término «defecto» y mostrando las distinciones relevantes. A continuación, las diferentes acciones, en concreto la reparación de la obra defectuosa o su sustitución, la autoejecución, la reducción del precio, la resolución del contrato, la acción de indemnización daños y de reembolso de los gastos, que nos muestran, a grandes rasgos, una visión de cómo las acciones se relacionan entre sí. Finalmente, se examina la incidencia de la obligación que tiene el cliente de aceptar la obra ejecutada de conformidad con el contrato. La aceptación marca el momento a partir del cual los derechos del cliente estarán regidos por las reglas de la responsabilidad por defectos en el contrato de obra, pero, al mismo tiempo, puede provocar la pérdida de sus derechos.*

---

\* La traducción ha sido realizada por Rafael Zambrana Kuhn, Profesor Colaborador de la Facultad de Traducción e Interpretación de la Universidad de Granada.

**PALABRAS CLAVE**

*Contrato de obra; modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania; remedios en caso de incumplimiento del contrato de obra; responsabilidad por defectos de la obra; plazo para la subsanación; subsanación; autoejecución; reducción del precio; resolución del contrato; daños; reembolso de gastos; recepción.*

**ABSTRACT**

*In the German law of obligations, there are specific Statutory provisions regulating the duties and rights under a contract to produce a work (Werkvertrag) defined as a service contract in which the contractor guarantees to achieve a certain result. This regime of rules also lays down the remedies of the customer in case the contractor procures a defective work. Since the law of obligations was modernized in Germany in 2002, the rules on the liability of defects (the so-called «werkvertragliche Gewährleistungsrecht») are interrelated with and integrated into the structure of the general law of obligations, but there are still deviations with regard to the remedies granted and conditions set out in the general part of the law of obligations. The following article describes the structure of the specific regime of rules establishing the liability for a defective work. After a brief overview of the changes caused by the reform in 2002, the conditions for the specific remedies are laid out, focusing on the definition of the term «defect» and illustrating relevant distinctions. Following that, the different remedies, namely cure by either repair of the defective work or production of a new non-defective work, self-help (Selbstvornahme), reduction of the price, revocation of the contract, damages and reimbursement of expenses, are characterized in greater detail and with a view as to how they relate to one another. Finally, the impact of the customer's obligation to accept the work produced in conformity with the contract is analyzed. For this acceptance marks the point in time as of which the rights of the customer are governed by the specific rules on the liability of defects, but at the same time may cause the customer to lose these rights.*

**KEYWORDS**

*Contract to produce a work; modernization of the German law of obligations; remedies for breach of a contract to produce a work; liability for defective work; defect, period to be set for cure; cure; self-help; reduction of the price; cancellation of the contract; damages; reimbursement of expense; acceptance.*

SUMARIO: A. *Introducción.*—B. *Modificación fundamental en la estructura de la responsabilidad por vicios mediante la Reforma del Derecho de Obligaciones:* I. Estructura de la responsabilidad por vicios en el Derecho antiguo. II. Concepto fundamental de la responsabilidad por vicios en el nuevo Derecho vigente: 1. Incorporación al Derecho general de obligaciones. 2. Interrelaciones entre el Derecho europeo y la

responsabilidad en el contrato de compraventa.—C. *El vicio como contingencia de la responsabilidad en el contrato de obra*: I. Fundamentos del concepto de vicio en el contrato de obra: 1. Condiciones de calidad. 2. Calidad. 3. Importancia de la funcionalidad para el concepto de vicio. II. Casos asimilados al vicio material.—D. *Los derechos del comitente en caso de vicio*: I. Sistematización de los remedios por vicios-Prevalencia del cumplimiento posterior: 1. Prevalencia del cumplimiento posterior por exigencia de plazo. 2. Prescindibilidad del plazo. II. Los remedios en detalle: 1. Cumplimiento posterior. 2. Autoejecución. 3. Resolución. 4. Minoración. 5. Indemnización de daños. 6. Restitución de gastos.—E. *Importancia de la recepción en el sistema de garantías del contrato de obra*: I. La recepción de la obra como momento determinante en la delimitación entre la garantía por vicios y las disposiciones del Derecho general de obligaciones. II. Condiciones de la recepción. III. Exclusión de la garantía con la recepción incondicional.—F. *¿Hay concurrencia e interrelación entre el Derecho de garantía del contrato de obra y el Derecho general de obligaciones?*—G. *Conclusiones*.

## A. INTRODUCCIÓN

En un contrato de obra, según el § 631 BGB, el contratista (*Unternehmer*) promete la ejecución de una obra y, con ella, el logro de un resultado concreto<sup>1</sup>. En el conjunto de obligaciones de este tipo contractual se incluye, conforme al § 633 BGB, la de que «el contratista debe proporcionar la obra al comitente libre de vicios materiales y jurídicos». Si se incumple esta condición, el comitente dispone de los remedios descritos, desarrollados y, en ocasiones, modificados en los §§ 634 BGB y ss. A continuación estudiaremos la figura de la responsabilidad por vicios en el contrato de obra según el régimen jurídico alemán, en particular, y su relación con las disposiciones generales del Derecho de obligaciones.

## B. MODIFICACIÓN FUNDAMENTAL EN LA ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD POR VICIOS MEDIANTE LA REFORMA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES

El Derecho alemán contempla desde antiguo un régimen especial de responsabilidad por vicios para el caso de que en la ejecu-

<sup>1</sup> Para la descripción más detallada y la diferenciación de otros tipos contractuales v. Schulze.

ción del contrato de obra se produzca un incumplimiento por parte del contratista<sup>2</sup>, es decir, de la parte contratante que ha de ejecutar la obra. La actual configuración de dicho régimen surge de la Reforma del Derecho de Obligaciones y se plasma en el art. 1 apartado 1, números 38 y 39 de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones<sup>3</sup>. Con esta norma el legislador alemán adopta los preceptos contenidos en la Directiva europea sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo<sup>4</sup> y –yendo más allá de lo estrictamente necesario– procede a reformar en profundidad todo el Derecho de obligaciones.

## I. ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD POR VICIOS EN EL DERECHO ANTIGUO

La responsabilidad por vicios derivada del contrato de obra se encontraba recogida, antes de la Reforma, en los §§ 633 a 635 BGB versión antigua (en lo sucesivo, v.a.)<sup>5</sup>. En caso de que la obra presentase vicios, el § 633 apartado 2, inciso 1 BGB (v.a.) garantizaba al comitente y como remedio preferente –a diferencia de lo que ocurre en el Derecho de defensa del consumidor– el derecho a la subsanación del vicio, lo que incluso podía conllevar la repetición de la obra<sup>6</sup>. Si el contratista demoraba dicha subsanación, el comitente podía, según el § 633, apartado 3, BGB (v.a.), llevarla a cabo por sí mismo o encargarla a un tercero y reclamar al contratista los gastos ocasionados. En caso de haber establecido el comitente un plazo razonable para la subsanación del vicio, con la advertencia de rechazar la subsanación una vez expirado dicho plazo, y de no respetar el contratista dicho plazo, el comitente tendría a su favor una pretensión de redhibición, o retroacción del contrato, y reducción, según el § 634, apartado 1, BGB (v.a.). La aplicación inmediata de estos remedios sería posible en caso de resultar prescindible la fijación de un plazo de aceptación, así como «cuando la subsanación del vicio resulte imposible o cuando sea rehusada por

<sup>2</sup> El Derecho alemán emplea el término *Unternehmer* no sólo para designar al contratista de una obra, sino –ante todo– para definir al profesional, empresarial o autónomo, que actúa como contraparte del consumidor; cf. § 14 BGB.

<sup>3</sup> *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001*, BT-DRUCKS. 14/6040, pp. 1 y ss.

<sup>4</sup> Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, Diario Oficial CE 1999, n.º L 171, pp. 12 y ss.

<sup>5</sup> V. más ampliamente: MEDICUS: *Schuldrecht II-Besonderer Teil*, 10.ª ed Munich, 2000, nn.mm. 365 y ss.; RAAB: «Der Werkvertrag», en *Das neue Schuldrecht-Ein Lehrbuch*, eds. Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Heidelberg, 2002, § 9, nota marginal 21 (en adelante, n.m.).

<sup>6</sup> BGHZ 96, 111, 118 y ss.; MEDICUS, n.m. 371.

el contratista, o cuando la exigencia inmediata de redhibición o minoración quede justificada por especial interés del comitente»<sup>7</sup>. Puesto que la pretensión de redhibición o minoración requiere la aceptación del contratista, el comitente estaría obligado en sentido estricto a requerir judicialmente la aceptación, antes de poder hacer valer su pretensión. No obstante, la jurisprudencia admite esta acción directa, si bien la fundamentación dogmática es objeto de controversia<sup>8</sup>. Finalmente el comitente podría obviar estas dos pretensiones y reclamar –aunque con rango supeditado a la subsanación del vicio– la indemnización por incumplimiento contractual según el § 635 BGB (v.a.). Así la delimitación de esta pretensión especial de indemnización causaría serios problemas a los conceptos de lesión positiva del crédito (*positive Forderungsverletzung*) y lesión positiva del contrato (*positive Vertragsverletzung*), ambos surgidos de la jurisprudencia y anclados en el Derecho general de obligaciones, precisamente considerando la gran divergencia en las disposiciones prescriptivas. El Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) consideraba que solo los vicios de la cosa (*Mangelschäden*) y los llamados daños directos o inmediatos derivados del vicio de la cosa (*Mangelfolgeschäden*) estaban incluidos en el sistema de garantía del contrato de obra; por el contrario, los daños indirectos derivados del vicio de la cosa quedaban incluidos en el marco de la lesión positiva del crédito o de la lesión positiva del contrato, con un plazo de prescripción mucho mayor<sup>9</sup>.

## II. CONCEPTO FUNDAMENTAL DE LA RESPONSABILIDAD POR VICIOS EN EL NUEVO DERECHO VIGENTE

### 1. Incorporación al Derecho general de obligaciones

En el marco de la modernización del Derecho de obligaciones, la responsabilidad por vicio en los contratos de compraventa y de obra se ha incorporado en la medida de lo posible al derecho general de obligaciones<sup>10</sup>. Mediante la introducción de la lesión del deber como hecho fundamental en el Derecho sobre incumplimiento<sup>11</sup> el vicio puede dar lugar a las consecuencias jurídicas contem-

<sup>7</sup> § 634, apdo. 2, BGB (v.a.)

<sup>8</sup> Extensamente: MEDICUS, notas marginales 367, 56 y ss. (en adelante, nn.mm.)

<sup>9</sup> ERMAN<sup>10</sup>/SEILER: *Bürgerliches Gesetzbuch Band I*, 10.<sup>a</sup> ed. Münster/Colonia, 2000, § 635 BGB v.a. n.m. 20; MEDICUS, nn.mm. 375 y ss.; RAAB, en: *Das neue Schuldrecht*, § 9 n.m. 60.

<sup>10</sup> BT-DRUCKS. 14/6040, pp. 219 y ss.; v. También PALANDT/SPRAU: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 70.<sup>a</sup> ed, Münich, 2011, Intr. al § 633 BGB n.m. 1.

<sup>11</sup> Cf. § 280 y ss. BGB.

pladas en el Derecho general de obligaciones (cumplimiento posterior, resolución e indemnización). Esto es así porque el vicio no es otra cosa que la lesión del deber del contratista, estipulado en el § 633, apartado 1, BGB, de fabricar para el comitente una obra en perfecto estado. Para la responsabilidad por vicios basta remitirse al Derecho general de obligaciones, no siendo necesarios remedios especiales ni un derecho propio de garantía para los contratos individuales. En particular podemos prescindir de la redhibición, concebida originariamente en el derecho de garantía, en favor del derecho de resolución<sup>12</sup>. De esta forma también podemos obviar la problemática distinción entre estos dos regímenes.

En cualquier caso, el interés del comitente, que presenta especificidades en el Derecho del contrato de obra y en el Derecho de garantía por defectos en la compraventa, requiere el establecimiento de remedios adicionales y, en algunos grupos de casos, incluso la modificación de las disposiciones generales. Por esta razón en los §§ 633 y ss. BGB se establecen la minoración y la autoejecución como derechos especiales de garantía, propios del contrato de obra. Además, podemos encontrar regulaciones que concretan o modifican las disposiciones generales, adaptándolas a los problemas específicos del contrato de obra. A efectos de mayor claridad, en el § 634 BGB se recogen todos los remedios posibles, independientemente de su procedencia del Derecho general de obligaciones o de su aplicación específica al contrato de obra.

## 2. Interrelaciones entre el Derecho europeo y la responsabilidad en el contrato de compraventa

La garantía derivada del contrato de obra fue adaptada al régimen del contrato de compraventa, a su vez modificado conforme a la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo<sup>13</sup>; esto supuso el reordenamiento de aquellos aspectos fronterizos entre el Derecho del contrato de obra y las normas de responsabilidad por defectos en la compraventa. En el Derecho del contrato de obra la armonización apenas produjo una modificación conceptual, pues muchas de las disposiciones introducidas para la compraventa ya aparecían recogidas en el Derecho sobre el contrato de obra, por ejemplo la pretensión de resolución posterior [§ 633 apartado 2, inciso 1, BGB (v.a.)] o la responsabilidad indemnizatoria por vicios [§ 635 BGB (v.a.)] en lugar de la responsabilidad derivada de las características

<sup>12</sup> V. también D.II.3.

<sup>13</sup> BT-DRUCKS. 14/6040, p. 260.



garantizadas o del dolo, según se aplicaba en el Derecho antiguo [§ 463 BGB (v.a.)]<sup>14</sup>.

Sin embargo encontramos novedades referidas a lo que en el § 651 BGB (v.a.) se denominaba *contrato de obra con suministro de materiales (Werklieferungsvertrag)*<sup>15</sup>. Antes de la Reforma se aplicaba el régimen general del contrato de obra cuando era el comitente quien suministraba los materiales. A éste se sumaban una serie de disposiciones especiales cuando el contrato se refería a bienes fungibles y los materiales eran aportados por el contratista<sup>16</sup>. En la actualidad, según el § 651, inciso 1, BGB, se aplicarán las disposiciones relativas al Derecho de compraventa al «contrato que tenga por objeto el suministro de cosas muebles por producir o por fabricar». Esto será también válido cuando sea el comitente –y no el contratista– quien aporte los materiales necesarios para la obra<sup>17</sup>. Solamente en aquellos casos en que se trate de bienes no fungibles, se aplicarán de forma complementaria determinadas disposiciones relativas al contrato de obra, según el § 651, inciso 3, BGB. Con esto desaparece el contrato de obra con suministro de materiales como forma mixta entre el contrato de obra y el de compraventa<sup>18</sup>.

En los grupos de casos que, tras la Reforma, quedan sometidos al régimen del contrato de compraventa las disposiciones de la Directiva, que constituyen el fundamento del nuevo Derecho general de obligaciones y del Derecho de compraventa, adquieren una relevancia inmediata. Pero la normativa europea también adquiere gran importancia en aquellos otros casos que siguen supeditados al Derecho del contrato de obra. El deseable y duradero equilibrio entre los derechos de garantía en el contrato de compraventa y en el contrato de obra sólo será posible con la armonización de ambos regímenes. Para ello las valoraciones plasmadas en la Directiva sobre el Derecho

<sup>14</sup> RAAB en: *Das neue Schuldrecht*, § 9 n.m. 20; ROTH, «Die Reform des Werkvertragsrechts», JZ 2001, 543, 546; v. también MEDICUS/PETERSEN: *Bürgerliches Recht*, 22.<sup>a</sup> ed. Colonia, 2009, n.m. 317.

<sup>15</sup> V. ampliamente BUSCH \*\*\*.

<sup>16</sup> V. MEDICUS, nn.mm. 386 y ss.

<sup>17</sup> BGH NJW 2009, 2877, 2878; BROX/WALKER: *Besonderes Schuldrecht*, 34.<sup>a</sup> ed. München, 2010, § 22 n.m. 10; MANKOWSKI: «Werkvertragsrecht-Die Neuerungen durch § 651 BGB und der Abschied vom Werklieferungsvertrag», MDR 2003, 854; MEDICUS/PETERSEN, n.m. 318.

<sup>18</sup> LEISTNER: «Die “richtige” Auslegung des § 651 BGB im Grenzbereich von Kaufrecht und Werkvertragsrecht», JA 2007, 81; MANKOWSKI, MDR 2003, 854, 857; MÜNCHKOMM/BUSCHE: *Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht Besonderer Teil II*, 5.<sup>a</sup> ed. München, 2009, § 651 BGB n.m. 1.

de compraventa<sup>19</sup> también han de ser incorporadas al Derecho de garantías por vicio que es aplicable al contrato de obra<sup>20</sup>.

### C. EL VICIO COMO CONTINGENCIA DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE OBRA

La contingencia para la garantía en el contrato de obra es la existencia de un vicio en el momento<sup>21</sup> de la recepción<sup>22</sup>. Mediante el concepto de vicio el legislador ha concretado la forma predominante que en la práctica adopta la lesión del deber, en vista de los especiales intereses que concurren en los contratos de compraventa y de obra. El concepto de vicio se hace extensivo al *aliud* y a la producción en cantidad insuficiente; además se asimilan el vicio material y el vicio jurídico.

#### I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO DE VICIO EN EL CONTRATO DE OBRA

##### 1. Condiciones de calidad

El concepto de vicio está regulado en el § 633, apartado 2, incisos 1 y 2, BGB. En realidad no se da una definición del vicio, sino que se describe cuándo la cosa está libre de vicios. Este procedimiento se corresponde con el principio de conformidad contractual expresado en la Directiva 1999/44/CE, según el cual se establecen las condiciones para un adecuado cumplimiento contractual en lugar de definir el vicio como prestación no conforme al contrato<sup>23</sup>. La razón subyacente es –como ya también lo era con anterioridad a la reforma<sup>24</sup>– el concepto subjetivo de vicio<sup>25</sup>: Según el § 633 apartado 2, inciso 1, BGB la

<sup>19</sup> Muy interesante fue en este sentido la llamada Sentencia Quelle del BGH: BGH, NJW 2009, 427 y ss.

<sup>20</sup> Cuestión abierta en TEICHMANN: «Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002-Das neue Werkvertragsrecht», JuS 2002, 417, 423.

<sup>21</sup> En cuanto al momento determinante: KROPOLLER: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 12.ª ed. Múnich 2010, § 633 BGB n.m. 3; LOOSCHELDERS: *Schuldrecht-Besonderer Teil*, 4.ª ed. Colonia, 2010, n.m. 672; PALANDT/SPRAU, § 633 BGB n.m. 3; Voit en: BAMBERGER/ROTH: *Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2*, 2.ª ed. Múnich, 2008, § 633 BGB n.m. 3, § 635 BGB n.m. 3.

<sup>22</sup> Sobre la recepción, más extensamente, *vid. infra* E.

<sup>23</sup> Cf. artículo 2 de la Directiva 1999/44/CE.

<sup>24</sup> ERMANN<sup>10</sup>/SEILER, § 633 BGB v.a. n.m. 7; Medicus, nn.mm. 364, 44.

<sup>25</sup> HK-BGB/EBERT: *Handkommentar BGB*, 6.ª ed. Baden-Baden, 2009, § 633 BGB n.m. 1; LOOSCHELDERS, n.m. 666; RAAB, en: *Das neue Schuldrecht*, § 9 n.m. 28; para el derecho de obligaciones v. BT-DRUCKS. 14/6040, p. 212.

obra está libre de vicios «cuando posee la calidad acordada». Pueden acordarse todas las características materiales o inmateriales inherentes a la obra (al menos durante un cierto tiempo), así como las circunstancias extrínsecas, a las que dicha cosa queda forzosamente sometida y que tienen efecto sobre la utilización o el valor de la misma<sup>26</sup>. En cuanto a las exigencias de una calidad acordada, la determinación unilateral de dicha calidad puede ser suficiente cuando la otra parte concluye el contrato con conocimiento de dicha condición<sup>27</sup>. No se requiere un consentimiento especial<sup>28</sup>. En cualquier caso, el acuerdo de la calidad requiere su concreción formal, aun cuando el contrato la presuponga<sup>29</sup>.

## 2. Calidad

En caso de no existir un acuerdo sobre la calidad, según el § 633, apartado 2, inciso 2, n.º 1, BGB, ésta dependerá de si la obra es apropiada para el uso «acordado en el contrato». Si no se ha acordado contractualmente un uso concreto, el vicio se determinará según el § 633, apartado 2, inciso 2, n.º 2, BGB. Según éste, la cosa está libre de vicio «cuando sea apropiada al uso normal y ofrezca una calidad que sea la usual en obras de la misma clase y que el comitente puede esperar por el tipo de obra». Esta disposición, concebida como cuasi-norma subsidiaria, se funda en la idea de que las partes basan su contrato en el uso habitual que se supone para una obra objeto de este tipo de contrato<sup>30</sup>. El comitente puede esperar básicamente que el contratista cumpla con las normas técnicas reconocidas para la recepción de la obra o la conclusión del contrato [p. ej. las normas DIN (*Deutsche Indus-*

<sup>26</sup> ERMAN/SCHWENKER: *BGB-Handkommentar*, 12.ª ed., Colonia, 2008, § 633 BGB n.m. 11; LUCENTI: «Der "funktionale" Sachmangelbegriff des § 633 II BGB und die Aussichten auf eine Haftungsentschärfung der Beschaffensvereinbarung», *NJW* 2008, 962; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 633 BGB n.m. 10; PALANDT/SPRAU, § 633 BGB n.m. 5; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 633 BGB n.m. 4.

<sup>27</sup> BGH *NJW* 2004, 2156, 2157; JAUERNIG/MANSEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 13.ª ed., Múnich, 2009, § 633 BGB n.m. 4; v. también MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 633 BGB n.m. 16.

<sup>28</sup> JAUERNIG/MANSEL, § 633 BGB n.m. 4; STAUDINGER/PETERS/JACOBY: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2-Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 631-651 (Derecho del contrato de obra), nueva ed, Berlín 2008, § 633 BGB n.m. 173; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 633 BGB n.m. 4; discrepa Lucenti, *NJW* 2008, 962, 964.

<sup>29</sup> ERMAN/SCHWENKER, § 633 BGB n.m. 12; PALANDT/SPRAU, § 633 BGB n.m. 6; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 633 BGB n.m. 5.

<sup>30</sup> RAAB, en: *Das neue Schuldrecht*, § 9 nm. 31; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 633 BGB n.m. 176.

trie Normen)]<sup>31</sup>. Al contrario que en el Derecho de responsabilidad por defectos en la compraventa<sup>32</sup>, el § 633, apartado 2, BGB no contiene ninguna disposición por la que el fabricante (*Hersteller*) deba explicitar o concretar cuál es la calidad habitual. Una tal regulación no es exigible, porque en el Derecho del contrato de obra no existe contratación en cadena: el fabricante es el propio contratista y, por tanto, contraparte del receptor último; las declaraciones que el contratista pueda realizar ya han sido contempladas en el § 633, apartado 2, incisos 1 y 2, n.º 1, BGB<sup>33</sup>.

### 3. Importancia de la funcionalidad para el concepto de vicio

Mediante el acuerdo de determinadas características, las partes fijan en último término una prestación dirigida a un resultado concreto que condiciona todo el contrato de obra. Las cláusulas contractuales de descripción del resultado son, pues, relevantes tanto para la calificación del tipo contractual como para la determinación del vicio. Los problemas pueden surgir especialmente cuando se estipulan detalladamente la forma de ejecución de la obra y la utilización prevista de la misma, pero resultando que con dicha forma de ejecución no se alcanza la funcionalidad deseada. En este caso el contratista no puede aducir que la obra se ha ejecutado en la forma acordada y siguiendo las normas reconocidas, porque ha de garantizar un resultado exitoso y, con ello, una cierta funcionalidad de la obra: se considera que hay vicio de obra cuando la obra se ha ejecutado conforme a lo acordado y manteniendo las normas técnicas reconocidas, pero no ésta no se adecua al uso previsto en el contrato o al uso normal de dichas obras<sup>34</sup>. La funcionalidad se considera prácticamente prioritaria sobre el acuerdo contractual y la no adecuación a la misma es motivo en cualquier caso de responsabilidad por vicios (*Mängelgewährleistung*).

<sup>31</sup> JAUERNIG/MANSEL, § 633 BGB n.m. 6; PALANDT/SPRAU, § 633 BGB n.m. 6a; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 633 BGB n.m. 12; extensamente: MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 633 BGB nn.mm. 17 y ss.; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 633 BGB nn.mm. 177 y ss.; sobre el derecho antiguo: BGH, NJW-RR 2000, 309, 310.

<sup>32</sup> Cf. § 434 apdo. 1, inciso 3 BGB; v. también MEDICUS/PETERSEN, n.m. 286.

<sup>33</sup> BT-DRUCKS. 16/6040, p. 261; BROX/WALKER, § 10 n.m. 3; Hk-BGB/EBERT, § 633 BGB n.m. 6; JAUERNIG/MANSEL, § 633 BGB n.m. 4; LOOSCHELDERS, n.m. 668; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 633 BGB nn.mm. 1, 24.

<sup>34</sup> BGHZ 174, 110, 115 y ss. = NJW 2008, 511, 512 y s.; BROX/WALKER, § 24 n.m. 2; ERMAN/SCHWENKER, § 633 BGB n.m. 10; JAUERNIG/MANSEL, § 633 BGB n.m. 4; KROPHOLLER, § 633 BGB n.m. 4; LOOSCHELDERS, n.m. 667; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 633 BGB n.m. 14; PALANDT/SPRAU, § 633 BGB n.m. 6; Voit, in: BAMBERGER/ROTH, § 633 BGB nn.mm. 5, 9; v. también LUCENTI, NJW 2008, 962, 963 y ss.

El Tribunal Supremo Federal alemán, en una importante sentencia del año 2008<sup>35</sup>, considera que ha habido vicio en el caso de un sistema de calefacción que no puede calentar suficientemente el edificio donde ha sido instalado. No considera relevante el hecho de que dicha funcionalidad se viera reducida porque el generador necesario para la producción de calor, que el comitente había encargado a otro contratista, no tuviera potencia suficiente para la correcta calefacción del edificio. Por tanto resulta irrelevante la causa por la que no se alcanza la funcionalidad, de forma que el contratista también es responsable del vicio cuando la falta de funcionalidad es debida exclusivamente a una prestación defectuosa, realizada por el comitente u otro contratista, de la que dependa la funcionalidad de la obra<sup>36</sup>. Sin embargo, en estos casos el contratista puede evitar su propia responsabilidad por vicios revisando la funcionalidad de los materiales puestos a su disposición o de las obras previas realizadas por otros contratistas, en todo cuanto pueda afectar a su propia obra y advirtiendo al comitente de las posibles deficiencias a este respecto<sup>37</sup>. El contratista debe encargarse de que los materiales u obras previas sean modificados de forma que él pueda entregar la obra con perfecta funcionalidad. Por regla general el contratista tendrá que asumir los costes adicionales que se le originen por las posibles medidas necesarias para garantizar el resultado acordado (*Sowieso-Kosten*)<sup>38</sup>. Si en cuanto a la funcionalidad se hubiese acordado un resultado imposible de alcanzar por razones técnicas, el contratista deberá garantizar el grado de funcionalidad que sea posible<sup>39</sup>.

## II. CASOS ASIMILADOS AL VICIO MATERIAL

El legislador ha establecido en el § 633 apartado 2, inciso 3, alternativa 1.<sup>a</sup> BGB la asimilación de *aliud* y vicio. En el § 633, apartado 2, inciso 3, alternativa 2.<sup>a</sup>, BGB también se equipara al

<sup>35</sup> BGHZ 174, 110 y ss. = NJW 2008, 511 y ss.

<sup>36</sup> BGHZ 174, 110, 118 = NJW 2008, 511, 513; PALANDT/SPRAU, § 633 BGB n.m. 4; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 633 BGB n.m. 18.

<sup>37</sup> BGHZ 174, 110, 120 y s. = NJW 2008, 511, 513 y s.; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 634 BGB n.m. 80 y ss.; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 633 BGB nn.mm. 19 y ss.; v. también §§ 13 n.º 3 y 4 n.º 3 VOB/B (*Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen-Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen*, disponible en Internet, en [www.vob-online.de](http://www.vob-online.de)), que podrían ser incorporadas al contrato como CGC; v. también más extensamente STAUDINGER/PETERS/JACOBY, Intr. a §§ 631 y ss. BGB nn.mm. 94 y ss.

<sup>38</sup> *Vid. infra* D.II.1.

<sup>39</sup> STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 633 BGB n.m. 148; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 634 BGB n.m. 5.

vicio material la producción de obra en cantidad insuficiente. A la cuestión de si la producción de una obra distinta de la acordada queda sometida al Derecho sobre la responsabilidad contractual o si, entendida como incumplimiento, requiere la aplicación de las normas del Derecho general de obligaciones, se le ha prestado en el Derecho del contrato de obra –a diferencia de las normas de responsabilidad por vicios en la compraventa– una importancia más dogmática que práctica<sup>40</sup>.

Al igual que el vicio material, el vicio jurídico da lugar a las consecuencias jurídicas reguladas en el Derecho de garantía. El § 633, apartado 3, BGB establece que una obra está libre de vicio jurídico «cuando terceras personas no puedan reclamar frente al comitente ningún derecho sobre la obra o sólo derechos derivados del contrato». Con esto se soluciona el problema que en la legislación antigua suponía la necesaria analogía en la aplicación de las disposiciones sobre la garantía en los contratos de compraventa<sup>41</sup>. Los derechos de terceros en relación con la obra sólo existen en algunos ámbitos, por ejemplo en el Derecho de protección de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial<sup>42</sup>. Estos derechos de terceros, por ejemplo el derecho a la personalidad, pueden dar lugar a acciones de cesación en relación con la obra, originando una situación equiparable al vicio jurídico. Así lo ha entendido recientemente el Tribunal Supremo Federal alemán, al considerar que la instalación de cámaras de vigilancia lesiona el derecho a la personalidad de los vecinos<sup>43</sup>. En esta sentencia se aborda el caso de una empresa especializada en seguridad y comunicación, la cual instaló cámaras de vigilancia en una propiedad privada del comitente; tras un litigio entre el comitente y sus vecinos, por violación del derecho a la personalidad de estos últimos, las cámaras hubieron de ser desinstaladas. El comitente demandó de la empresa que había instalado las cámaras la restitución de las costas procesales derivadas del litigio, alegando que no le habían informado sobre la posibilidad de que la instalación de cámaras de vigilancia podría afectar al derecho a la personalidad de los vecinos. El Alto Tribunal había de decidir, en el marco de dicha pretensión de reparación por daños derivados de un contrato de obra, según los §§ 634 n.º 4 y 280, apartado 1, BGB, si dicha obra, concretamente la instalación de videocámaras, supone un vicio jurídico por estar sujeta a posi-

<sup>40</sup> BROX/WALKER, § 24 n.m. 4; KROPHOLLER, § 633 BGB n.m. 5; LOOSCHELDERS, nn.mm. 669 y s.; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 633 BGB n.m. 31.

<sup>41</sup> ERMANN<sup>10</sup>/SEILER, § 633 BGB v.a. n.m. 5; RAAB, en: *Das neue Schuldrecht*, § 9 n.m. 35.

<sup>42</sup> BT-DRUCKS. 16/6040, p. 261; BROX/WALKER, § 10 n.m. 5; Hk-BGB/EBERT, § 633 BGB n.m. 4; KROPHOLLER, § 633 BGB n.m. 6; LOOSCHELDERS, n.m. 671.

<sup>43</sup> BGH, NJW 2010, 1533 y ss.

bles demandas de omisión por parte de los vecinos<sup>44</sup>. El Alto Tribunal reconoce que la videovigilancia supone una injerencia en el derecho a la personalidad de los afectados, de forma que en principio las pretensiones de cesación frente a la instalación de dispositivos de videovigilancia serían procedentes<sup>45</sup>. No obstante, en este caso concreto las cámaras no registraban la zona del inmueble contiguo, por lo que el derecho a la personalidad de los habitantes del mismo no se veía afectado y, por consiguiente, la instalación de las videocámaras no suponía vicio jurídico. De haberse admitido la pretensión de cesación, por ejemplo porque las videocámaras (también) hubiesen grabado la propiedad de los vecinos, habría sido necesario admitir la existencia de un vicio jurídico y el comitente podría haber hecho valer su pretensión de indemnización por daños, siempre que se hubieran cumplido las restantes disposiciones de los §§ 634 n.º 4 y 280 BGB y, ante todo, que se hubiera determinado la culpabilidad del contratista.

#### D. LOS DERECHOS DEL COMITENTE EN CASO DE VICIO

Los derechos que asisten al comitente en caso de vicio, es decir, los remedios de que dispone en caso de aparecer un vicio en la obra tras su recepción, están recogidos en el § 634 BGB. Según dicha norma, el comitente puede «1. solicitar el cumplimiento posterior según el § 635, 2. eliminar el vicio él mismo y solicitar el reembolso de los gastos, según el § 637, 3. resolver el contrato según lo dispuesto en los §§ 636, 323 y 326 apartado 5, o reducir el pago, según el § 638, y 4. solicitar indemnización de daños según los §§ 636, 280, 281, 283 y 311a o el reembolso de gastos inútiles conforme al § 284». Así pues, existen dos grupos de remedios: por una parte, aquellos que resultan de la aplicación del Derecho general de incumplimiento y, por otra, los que están regulados de forma especial en el Derecho del contrato de obra. En este último grupo podemos, a su vez, distinguir aquellos que el BGB también contempla en el Derecho de compraventa frente a los que son exclusivos del contrato de obra.

---

<sup>44</sup> La lesión del derecho a la personalidad de los vecinos por la instalación de videocámaras ya había quedado establecida en la primera sentencia frente al comitente, pero en ausencia de litisdenunciación, según los §§ 72 y ss. ZPO, sólo tenía efecto frente a las partes (es decir, los vecinos y el comitente) y no frente a la empresa que había instalado las cámaras. Por eso el Alto Tribunal tuvo que pronunciarse de nuevo sobre la cuestión, sin estar vinculado por la sentencia del procedimiento anterior.

<sup>45</sup> BGH, NJW 2010, 1533 y ss.; sobre la lesión del derecho general a la personalidad mediante la videovigilancia, v. también: BVerfGE 122, 342 y ss. = NJW 2009, 1481 (sólo la referencia principal); BVerfG, NVWZ 2007, 688 y ss.; BVerfG, NJW 2009, 3293 y ss.



## I. SISTEMATIZACIÓN DE LOS REMEDIOS POR VICIO-PREVALENCIA DEL CUMPLIMIENTO POSTERIOR

### 1. Prevalencia del cumplimiento posterior por exigencia de plazo

Los remedios mencionados en el § 634 BGB mantienen una relación jerárquica. Tiene prevalencia la pretensión de cumplimiento posterior. Todos los demás remedios presuponen que el comitente ha fijado al contratista un plazo para dicho cumplimiento posterior y que el contratista ha dejado expirar dicho plazo<sup>46</sup>. No obstante, dicho plazo puede resultar prescindible en determinadas circunstancias. En tal caso, el comitente puede hacer valer los otros remedios citados en el § 634 BGB inmediatamente, es decir, sin necesidad de fijar previamente un plazo para el cumplimiento posterior. Con el cumplimiento posterior se pretende permitir al contratista una segunda oportunidad de cumplir con sus obligaciones contractuales y poder obtener el beneficio del negocio<sup>47</sup>. Por otra parte el comitente debe poder mantener su pretensión inicial de ejecución de la obra, a pesar del vicio de la cosa.

El plazo impuesto por el comitente al contratista para el cumplimiento posterior ha de ser proporcionado. Se entiende por proporcionado un plazo que un contratista diligente necesitaría para subsanar el vicio en cuestión en cada caso concreto<sup>48</sup>. A la hora de establecer dicho plazo habrá de tomarse en cuenta el interés del comitente en la rápida subsanación del vicio<sup>49</sup>. Si resultase que dicho plazo es excesivamente corto, se prorrogará el mismo automáticamente hasta una duración proporcionada<sup>50</sup>. A diferencia de la legislación anterior<sup>51</sup>, ahora no es necesaria la advertencia de rechazo de la obra<sup>52</sup>.

### 2. Prescindibilidad del plazo

La prescindibilidad del plazo resulta, por una parte, de la referencia al Derecho general de obligaciones y, por otra, de las pertinentes

<sup>46</sup> Cf. §§ 281, apdo. 1, 323, apdo. 1, y 637, apdo. 1, BGB.

<sup>47</sup> Sobre el derecho de nueva entrega (*Andienung*): MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 634 BGB n.m. 73; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB n.m. 36; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 635 BGB n.m. 1.

<sup>48</sup> ERMAN/SCHWENKER, § 636 BGB n.m. 6; Hk-BGB/EBERT, § 638 BGB n.m. 2; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 636 BGB n.m. 9; más estricto: STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB n.m. 54.

<sup>49</sup> Hk-BGB/EBERT, § 638 BGB n.m. 2, v. también STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB n.m. 54.

<sup>50</sup> BGH NJW 1985, 2639, 2640; 1996, 1814; Hk-BGB/EBERT, § 638 BGB n.m. 2; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 636 BGB n.m. 9.

<sup>51</sup> Cf. § 634, apdo. 1, inciso 1, BGB (v.a.)

<sup>52</sup> Hk-BGB/EBERT, § 638 BGB n.m. 2; ROTH, JZ 2001, 543, 549; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB n.m. 3, 50; Voit, in: BAMBERGER/ROTH, § 636 BGB n.m. 10.

disposiciones especiales contenidas en el Derecho del contrato de obra. Con vistas a la resolución, la prescindibilidad del plazo se basa en principio en el § 323, apartado 2, BGB; en cuanto a la pretensión de indemnización por daños, en el § 281, apartado 2, BGB. Además, en ambos casos es aplicable la disposición especial del § 636 BGB relativa al contrato de obra. Debido a la equiparación de las condiciones, estas disposiciones son igualmente de aplicación para la reducción de la retribución y la pretensión de reembolso de los gastos<sup>53</sup>. En cuanto a la reparación por el comitente, la prescindibilidad del plazo está regulada en el § 637, apartado 2, BGB, el cual en su inciso 1 remite a las razones contenidas en el § 323, apartado 2, BGB y en su inciso 2 repite en lo fundamental las razones contenidas en el § 636 BGB sobre dicho aspecto. Según el § 281, apartado 2, BGB el plazo resultará innecesario cuando el contratista rechace la producción de la obra seria y definitivamente o cuando concurren circunstancias especiales que, en consideración del interés de ambas partes, justifiquen la aplicación inmediata de los remedios de inferior rango. En el § 323, apartado 2, BGB, junto con estas dos razones, se contempla el caso de que el contratista no cumpla en el plazo determinado, habiendo vinculado el comitente su interés en mantener el contrato con el cumplimiento de dicho plazo (*contrato con término esencial, Fixgeschäft*). En lo relativo a la indemnización, estos casos suelen encuadrarse, por regla general, entre las circunstancias especiales contempladas en el § 282 apartado 2, alternativa 2.<sup>a</sup>, BGB<sup>54</sup>. Según el § 636 BGB, el plazo es prescindible «cuando el contratista deniegue el cumplimiento posterior según el § 635, apartado 3, o cuando el cumplimiento posterior haya fallado o no sea exigible al comitente»<sup>55</sup>.

## II. LOS REMEDIOS EN DETALLE

### 1. Cumplimiento posterior

La pretensión de cumplimiento posterior, que supone una modificación substancial del Derecho de compraventa, ya estaba contemplada desde antiguo en el Derecho del contrato de obra. A partir de la Reforma queda recogida en el § 635 BGB. Según su apartado 1, el cumplimiento posterior puede realizarse de dos formas: mediante la subsanación del vicio por parte del contratista o mediante la produc-

<sup>53</sup> Cf. *infra* D.II.4 y 6.

<sup>54</sup> BT-DRUCKS. 14/6040, p. 140; PALANDT/GRÜNEBERG, § 281 BGB n.m. 15; v. también: STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB n.m. 63.

<sup>55</sup> Sobre la reparación por el comitente *vid infra* D.II.2.

ción de una nueva obra libre de vicios. La elección entre estas dos modalidades de cumplimiento posterior no corresponde –al contrario que en el Derecho de compraventa<sup>56</sup>– al comitente como «receptor» de la obra, sino al contratista. La fundamentación de esta divergencia estriba en el hecho de que el contratista –a diferencia del vendedor– produce él mismo la obra y, por tanto, es quien mejor puede determinar la forma más rápida y eficiente en costes para la subsanación del vicio<sup>57</sup>. Por su parte, al comitente sólo se le reconoce el derecho a recibir una obra libre de vicios<sup>58</sup>. Si se produce el cumplimiento posterior mediante la entrega de una nueva obra libre de vicios, el contratista podrá, según el § 635, apartado 4, BGB, exigir del comitente la restitución de la obra que tenía el vicio, en virtud de lo establecido en los §§ 346 y ss. BGB.

a) *Costes del cumplimiento posterior*

Según el § 635, apartado 2, BGB «los gastos necesarios por razón del cumplimiento posterior» correrán fundamentalmente por cuenta del contratista. El tenor de dicha norma incluye «especialmente los gastos de transporte, desplazamiento, mano de obra y material». Si el contratista ha de recurrir al cumplimiento posterior debido a que el resultado acordado no resulta posible con la modalidad de ejecución acordada inicialmente<sup>59</sup>, en relación con dicho cumplimiento posterior pueden resultar necesarias una serie de prestaciones que en esta forma concreta no habían sido acordadas contractualmente, ni tampoco previstas para el cumplimiento del mismo. Estos costes extraordinarios<sup>60</sup> no han de ser asumidos por el contratista, sino por el comitente<sup>61</sup>. Caso distinto es que el contratista haya garantizado el importe de los costes de la obra<sup>62</sup>. Por ejemplo, si en el caso anteriormente expuesto de la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán<sup>63</sup> se pudiera caldear suficientemente el edificio –más allá de

<sup>56</sup> Cf. § 439, apdo. 1, BGB: «el comprador puede solicitar, a su elección, la reparación del vicio o la entrega de una cosa libre de vicio».

<sup>57</sup> BT-DRUCKS. 14/6040, p. 265; BROX/WALKER, § 24 n.m. 13; Hk-BGB/EBERT, § 635 BGB n.m. 3; KROPHOLLER, § 635 BGB n.m. 2; LOOSCHELDERS, n.m. 674; TEICHMANN, JuS 2002, 417, 419 y s.

<sup>58</sup> BT-DRUCKS. 14/6040, p. 265; KROPHOLLER, § 635 BGB n.m. 2.

<sup>59</sup> *Vid supra* C.I.3.

<sup>60</sup> ERMAN/SCHWENKER, § 635 BGB n.m. 10; JAUERNIG/MANSEL, § 635 BGB n.m. 3; PALANDT/SPRAU, § 635 BGB n.m. 7.

<sup>61</sup> BGH, NJW 1998, 3707, 3708 = JZ 1999, 797, 798; NJW 2006, 3413, 3414; KROPHOLLER, § 633 BGB n.m. 4; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 633 BGB n.m. 14; PALANDT/SPRAU, § 633 BGB n.m. 6, § 635 BGB n.m. 7; crítica en: TEICHMANN/SCHRÖDER «Anmerkung zu BGH», JZ 1999, 797 y ss., JZ 1999, 799 y s.

<sup>62</sup> BGH, NJW 2008, 511, 513; NJW-RR 2007, 597, 598; ERMAN/SCHWENKER, § 635 BGB n.m. 10; Hk-BGB/EBERT, § 635 BGB n.m. 2; JAUERNIG/MANSEL, § 635 BGB n.m. 3; PALANDT/SPRAU, § 635 BGB n.m. 7; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 635 BGB n.m. 19.

<sup>63</sup> BGH, NJW 2008, 511 y ss.; *vid supra* C.I.3.

la prestación acordada contractualmente— reforzando el número de radiadores, los costes extraordinarios originados podrían ser repercutidos por el contratista al comitente.

#### b) *Causas de exclusión del cumplimiento posterior*

La pretensión de cumplimiento posterior queda excluida bajo determinadas condiciones. El límite lo fijan, por una parte, las disposiciones generales sobre la imposibilidad. Según el § 275, apartado 1, BGB la pretensión de cumplimiento posterior —como cualquier otra pretensión— queda excluida cuando la prestación exigida resulta imposible<sup>64</sup>. Además, el contratista puede denegar el cumplimiento posterior en virtud del § 275, apartado 2, BGB cuando éste suponga una desproporción grave respecto del interés del comitente o cuando no sea exigible al fabricante (§ 275, apartado 3, BGB). Hay que suponer que existe desproporcionalidad cuando el gasto producido para la subsanación del vicio no guarde una proporción razonable con el resultado perseguido con el cumplimiento posterior<sup>65</sup>. Factor de referencia será el interés que el acreedor pueda tener en el cumplimiento de la prestación<sup>66</sup>. El importe de la retribución no es relevante a este respecto<sup>67</sup>. Hay que tener en cuenta la responsabilidad del contratista, según el § 275, apartado 2, inciso 2, BGB<sup>68</sup>. Por otra parte, del § 635, apartado 3, BGB resulta que el contratista, «sin perjuicio del § 275, apartados 2 y 3», también puede denegar el cumplimiento posterior «si éste sólo es posible con unos gastos desproporcionados». Según jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán, éste es el caso cuando a un interés objetivamente pequeño del comitente por el cumplimiento contractual libre de vicios se oponen unos costes muy considerables para la subsanación del vicio<sup>69</sup>. Habrá que comparar el coste del cumplimiento posterior con el valor objetivo de la obra<sup>70</sup>. Según la Exposición de Motivos de la Ley, el comitente debe tener derecho a negar la prestación, especialmente en aquellos casos en que el vicio de la obra sea de responsabilidad exclusiva del suministrador<sup>71</sup>.

<sup>64</sup> MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 635 BGB n.m. 16; RAAB, en: *Das neue Schuldrecht*, § 9 n.m. 42; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB n.m. 60.

<sup>65</sup> MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 635 BGB n.m. 31; PALANDT/SPRAU, § 633 BGB n.m. 10.

<sup>66</sup> MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 634 BGB n.m. 32; PALANDT/SPRAU, § 635 BGB n.m. 10.

<sup>67</sup> JAUERNIG/MANSEL, § 635 BGB n.m. 9; LOOSCHELDERS, n.m. 676; RAAB, en: *Das neue Schuldrecht*, § 9 n.m. 44; con variaciones en: Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 635 BGB n.m. 14.

<sup>68</sup> MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 634 BGB n.m. 34; RAAB, en: *Das neue Schuldrecht*, § 9 n.m. 44; PALANDT/SPRAU, § 635 BGB n.m. 10; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 635 BGB n.m. 14.

<sup>69</sup> BGH, NJW-RR 2006, 304, 305; LUCENTI, NJW 2008, 962, 964.

<sup>70</sup> MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 635 BGB n.m. 38; PALANDT/SPRAU, § 635 BGB n.m. 12.

<sup>71</sup> BT-DRUCKS. 14/6040, p. 265.

## 2. Autoejecución

Según el § 637 BGB, el comitente puede subsanar él mismo el vicio de la obra y reclamarle al contratista el reembolso de los gastos. Este remedio está contemplado en el Derecho para el contrato de obra, pero no para el contrato de compraventa<sup>72</sup>. Condición necesaria para este remedio es el vencimiento del plazo previsto para el cumplimiento posterior o la concurrencia de alguna causa que haga que dicho plazo sea innecesario. En este sentido se aplicarán las disposiciones anteriormente expuestas del § 323, apartado 2, BGB<sup>73</sup>. Además, según el § 637, apartado 2, inciso 2, BGB, el plazo será innecesario «cuando el cumplimiento posterior se haga sin resultado o no sea exigible al comitente». Las causas que hacen innecesario el plazo quedan, pues, cubiertas con las disposiciones especiales contenidas en el § 636 BGB sobre la resolución y la indemnización<sup>74</sup>. Además se presupone que realmente (todavía) existe una pretensión de cumplimiento posterior. Ésta no debe quedar excluida por las causas expuestas anteriormente, pues en tal caso podría soslayarse el derecho a negar la prestación<sup>75</sup>. Al contrario de lo que ocurría con anterioridad a la Reforma<sup>76</sup>, no es necesario para la autoejecución que el contratista haya incurrido en mora, es decir, que se le pueda atribuir la responsabilidad<sup>77</sup>. El comitente que una vez transcurrido infructuosamente el plazo o que por cualquier causa que haga innecesario dicho plazo decida encargar o realizar él mismo la reparación, no tiene que comprobar previamente si el fabricante es culpable<sup>78</sup>. En el § 637, apartado 3, BGB se establece finalmente que el comitente puede exigir un adelanto para eliminar él mismo el vicio.

## 3. Resolución

Según el § 634 n.º 3, alternativa 1.ª, BGB, el comitente, en caso de existir vicio en la obra, puede resolver el contrato según lo dispuesto en los §§ 636, 323 y 326, apartado 5, BGB. La redhibición, pretensión genuina del Derecho de garantía, queda así sustituida por la resolución, una figura contemplada en el Derecho general de

<sup>72</sup> Cf. § 437 BGB; v. también LOOSCHELDERS, n.m. 97.

<sup>73</sup> Cf. § 637 apdo. 2, inciso 1 BGB; *vid supra* D.II.2.

<sup>74</sup> *Vid supra* D.I.2.

<sup>75</sup> Hk-BGB/EBERT, § 637 BGB n.m. 2; LOOSCHELDERS, n.m. 678; KROPHOLLER, § 637 BGB n.m. 3.

<sup>76</sup> Cf. § 633 apdo. 3 BGB v.a.

<sup>77</sup> BROX/WALKER, § 24 n.m. 18; Hk-BGB/EBERT, § 637 BGB n.m. 2; JAUERNIG/MANSEL, § 637 BGB n.m. 3; SCHUDNAGIES: «Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform», NJW 2002, 396, 397.

<sup>78</sup> BT-DRUCKS. 14/6040, p. 266.

obligaciones. La retroacción del contrato ya no se concibe como una pretensión, sino como un derecho potestativo. Esto significa que el comitente ya no necesita el consentimiento del contratista para la resolución, sino que basta –siempre que se den las condiciones necesarias– con declarar la resolución, transformando así la relación contractual original en una nueva relación, surgida de dicha resolución contractual.

La resolución presupone el vencimiento infructuoso del plazo para el cumplimiento posterior o la existencia de alguna circunstancia que haga innecesario dicho plazo. Debido a las graves consecuencias, especialmente para aquella parte que aporta la prestación característica del contrato y que por la resolución pierde la ganancia resultante del negocio, este remedio legal queda excluido, en virtud del § 323, apartado 5, inciso 2, BGB, si la lesión del deber no es de importancia. Igualmente queda excluida la resolución, según el § 323, apartado 6, BGB, cuando el comitente, por sí solo o con carácter principal, sea responsable o «cuando el deudor [es decir, el contratista] no sea responsable de una circunstancia que se produzca en un momento en el que el acreedor (es decir, el comitente) se hubiera retrasado ya en la aceptación». Este es el caso cuando el comitente pone a disposición del contratista un material que presenta vicios, o cuando le da instrucciones viciadas<sup>79</sup>.

Puesto que la resolución como derecho potestativo no queda sujeta a prescripción, el § 634a, apartados 4 y 5, BGB, en combinación con el § 218 BGB, establece que la resolución es ineficaz si la pretensión de cumplimiento posterior ha prescrito y el comitente así lo alega<sup>80</sup>.

#### 4. Minoración

Con las mismas condiciones previstas para la resolución el comitente puede, según el § 638 BGB, «reducir la retribución declarándolo así frente al contratista». De esta forma la minoración, concebida ya antes de la Reforma como pretensión, se transforma también en derecho potestativo<sup>81</sup>. A diferencia del derecho de resolución, para la minoración no es necesario que el vicio sea de importancia. Precisamente este requisito, establecido en el § 323, apartado 5, inciso 2, BGB, no es aplicable a la minoración en virtud del § 638, apartado 1, inciso 2, BGB. El cálculo de la

<sup>79</sup> ERMAN/SCHWENKER, § 636 BGB n.m. 17; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB n.m. 98, § 645 BGB nn.mm. 12 y ss.

<sup>80</sup> Sobre la prescripción, v. extensamente MANTLER \*\*\*.

<sup>81</sup> V. también BROX/WALKER, § 24 n.m. 31; Hk-BGB/EBERT, § 638 BGB n.m. 1; LOOSCHELDERS, n.m. 687; MEUB: «Schuldrechtsreform: Das neue Werkvertragsrecht», DB 2002, 131, 133; RAAB, en: *Das neue Schuldrecht*, § 9 n.m. 57.

deducción se encuentra regulado en el § 638, apartado 3, inciso 1, BGB. Según el mismo, «se minorará la retribución en la proporción en que hubiera estado, al tiempo de concluirse el contrato, el valor de la obra en situación de ausencia de vicios respecto al valor real». La minoración puede determinarse en caso necesario por estimación<sup>82</sup>. Los aspectos subjetivos, como el valor sentimental, quedarán excluidos del cálculo<sup>83</sup>. En consonancia con el § 254 BGB se tendrá en consideración una posible atribución de parte de la culpa al comitente<sup>84</sup>. En virtud de lo dispuesto con respecto al derecho de resolución, si el comitente ya ha satisfecho el total de la retribución, entonces podrá exigir la restitución del importe correspondiente, según el § 638, apartado 4, BGB.

## 5. Indemnización de daños

En cuanto a la pretensión de indemnización el § 634 n.º 4, alternativa 1.ª, BGB remite a las disposiciones generales de los §§ 280 y ss. BGB. Con la desaparición de la pretensión especial de indemnización para el contrato de obra desaparece también la necesidad de determinar si la indemnización por los daños derivados del vicio ha de realizarse en el marco de este régimen jurídico o según las disposiciones generales del Derecho de obligaciones. La diferenciación que se hacía antes de la Reforma entre el vicio de la cosa (*Mangelschaden*) y los daños directos o indirectos derivados del vicio de la cosa (*Mangelfolgeschaden*)<sup>85</sup> ya no parece necesaria<sup>86</sup>: para los daños relacionados con el vicio se aplicará el § 634 n.º 4, alternativa 1.ª, BGB; para los demás casos se aplicarán directamente los §§ 280 y ss. BGB. Sin embargo, debido a la configuración de los §§ 280 y ss. BGB no queda completamente resuelto el problema de la delimitación: mientras que, según el § 281 BGB, la indemnización por vicio en la cosa sólo se admite en sustitución de la prestación una vez transcurrido infructuosamente el plazo de cumplimiento posterior, la fijación de dicho plazo no es necesaria, según el § 280 BGB, para los daños derivados del vicio (por ejemplo, los daños causados por el agua como consecuencia de la instalación defectuosa de una cañería)<sup>87</sup>.

<sup>82</sup> Cf. § 638 apdo. 3, inciso 2 BGB.

<sup>83</sup> BT-DRUCKS. 14/6040, p. 267; Hk-BGB/EBERT, § 638 BGB n.m. 6.

<sup>84</sup> BT-DRUCKS. 14/6040; p. 267; Hk-BGB/EBERT, § 638 BGB n.m. 6; JAUERNIG/MANSEL, § 638 BGB n.m. 5; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 638 BGB Rn. 19; PALANDT/SAPRAU, § 638 BGB Rn. 4.

<sup>85</sup> *Vid supra* B.I.

<sup>86</sup> BROX/WALKER, § 24 n.m. 41; SCHUDNAGIES, NJW 2002, 396, 398.

<sup>87</sup> V. también LOOSCHELDERS, nn.mm. 692 y ss.; PALANDT/SAPRAU, § 634 BGB n.m. 6; RAAB, en: *Das neue Schuldrecht*, § 9 n.m. 63; TEICHMANN, JuS 2002, 417, 421; muy instructivo: STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB n.m. 120.



Junto con la exigencia de un plazo, o de la concurrencia de una causa que haga prescindible dicho plazo, la pretensión de indemnización establece como requisito la culpa del contratista en el vicio de la obra. Así, pues, al contrario que otros remedios éste depende de la constatación de la culpa. Del tenor del § 280 apartado 1, inciso 2, BGB se desprende que –contrariamente a la regla general– la culpa del contratista no ha de ser probada por el comitente. Antes bien, se supone que el vicio es una lesión del deber por parte del contratista, y que éste es responsable; corresponderá al contratista la prueba en contrario. El contratista será responsable, según el § 276, apartado 1, inciso 1, BGB –en tanto no sean de aplicación otras disposiciones especiales– por dolo y culpa. En cuanto a las personas de quien éste se sirva para el contrato de obra frente al comitente, también responderá por ellas, según el § 278 BGB, de igual forma que si fuese su propia responsabilidad.

El comitente puede elegir entre la pequeña y la gran indemnización. En el primer caso el comitente conserva la obra viciada y sólo se indemniza el daño ocasionado por el vicio<sup>88</sup>. En el caso de gran indemnización se devuelve la obra viciada y el comitente recibe la indemnización por el daño que le ha ocasionado el no cumplimiento del contrato en su totalidad<sup>89</sup>. Esta modalidad es llamada por la Ley «indemnización en sustitución de la prestación total» y, según el § 281, apartado 1, inciso 3, BGB, sólo es posible en caso de vicios considerables. Si es ésta la forma elegida, entonces, según el § 281, apartado 4, BGB, se extingue la pretensión de cumplimiento posterior y con ella también el derecho del comitente a la autoejecución con coste a cuenta del contratista.

## 6. Restitución de gastos

Si se dan las condiciones para la indemnización, el comitente podrá, según el § 634 n.º 4 BGB en combinación con el § 284 BGB, solicitar la restitución de los gastos «que hubiese hecho bajo la confianza de recibir la prestación y que sería justo pedir, excepto que su finalidad tampoco se hubiera alcanzado sin la lesión del deber por parte del deudor». Aquí se comprenden en especial los costes contractuales<sup>90</sup> y de los accesorios adquiridos para la obra<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB nn.mm. 145 y ss.; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 636 BGB n.m. 52.

<sup>89</sup> STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB nn.mm. 145, 149 y ss.; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 636 BGB n.m. 52.

<sup>90</sup> LOOSCHELDERS, n.m. 696; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 634 BGB n.m. 71; PALANDT/GRÜNEBERG, § 284 BGB n.m. 5.

<sup>91</sup> LOOSCHELDERS, n.m. 696.

## E. IMPORTANCIA DE LA RECEPCIÓN EN EL SISTEMA DE GARANTÍAS DEL CONTRATO DE OBRA

### I. LA RECEPCIÓN DE LA OBRA COMO MOMENTO DETERMINANTE EN LA DELIMITACIÓN ENTRE LA GARANTÍA POR VICIOS Y LAS DISPOSICIONES DEL DERECHO GENERAL DE OBLIGACIONES

Los §§ 633 y ss. BGB suponen, junto con las disposiciones generales del Derecho de obligaciones, un régimen especial que, si bien está adaptado a éstas y a ellas se remite, por causa de los especiales intereses del contrato de obra en ocasiones ofrece divergencias frente a dichas disposiciones generales. Se plantea así la cuestión de qué régimen regulador aplicar en cada caso. El elemento clave es –a semejanza del Derecho de compraventa– el momento en que la pretensión de cumplimiento se convierte en una pretensión de cumplimiento posterior y el riesgo se transmite del contratista al comitente<sup>92</sup>. Esto se produce, según el § 644, apartado 1, inciso 1, BGB, precisamente en el momento de la recepción de la obra por el comitente. A diferencia del Derecho de compraventa, donde el riesgo se transmite con la entrega de la cosa<sup>93</sup>, en el contrato de obra la determinación del momento definitivo es más difícil, puesto que el concepto de aceptación es mucho más dependiente de valoraciones jurídicas que la entrega fáctica. Excepcionalmente puede transmitirse el riesgo sin recepción, por ejemplo cuando el comitente retrasa la recepción<sup>94</sup> o cuando «el contratista, a instancia del comitente, envía la obra a un lugar distinto del de cumplimiento del contrato»<sup>95</sup>.

### II. CONDICIONES DE LA RECEPCIÓN

La recepción está regulada en el § 640 BGB y representa en el contrato una prestación principal del comitente<sup>96</sup>. Ante todo requiere la recepción física de la obra (en el sentido de la transmisión del dominio) así como su reconocimiento o aceptación como

<sup>92</sup> Extensamente PALANDT/SPRAU, Intr. al § 633 BGB nn.mm. 6 y ss.; v. también STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB n.m. 11.

<sup>93</sup> Cf. § 446, inciso 1, BGB.

<sup>94</sup> Cf. § 644, apdo. 1, inciso 2, BGB.

<sup>95</sup> Cf. §§ 644, apdo. 2, y 447 BGB.

<sup>96</sup> BROX/WALKER, § 25 n.m. 10; Looschelders, n.m. 647; PALANDT/SPRAU, § 640 BGB n.m. 8; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 640 BGB n.m. 44; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 640 BGB n.m. 2.

prestación esencialmente conforme al contrato<sup>97</sup>. La aceptación puede ser concluyente, por ejemplo mediante retribución incondicional<sup>98</sup> o puesta en uso de la obra<sup>99</sup>. Pero ha de ser necesariamente expresa frente al contratista<sup>100</sup>. Como actuación cuasi-negocial<sup>101</sup>, le serán de aplicación las disposiciones generales sobre declaración de voluntades<sup>102</sup>. Para la recepción de obras complejas, el comitente dispondrá de un periodo de prueba, con el fin de comprobar que la obra se ajusta esencialmente a lo acordado<sup>103</sup>. Si, por acuerdo entre las partes, por las características de la obra o por costumbre en dichos casos, no cabe esperar este reconocimiento, por ejemplo en el caso de representaciones teatrales o de promociones<sup>104</sup>, éste es sustituido por la finalización de la obra, según el § 646 BGB<sup>105</sup>.

Del § 640, apartado 1, inciso 2, BGB se desprende que el comitente no debe rechazar la recepción por vicios no esenciales. La razón de esto es que, dado que, según el § 641, apartado 1, inciso 1, BGB, la retribución se devenga con la recepción, se pretende evitar que el comitente pueda postergar su obligación de pago rechazando la recepción de una obra esencialmente conforme al contrato<sup>106</sup>. Por regla general se puede asumir que existe un vicio esencial cuando la funcionalidad de la obra resulta perjudicada<sup>107</sup>. El contratista puede fijar al comitente un plazo razonable para la recepción de la obra. Si el comitente no cumple este plazo, a pesar de estar obligado a ello, la recepción se tendrá por realizada, según el § 640, apartado 1, inciso 3, BGB.

<sup>97</sup> BROX/WALKER, § 25 n.m. 11; ERMAN/SCHWENKER, § 640 BGB n.m. 4; KROPHOLLER, § 640 BGB n.m. 1; LOOSCHELDERS, n.m. 648; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 640 BGB n.m. 3; PALANDT/SPRAU, § 640 BGB n.m. 3; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 640 BGB n.m. 3; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 640 BGB nn.mm. 2, 5 y ss.

<sup>98</sup> ERMAN/SCHWENKER, § 640 BGB n.m. 5; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 640 BGB n.m. 17; PALANDT/SPRAU, § 640 BGB n.m. 6; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 640 BGB n.m. 7.

<sup>99</sup> KROPHOLLER, § 640 BGB n.m. 1; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 640 BGB n.m. 18; PALANDT/SPRAU, § 640 BGB n.m. 6; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 640 BGB n.m. 16; kritischer: ERMAN/SCHWENKER, § 640 BGB n.m. 5.

<sup>100</sup> KROPHOLLER, § 640 BGB n.m. 1; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 640 BGB n.m. 13; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 640 BGB n.m. 16.

<sup>101</sup> ERMAN/SCHWENKER, § 640 BGB n.m. 6; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 640 BGB n.m. 4; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 640 BGB n.m. 10; Voit, in: BAMBERGER/ROTH, § 640 BGB n.m. 5.

<sup>102</sup> SIEHE PALANDT/SPRAU, § 640 BGB n.m. 3; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 640 BGB nn.mm. 10 y ss.

<sup>103</sup> LEISTNER, JA 2007, 81, 84; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 640 BGB n.m. 21; PALANDT/SPRAU, § 640 BGB n.m. 6; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 640 BGB n.m. 15.

<sup>104</sup> KROPHOLLER, § 640 BGB n.m. 1; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 640 BGB n.m. 8; PALANDT/SPRAU, § 646 BGB n.m. 1.

<sup>105</sup> LOOSCHELDERS, n.m. 648; PALANDT/SPRAU, § 646 BGB n.m. 1.

<sup>106</sup> LOOSCHELDERS, n.m. 648; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 640 BGB n.m. 29.

<sup>107</sup> KROPHOLLER, § 640 BGB n.m. 2; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 640 BGB n.m. 13; PALANDT/SPRAU, § 640 BGB n.m. 9.

### III. EXCLUSIÓN DE LA GARANTÍA CON LA RECEPCIÓN INCONDICIONAL

Si el comitente acepta una obra viciada con conocimiento del vicio, entonces perderá, según el § 640, apartado 2, BGB, algunos de sus derechos de garantía, si no se reserva estos derechos frente a dicho vicio en el momento de la recepción. Así, para hacer valer la garantía derivada del contrato de obra, que en el momento de la recepción reemplaza a las disposiciones generales del Derecho de obligaciones, el comitente debe declarar su reserva respecto del vicio conocido en el momento de la aceptación. La recepción de una obra, con la subyacente aceptación de dicha obra como esencialmente ajustada a contrato, y la reserva que simultáneamente ha de expresarse frente al vicio conocido pueden ser «difíciles de casar conceptualmente»<sup>108</sup>. Pero precisamente en el caso de una obra compleja es perfectamente lógico que el comitente pueda recibir la obra en su conjunto, por considerarla esencialmente conforme al contrato, y que, en determinados aspectos observados durante la recepción, advierta que la obra diverge de lo acordado contractualmente y anuncie que hará valer su derecho de garantía respecto de los mismos.

La exclusión de la garantía sólo procede cuando el comitente tiene conocimiento positivo del vicio en el momento de la recepción. El mero desconocimiento negligente no es impedimento, ni siquiera cuando se trate de negligencia grave<sup>109</sup>. Por otra parte, del tenor del § 640, apartado 2, BGB se desprende que sólo quedan excluidos los remedios mencionados en el § 634 números 1 al 3 BGB, es decir, cumplimiento posterior, reparación por el comitente, resolución y reducción de la retribución; la pretensión de indemnización y de restitución de los gastos asisten al comitente también en el caso de recepción incondicional de una obra con vicio conocido.

La normativa del Derecho de obra diverge así, y no poco, del § 442 BGB, según el cual quedan excluidos los derechos del comprador, en caso de vicio, si el comprador conocía el vicio en el momento de celebrar el contrato. En dicha norma no se considera la recepción como momento determinante, sino la celebración del contrato. Esto se explica porque en la celebración del contrato de obra –al contrario que en el contrato de compraven-

<sup>108</sup> ROTH, JZ 2001, 543, 550; v. también KOHLER, «Verfassungswidrigkeit des § 640 Abs. 2 BGB»? o bien: «Handwerk und Gerechtigkeit in der Gesetzgebung», JZ 2003, 1081, 1086.

<sup>109</sup> KROPHOLLER, § 640 BGB n.m. 4; LOOSCHELDERS, n.m. 697; MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 640 BGB n.m. 30; PALANDT/SPRAU, § 640 BGB n.m. 13; STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 640 BGB n.m. 57; Voit, in: BAMBERGER/ROTH, § 640 BGB n.m. 35.

ta— no existe objeto de prestación, sino que éste ha de ser producido; por esta razón es en el momento de la recepción cuando resulta posible y necesario comprobar si la obra se ajusta a las características acordadas o no <sup>110</sup>. Además en el contrato de obra sólo quedan excluidos algunos remedios, mientras que en el Derecho de compraventa quedan excluidos todos, incluso la pretensión de indemnización <sup>111</sup>. Finalmente estos dos regímenes se diferencian también en que en el derecho de compraventa, según el § 442, apartado 1, inciso 2, BGB, también el desconocimiento por culpa grave es lesivo, a no ser que «el vendedor (haya) ocultado fraudulentamente el vicio o (haya) otorgado una garantía de calidad.» En nuestra opinión, no es convincente el requisito de imponer una cierta comprobación del objeto de prestación al comprador, pero no al comitente, aunque éste mediante la recepción lo reconozca como esencialmente ajustado al contrato. En este sentido, el Derecho del contrato de obra debería ser armonizado con el Derecho de compraventa. En la práctica esto puede solucionarse a menudo considerando que, en el caso de vicio evidente, el comitente conocía el vicio en el momento de la recepción.

## F. ¿HAY CONCURRENCIA E INTERRELACIÓN ENTRE EL DERECHO DE GARANTÍA DEL CONTRATO DE OBRA Y EL DERECHO GENERAL DE OBLIGACIONES?

La recepción marca la diferencia entre ambos regímenes sólo en cuanto a la lesión del deber en forma de vicio. En el caso de lesión de cualquier otro deber que no sea la fabricación y producción de una obra libre de vicios, se siguen aplicando las disposiciones del Derecho general de obligaciones, incluso después de la recepción. Así, pues, junto con los §§ 633 y ss. BGB podría considerarse una pretensión de indemnización por lesión del deber de asesoramiento e información precontractual, según los §§ 311, apartado 2, y 280 y s. BGB <sup>112</sup>, o por lesión del deber de respetar los bienes jurídicos de la contraparte, según los §§ 280 y 241, apartado 2, BGB. Además podría haber lugar a responsabilidades penales, junto con una responsabilidad derivada de los § 633 y ss. BGB <sup>113</sup>.

<sup>110</sup> Sobre el distinto momento, extensamente: KOHLER, JZ 2003, 1081, 1084 y ss.

<sup>111</sup> V. también KOHLER, JZ 2003, 1081, 1032 y ss.

<sup>112</sup> Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 634 BGB n.m. 28.

<sup>113</sup> V. extensamente: BROX/WALKER, § 24 n.m. 52; TEICHMANN, JuS 2002, 417, 422; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 634 BGB n.m. 31.

Además de todo esto, en el marco de la llamada doctrina del carácter unitario de la pretensión se debate si las disposiciones del Derecho de garantía son aplicables con anterioridad a la recepción de la obra. Entonces, por ejemplo, el § 635, apartado 3, BGB también debería poder ser aplicable a la pretensión de cumplimiento antes de la recepción, de forma que el contratista pudiera oponer a dicha pretensión la excepción regulada en dicha norma<sup>114</sup>. Sin embargo, esto no resulta convincente, porque el contratista ya está obligado a proporcionar el resultado prometido antes de la recepción y porque, al no haberse aún materializado una prestación concreta que pueda ser aceptada por el comitente, la pretensión de éste tampoco puede centrarse en una obra concreta<sup>115</sup>. La desproporción del cumplimiento posterior sólo podrá determinarse precisamente con respecto a dicha obra. Así pues, hasta que se produzca la recepción, estamos en un ámbito fronterizo entre la imposibilidad, o bien la desproporcionalidad, del cumplimiento posterior y la inexigibilidad según el § 275 BGB<sup>116</sup>. Para aquellos casos en que el comitente rechace justificadamente la recepción de una obra terminada, se alega que el comitente ya antes de la recepción definitiva –y una vez vencido infructuosamente el plazo– pueda subsanar el vicio mediante la autoejecución y exigir los costes al contratista<sup>117</sup>.

## G. CONCLUSIONES

Los §§ 633 y ss. BGB se presentan en lo esencial como concreción de las disposiciones sobre lesión del deber en el Derecho del contrato de obra. Las disposiciones sobre la lesión del deber contenidas en el Derecho general de obligaciones y sus consecuencias jurídicas deben ser precisadas y, en su caso, modificadas atendiendo a los intereses de las partes en el contrato de obra. Esto facilitaría la aplicación del derecho y permitiría tener una imagen más detallada para controlar las condiciones generales de la contratación en el marco del § 307 BGB. La mayoría de las divergencias con el Dere-

<sup>114</sup> PALANDT/SPRAU, Intr. al § 633 BGB n.m. 7, § 635 BGB n.m. 2; también MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 634 BGB nn.mm. 3 y s. (producción como momento determinante); STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 640 BGB n.m. 11.

<sup>115</sup> Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 634 BGB nn.mm. 3, 4, 24.

<sup>116</sup> Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 634 BGB n.m. 4.

<sup>117</sup> MÜNCHKOMM/BUSCHE, § 634 BGB n.m. 3, § 635 BGB nn.mm. 3 s. (Fabricación como momento determinante); PALANDT/SPRAU, Intr. al § 633 BGB n.m. 7; Voit, en: BAMBERGER/ROTH, § 634 BGB n.m. 23; v. también: ERMAN/SCHWENKER, § 634 BGB n.m. 6 (final del plazo de cumplimiento posterior como momento determinante); en contrario: STAUDINGER/PETERS/JACOBY, § 634 BGB n.m. 13.

cho general de obligaciones se explican por los diferentes intereses existentes desde el momento en que el comitente acepta la obra como prestación esencialmente ajustada al contrato. Sólo a partir de este momento es preciso encontrar remedios que permitan al comitente comenzar a utilizar (o seguir utilizando) la cosa viciada. De esta forma solo surgirían diferencias substanciales en relación con la prescripción de los remedios relacionados con el vicio.





# Los sistemas de responsabilidad por defectos o vicios en el contrato de obra en el Ordenamiento jurídico español

**KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN**

Catedrático de Derecho civil

Universidad de Granada

## RESUMEN

*Entre las diversas cuestiones que pueden tener interés en un estudio de Derecho comparado sobre el contrato de obra en los ordenamientos jurídicos alemán y español, podemos señalar la responsabilidad por vicios o defectos en la obra. A diferencia de nuestro Derecho, en Alemania existe, desde la promulgación del BGB, un específico sistema de responsabilidad por vicios o defectos en cualquier obra (§§ 633 y ss.). Este sistema ha sido mejorado mediante la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002.*

*El Derecho español, por el contrario, sólo tiene un régimen específico previsto para la ruina de edificios (antes el art. 1591 CC, ahora el art. 17 LOE). La falta de una regulación específica para los vicios o defectos en las demás obras suscita numerosos problemas en el orden dogmático y práctico. Las divergencias que se aprecian entre los dos ordenamientos jurídicos no es, ni mucho menos, un obstáculo para un acercamiento de ambos, sino, al contrario, permite abrir un diálogo que puede ser de interés para ambas culturas jurídicas. Precisamente por el hecho de que en Alemania hay un sistema de responsabilidad específico para todas las obras, el modelo que articula puede ser de interés para nosotros que tenemos que buscar las soluciones fuera de la regulación del contrato de obra.*

*Nuestro estudio, centrado sobre todo en el Derecho español, con alguna incursión en el Derecho alemán, va a tener como ejes centrales el concepto de vicio o defecto, la recepción de la obra y las soluciones legales y jurisprudenciales en caso de vicio o defecto en la obra.*

**PALABRAS CLAVE**

*Contrato de obra; construcción; cumplimiento defectuoso; responsabilidad por vicios o defectos; recepción de la obra; acciones; garantías; protección de los consumidores.*

**ABSTRACT**

*Among the various issues that may be interesting in a study of comparative law on contracts for work in German and Spanish legal systems, we can especially point at the responsibility for errors or defects in the work. Unlike in our law, in Germany there exists a specific system of liability for vices or defects in any work (§ § 633 y ss.) since the enactment of the BGB. This system has been improved by the Law of Modernisation of the Law of Obligations of 2002.*

*Spanish law, by contrast, has only one specific regime for the ruin of buildings (prior art. 1591 Civil Code, now article 17 LOE). The lack of specific regulation for faults or defects in other works raises many problems in the order both dogmatic ones and practical ones. The differences as they exist between the two legal systems is not an obstacle to a rapprochement between the two systems, but on the contrary, opens a dialogue that may be of interest to both legal cultures. Precisely because of the fact that Germany has a specific responsibility for all works, the model might be of interest to us as we must look for solutions outside the regulation of contract work.*

*Our study, which focused primarily on Spanish law, with some insight into German law, will focus on the concept of vice or defect, the reception of the work and the legal and jurisprudential solutions in case of vice or defect in the work.*

**KEYWORDS**

*Liability for latent defects; liability for lack of conformity; system of remedies; damages*

**SUMARIO:** I. *Introducción.*—II. *El concepto de vicios o defectos en el contrato de obra:* 1. No existe un único concepto de vicios o defectos. 2. Los vicios o defectos ocultos en la compraventa. 3. Remisión a la compraventa. 4. Los vicios o defectos en los contratos con consumidores: 4.1 La protección general de los consumidores ante defectos o deterioros. 4.2 Los vicios o defectos en la compraventa de bienes de consumo. 5. Los vicios o defectos en la construcción de edificios. 6. Recapitulación.—III. *La recepción de la obra:* 1. La recepción de la obra en el Código civil. El significado de la recepción de la obra. 2. La recepción de la obra en la LOE. Puesta a disposición y aprobación de la obra por el promotor. 3. La recepción de la obra en el frustrado Proyecto de Ley de Regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra de 1994. 4. Efectos generales de la recepción de la obra. 5. Efectos de la recepción de la obra según su tipología. 6. El Rechazo de la obra. 7. Recapitulación.—IV. *Los diversos sistemas de responsabilidad y garantías por defectos o vicios en el contrato de obra:*

1. Planteamiento. 2. El régimen general de la responsabilidad contractual. 3. El forzado recurso a las normas de saneamiento por vicios o defectos ocultos. 4. La responsabilidad y las garantías en la construcción inmobiliaria: 4.1 Una breve referencia a la responsabilidad decenal *ex* artículo 1591 CC. 4.2 La responsabilidad del constructor en la LOE. 5. La responsabilidad y las garantías en el contrato de obra de «consumo» por vicios o defectos. 5.1 La responsabilidad y las garantías *ex* artículo 21.1 TRLGDCU. 5.2 Breve referencia a la instalación de un producto en conexión con un contrato de venta de bienes de consumo *ex* artículo 116.2 TRLGDCU. 5.3 Brevísima incursión en el sistema de responsabilidad y de garantías por falta de conformidad en la venta de bienes de consumo según los artículos 118 y ss. TRLGDCU. 6. El sistema de responsabilidad y de garantías en el contrato de obra según el fracasado Proyecto de Ley de Modificación de la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra de 1994. 7. Recapitulación.—V. *La necesidad de un sistema de responsabilidad por vicios o defectos en el contrato de obra*: 1. Planteamiento. 2. Un nuevo enfoque. 3. Algunas propuestas concretas: 3.1 La utilidad de un solo concepto: vicio o defecto. 3.2 La elaboración de un catálogo de vicios en la obra. 3.3 El vicio jurídico en la obra. 3.4 La recepción de la obra: una definición básica. 3.5 El principio de conformidad contractual y su traslación al contrato de obra. 3.6 El principal efecto de la recepción de la obra: un sistema de responsabilidad y de garantías específico. 3.7 Algunas claves de un sistema de responsabilidad y de garantías específico. 3.8 La autoejecución.

## I. INTRODUCCIÓN

Entre las diversas cuestiones que pueden tener interés en un estudio de Derecho comparado sobre el contrato de obra en los ordenamientos jurídicos alemán y español, podemos señalar la responsabilidad por vicios o defectos en la obra. A diferencia de nuestro Derecho, en Alemania existe, desde la promulgación del BGB, un específico sistema de responsabilidad por vicios o defectos en cualquier obra (§§ 633 y ss.). Este sistema ha sido mejorado mediante la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002.

El Derecho español, por el contrario, sólo tiene un régimen específico previsto para la ruina de edificios (antes el art. 1591 CC, ahora el art. 17 LOE). La falta de una regulación específica para los vicios o defectos en las demás obras suscita numerosos problemas en el orden dogmático y práctico. Las divergencias que se aprecian entre los dos ordenamientos jurídicos no es, ni mucho menos, un obstáculo para un acercamiento de ambos, sino, al contrario, permite abrir un diálogo que puede ser de interés para ambas culturas jurídicas. Precisamente por el hecho de que en Alemania hay un sistema de

responsabilidad específico para todas las obras, el modelo que articula puede ser de interés para nosotros que tenemos que buscar las soluciones fuera de la regulación del contrato de obra.

Nuestro estudio, centrado sobre todo en el Derecho español, con alguna incursión en el Derecho alemán, va a tener como ejes centrales el concepto de vicio o defecto, la recepción de la obra y las soluciones legales y jurisprudenciales en caso de vicio o defecto en la obra.

En primer lugar, queremos examinar lo que se entiende por vicios o defectos, cuya existencia constituye el presupuesto de un régimen específico de protección del comitente. Veremos que no existe un concepto uniforme de lo que se entiende por vicios materiales. Y nos es totalmente desconocido el concepto de vicios jurídicos en el contrato de obra. La coexistencia de diversos conceptos de vicios o defectos condiciona, en gran medida, el sistema de responsabilidad que sea de aplicación al caso concreto.

En segundo lugar, un régimen de responsabilidad específico está justificado a partir de la recepción de la obra. En nuestro Derecho, a diferencia del Derecho alemán, no está tan claramente perfilada la recepción de la obra como el momento determinante del cual se derivan efectos jurídicos específicos que afectan al régimen de responsabilidad y a las garantías. Por eso, se va a examinar este acto fundamental de la fase dinámica del contrato de obra.

Y, en tercer lugar, nos centraremos en los diversos regímenes de responsabilidad que sean de aplicación para cuando una obra que se recibe resulta viciada o defectuosa. La diversidad de respuestas que da nuestro ordenamiento jurídico en esta materia es más un obstáculo que una ventaja para la protección de los intereses del comitente.

El estudio de estos tres temas nos permite comprender la necesidad que tiene nuestro ordenamiento jurídico de una regulación nueva del contrato de obra y de unas normas específicas de protección por vicios o defectos, en la que puede ser una buena referencia la regulación alemana.

## **II. EL CONCEPTO DE VICIOS O DEFECTOS EN EL CONTRATO DE OBRA**

### **1. NO EXISTE UN ÚNICO CONCEPTO DE VICIOS O DEFECTOS**

En el lenguaje jurídico se utiliza mucho más la palabra vicio que la palabra defecto. Aunque el término defecto puede tener un significado más amplio que el término vicio, es común utilizar ambos de

forma indistinta. Una obra que no está bien hecha es una obra defectuosa, pero también se dice que es una obra que tiene vicios. La palabra vicio tiene quizá un significado más intrínseco que la palabra defecto cuando la obra no está bien ejecutada. La palabra defecto, por el contrario, está más relacionada con la no funcionalidad del objeto (la cosa que se vende, la obra que se realiza).

El Código civil no utiliza en sede del contrato de obra más que una vez la palabra vicio, concretamente en el artículo 1591, que se ocupa de los vicios de la construcción. Sorprende la ausencia de una norma general para los vicios o defectos en la obra. No tenemos una norma general como el § 633 BGB que, en su versión antigua, se refiere al vicio de cualquier contrato de obra, que se describe como la falta de unas de las cualidades prometidas en la obra o que tiene un defecto en la obra que le quita o disminuye el valor o la utilidad para el uso corriente o presupuesto en el contrato. En la versión moderna del § 633, se introduce la distinción entre vicios materiales y vicios jurídicos. Se describe en términos semejantes cuando no hay un vicio material en el apartado segundo, y se explica también cuando no hay un vicio jurídico, diciendo el apartado segundo que *La obra está libre de vicios jurídicos si un tercero no puede hacer valer frente al comitente derecho alguno sobre la obra o únicamente los derechos que derivan del contrato*. En el BGB, la ausencia de vicios materiales y jurídicos se describe en términos amplios.

En el Proyecto de Ley de modificación de la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra de 1994 aparecen a lo largo del texto los términos vicios o defectos (art. 1594), vicios manifiestos (art. 1591) y vicios de la construcción (art. 1599). Aunque no lo dice, es evidente que el Proyecto de Ley se refiere exclusivamente a los vicios o defectos materiales. Por otra parte, no dice lo que se entiende por vicios o defectos. Sólo en la obra de edificios se dice lo que es ruina: *Hay ruina cuando el edificio o la obra se pierde o resulta inútil para su destino*<sup>1</sup>. No obstante, el artículo 1594 se refiere a los vicios causados por mala calidad de los materiales (suministrados por el propio comitente) y a los vicios o defectos que hagan la cosa inadecuada para su uso normal o convenido o resulten de imposible corrección (en tales casos, el comitente puede optar directamente por la resolución del contrato de obra).

<sup>1</sup> Ninguna reflexión merece esta ausencia de una definición –descriptiva– por parte de E. CORDERO LOBATO, en «Notas al Proyecto de ley por el que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra», *RDP*, 1995, pp. 875 y ss.

En el ordenamiento jurídico actual, por el contrario, para saber lo que se entiende por vicios o defectos en la obra tenemos que acudir a los diversos regímenes de responsabilidad que sean de aplicación al contrato de obra. Está, por un lado, la responsabilidad por vicios en la construcción *ex* artículos 1591 CC y 17 LOE. Por otro, la responsabilidad por vicios o defectos de la compraventa *ex* artículos 1484 y ss. CC a los que se recurre en ocasiones para proteger al comitente. En su caso, podrían ser también de aplicación, por analogía *legis*, el artículo 114 TRLGDCU. Para los vicios jurídicos se debe estar a los artículos 1474 y ss. CC. Estos preceptos prevén diversos sistemas pensados para supuestos concretos (la responsabilidad por vicios en la construcción) y para supuestos distintos al contrato de obra (vicios o defectos de la cosa vendida). Y, como marco jurídico básico, siempre se puede tener en cuenta el régimen general de la responsabilidad contractual *ex* artículos 1101 y ss. CC, incluso cuando ha tenido lugar la recepción de la obra.

## 2. LOS VICIOS O DEFECTOS OCULTOS EN LA COMPRAVENTA

Existe una cierta similitud entre la compraventa y el contrato de obra. La entrega de una cosa a cambio de un precio son elementos esenciales de uno y otro contrato. La cosa que se vende debe haberse elaborado previamente, si bien lo que se vende es la cosa en sí misma conforme con el contrato de compraventa. En el contrato de obra lo que se entrega es la obra ejecutada conforme con lo acordado por el contratista y el comitente. La afinidad del contrato de obra con la compraventa es, en este punto, aún mayor cuando el contratista aporta materiales. En la evolución del contrato de obra se aprecia una aproximación cada vez mayor a la compraventa, en particular en cuanto a las garantías por vicios o defectos. La Reforma alemana de 2002 tiene presente esta proximidad, en particular en la responsabilidad contractual por vicios o defectos (*cf.* § 651 BGB<sup>2</sup>).

Al margen de la invocación del artículo 1553 CC, que remite a las normas de saneamiento de la compraventa cuando la cosa arrendada tiene algún vicio o defecto, remisión que puede invocarse para el contrato de obra<sup>3</sup>, son pocos los casos judiciales en los que se ha aplicado la normativa de saneamiento por vicios o defectos ocultos.

<sup>2</sup> Vean el estudio específico de C. BUSCH sobre el § 651 BGB en este número, pp.189 y ss.

<sup>3</sup> Así, expresamente, L. DíEZ-PICAZO, «Ley de Edificación y Código civil», ADC, 2000, p. 7.



### 3. REMISIÓN A LA COMPRAVENTA

Es en la sede de la compraventa donde hay una regulación específica de los vicios o defectos, a cuyo régimen jurídico se podría acudir –por remisión del artículo 1553 CC– para proteger al comitente a falta de una normativa específica. El saneamiento del CC está pensado para la venta de cosa específica, por lo que las soluciones que ofrece cuando existen vicios o defectos pueden trasladarse al contrato de obra, el cual, por su propia naturaleza, tiene un objeto específico, a no ser que la obra sea realizada en cadena.

Una de las obligaciones del vendedor es el saneamiento de la cosa objeto de la venta (art. 1461 CC). No es una obligación derivada del incumplimiento del contrato de compraventa por la entrega de una cosa defectuosa, sino una obligación impuesta por el legislador al vendedor para proteger al comprador<sup>4</sup>. La satisfacción del comprador se produce con la entrega de la cosa vendida. Una vez entregada, si la misma no satisface al comprador, el Código civil regula un sistema de saneamiento (arts. 1474 y ss. CC), distinguiendo entre el saneamiento en caso de evicción (vicios jurídicos), el saneamiento por defectos (vicios materiales) y el saneamiento por gravámenes ocultos de la cosa vendida (vicios jurídicos). Para el artículo 1475 CC, *tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo parte de la cosa comprada*<sup>5</sup>. El artículo 1484 CC se ocupa de los vicios materiales, distinguiendo entre defectos ocultos, defectos manifiestos y defectos que pudieron detectarse fácilmente por el comprador por razón de su oficio o profesión. Sólo por los defectos ocultos responde el vendedor. Aunque el artículo 1484, cuando se refiere a los defectos ocultos, nos habla de cosa impropia para el uso a que se destina la cosa vendida o de expectativas del comprador que no se ven satisfechas por la disminución del uso a causa de los defectos, es requisito, en cualquier caso, que haya un defecto oculto. Lógicamente el defecto oculto ha de tener una cierta gravedad. Así lo viene exigiendo la jurisprudencia desde siempre (*ad exemplum* STS de 31 de enero de 1970 –RJA 370–). No obstante, cabe precisar que la gravedad es

<sup>4</sup> Debe señalarse que en la doctrina española siempre ha sido muy vivo el debate en torno a si las acciones edilicias tienen su basamento en el incumplimiento o en el cumplimiento defectuoso o responden a un sistema especial de protección. *Vid.* la exposición doctrinal de N. FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, prólogo A. M. MORALES MORENO, Madrid, 1996, pp. 138 y ss.

<sup>5</sup> Por todos, R. DURÁN RIVACOBIA, *Evicción y saneamiento*, prólogo de A. de FUENMAYOR Y CHAMPÍN, Cizur Menor (Navarra), 2002.

una exigencia para cuando se hace valer la acción redhibitoria. Sin embargo, no es nada claro cuándo un defecto es oculto. Es la jurisprudencia la que ofrece algunos criterios<sup>6</sup>. Son defectos ocultos, *deterioros, desperfectos o irregularidades en la calidad o idoneidad de los objetos suministrados que dificultan la utilidad de lo adquirido* (SSTS de 17 de febrero de 1994 –RJA 1621–, 28 de febrero de 1997 –RJA 1322– y 16 de noviembre de 2000 –RJA 9598–). El término defecto se relaciona con algo que ésta mal. No obstante, el defecto oculto tiene normalmente un carácter funcional. Hay defecto si la cosa no es útil al comprador o no es idónea o no reúne las calidades exigidas. Pero el concepto defecto tiene en el Código civil un significado más reducido que en el Derecho alemán, dado que no es defecto en sede del artículo 1484 CC la entrega de una cosa distinta o de menor cantidad (*cf.* § 633.2, párrafo último, BGB). El problema es que nuestra jurisprudencia no ha podido establecer criterios precisos y determinantes de diferenciación entre prestación defectuosa y entrega de cosa distinta de la debida (*aliud pro alio*)<sup>7</sup>. Esta falta de criterios ha dado lugar a una jurisprudencia insegura que no beneficia en nada al comprador. En cuanto a que el defecto ha de ser oculto y grave no deja de ser algo circunstancial, debiéndose estar a cada caso particular, lo que también explica que haya una jurisprudencia muy casuística.

La exigencia de que el vicio o defecto sea oculto ha perdido su razón de ser en una sociedad donde las obras tienen un alto nivel técnico. Incluso para un profesional es difícil percatarse de la existencia de vicios o defectos tanto en obras muebles como en obras inmuebles e inmateriales. Lo determinante no debe ser que exista un vicio o un defecto oculto, sino que lo que se entrega al comprador no es conforme con el contrato o con lo que él esperaba.

Por otra parte, el saneamiento *ex* artículos 1484 y ss. CC es de aplicación a los vicios o defectos que son aparentes, que no se deben identificar con los vicios o defectos manifiestos, que son los que podían haberse conocido por el comprador por razón de su oficio o profesión.

Los mismos criterios legales, jurisprudenciales y doctrinales del defecto o vicio en la compraventa son aplicables al contrato de obra. La invocación de las acciones de saneamiento por el comitente requiere la acreditación de que la obra que se denuncia tiene un vicio o un defecto oculto y grave. El comitente se va a encontrar con los mismos problemas que el comprador: tiene que probar que hay

---

<sup>6</sup> Por todos, M.<sup>a</sup> P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y M.<sup>a</sup> Isabel MONDÉJAR PEÑA, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, dir. M. Pasquau Liaño, coords. K. J. ALBIEZ DOHRMANN y A. LÓPEZ FRÍAS, t. III, ed. 2.<sup>a</sup>, Granada, 2009. p. 3028.

<sup>7</sup> *Vid.* la obra anterior, pp. 3023-3026.

propriadamente un defecto que permite el saneamiento, que es oculto y grave, lo cual va a depender muchas veces de circunstancias concretas (complejidad de la obra, conocimientos técnicos del comitente...). Si su defensa se deriva hacia el incumplimiento del contrato, porque la obra no se ajusta a lo estipulado, entonces ya no se trata de un supuesto de saneamiento, sino de un incumplimiento, cuyos requisitos son bien diferentes al saneamiento. Una diferencia sustancial con la compraventa es que en el contrato de obra el riesgo es siempre para el constructor hasta la recepción de la obra. En la compraventa, por el contrario, el riesgo es para el vendedor o el comprador según la cosa sea genérica o específica, con la particularidad de que cuando sea específica el comprador asume el riesgo desde el momento de la celebración de la compraventa. Otra singularidad importante en el contrato de obra es que la responsabilidad por defectos puede recaer, según los casos, también en el comitente.

En realidad, es escasa la jurisprudencia que resuelve supuestos judiciales de obras defectuosas con base en la normas del saneamiento *ex* artículos 1484 y ss. CC. Las obras de edificios tienen su marco legal específico en los artículos 1591 CC y 17 LOE. Sólo cuando se trata de vicios que no tienen cabida en estos marcos legales específicos, se recurre, en alguna ocasión, a las normas de saneamiento de los artículos 1484 y ss. Donde pueden tener un mayor interés estos preceptos es en el contrato de obra mueble y en el contrato de obra inmaterial. En dos resoluciones que tienen por objeto obras mobiliarias encargadas por el comitente ninguna reflexión especial se hace sobre los requisitos específicos del saneamiento. En la STS de 14 de octubre de 1968 (RJA 4386), se aprecia que la obra textil es una manufactura de mala calidad, no siendo apta para su adaptación o norma de comercio. En ningún momento se discute que hay un defecto o vicio oculto. La falta de calidad se podía haber llevado también al incumplimiento contractual. Por eso, como dice la jurisprudencia, la aplicación de un sistema u otro, depende de las acciones que se ejerciten. Igualmente queda relegada la cuestión de si hubo defectos ocultos o no en la construcción de una maquinaria, que después fue arrendada, en la STS de 23 de abril de 1999 (RJA 2591), que, además, matiza que no es de aplicación el artículo 1591 CC.

Si ya no es muy apropiado el requisito del vicio o defecto oculto en la compraventa, menos lo es aún en el contrato de obra, donde la obra alcanza normalmente niveles técnicos altos. También en sede del contrato de obra, lo verdaderamente importante es que la obra ejecutada sea conforme con lo pactado, con lo esperado por el comitente o según los usos de la construcción (preferentemente los usos técnicos).

#### 4. LOS VICIOS O DEFECTOS EN LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES

##### 4.1 La protección general de los consumidores ante defectos o deterioros

La LGDCU, en su redacción originaria, la Ley 44/2006, de 29 de diciembre y el actual Texto Refundido, prevén un sistema de garantías a favor del comprador. Aun cuando el antiguo artículo 11.1 y el moderno artículo 21 son normas generales, se puede afirmar que recogen unas reglas básicas de protección para los casos de defectos y deterioros en los contratos con consumidores. Es verdad que se habla en términos muy generales de productos y servicios. Cuando hay un defecto o un deterioro, el consumidor –dice la norma– puede hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento. En relación con los bienes de naturaleza duradera, el artículo 11.3.a) concedía al consumidor una garantía consistente en *la reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados*. Este derecho, la reparación del producto, supuso en su momento una verdadera novedad por no estar contemplado en el régimen del saneamiento de la compraventa. Este nuevo derecho de reparación estaba pensado para la compraventa, pero que también se podía invocar en un contrato de obra. El artículo 11.3.b) establecía que *en los supuestos en que la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el titular tendrá derecho a la satisfacción del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado*. Este precepto contemplaba otro nuevo derecho, cual es el derecho de sustitución de la cosa, que no es, sin embargo, opcional. Estas normas constituyeron un adelanto de lo que iba a ser después la protección del consumidor/comprador a nivel comunitario. Aunque el artículo 11.1 (versión 1984 y 2006) se refiere a contratos en general, es obvio que estaba pensado particularmente para los contratos de venta de bienes de consumo, aunque nada impedía su aplicación a otros contratos como el contrato de obra.

No se podía desconectar el artículo 11 con los artículos 25 y ss. LGDCU, que regulaban un sistema general de garantías y responsabilidades a favor del consumidor.

En el TRLGDCU, el artículo 21.1 dice igualmente que el consumidor puede reclamar las garantías en caso de defecto o deterioro.

Entre las garantías, se concede al consumidor, como en la norma antigua, la devolución equitativa del precio de mercado del bien o servicio, total o parcialmente en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Sin embargo, se suprime toda referencia a las demás acciones y garantías previstas en el antiguo artículo 11.3.a) y b). Y, al mismo tiempo, se añade un párrafo nuevo en el artículo 21.1 –el último– que está pensado exclusivamente para la venta de bienes de consumo: *La devolución del precio del producto habrá de ser total en el caso de falta de conformidad del producto con el contrato, en los términos previstos en el Título V del Libro II.* Este Título – arts. 114 y ss.– contempla ahora la opción del comprador de pedir la reparación o la sustitución de la cosa vendida y entregada.

Sobre la distinción que hace el nuevo texto legal entre incumplimiento y cumplimiento defectuoso nos pronunciaremos más adelante. Ahora mismo, nos interesa subrayar que tanto la LGDCU como su Texto Refundido no se refieren a vicios o defectos ocultos, sino a defectos o deterioros. El defecto o deterioro ha de referirse a calidades o a niveles de prestación según ambos textos. La doctrina defiende un concepto amplio y global del defecto o deterioro, identificándolo con la falta de conformidad. Ya en 1990, Rubio Garrido decía que es *communis opinio* el propugnar un concepto de vicio formalizado, definido por la buena fe objetiva, que desdibuja las clásicas distinciones –nunca nítidas– entre vicios, faltas de calidades y *aliud pro alio*, y las sustituye por la idea globalizadora de la «no conformidad» o de la infracción de la «expectativa legalmente esperable por el comprador»<sup>8</sup>. Algunos de los problemas que suscitó el artículo 11 con la Ley 23/2003, insertada ahora en los artículos 114 y ss. TRLGDCU, han sido resueltos, pero subsisten para los demás contratos de consumo. Se discute si existen diferencias entre vicios y falta de calidades, si el entonces artículo 11 y ahora artículo 21 sólo cubre vicios o falta de calidades leves, mientras que los vicios o defectos graves se deben llevar al artículo 1124 CC o al artículo 1484 CC y demás normas concordantes<sup>9</sup> (siempre que las normas de saneamiento son aplicables, como, p. e., al contrato de obra). Se trata más de una cuestión de interpretación legal que otra cosa, dado que, efectivamente, la LGDCU no tenía voluntad de sustituir los sistemas tradicionales de responsabilidad contractual por un sistema nuevo. Este debate

<sup>8</sup> Palabras de T. RUBIO GARRIDO, «La garantía» del artículo 11 LCU, *ADC*, 1990, p. 895.

<sup>9</sup> RUBIO GARRIDO lo discute, sobre todo con A. PARRA LUCÁN, *op. cit.*, p. 896. PARRA LUCÁN, en el artículo 11 la falta de calidad puede constituir, en su caso, un vicio, pero no cualquier vicio es una falta de calidad, «Garantía del artículo 11 LGDCU», *ADC*, 1988, p. 530. Por otra parte, para esta autora, el artículo 11 comprende también los vicios aparentes (p. 534).

afectaba de alguna manera a los contratos con consumidores que no fuesen venta de bienes de consumo. La concurrencia de diferentes conceptos de defecto, los diversos planteamientos en torno a las consecuencias jurídicas por falta de idoneidad o falta de calidades y las diversas acciones que entonces tenía el consumidor para defenderse pusieron de manifiesto lo insatisfactorio que era en aquel momento nuestro sistema.

En la actualidad, este debate carece del interés debido sobre todo a la mutilación del artículo 11 LGDCU por el artículo 21 TRLGDCU, en el que desaparecen los derechos de reparación y de sustitución. Con ello, el artículo 21 ha perdido bastante de relevancia práctica<sup>10</sup>, si bien es verdad que nunca se hizo uso del antiguo artículo 11<sup>11</sup>. El comitente-consumidor puede encontrar, en todo caso, una protección en las normas generales *ex* artículos 128-134.

Al margen de estas consideraciones legales, cabe preguntarse, no obstante, si el contrato de obra en el que aparece un usuario/consumidor puede equipararse a otros contratos, como la venta de bienes de consumo. Conviene diferenciar claramente entre contratos de obra estandarizados y de obras personalizadas, es decir, obras de producción industrial y concreta. En las obras personalizadas, el desequilibrio es, normalmente, menor que en otros contratos con consumidores. En todo caso, donde hay que buscar más la protección es a través del control de las condiciones generales y de las cláusulas no negociadas en contratos individuales, en concreto las que limiten la responsabilidad del empresario por defectos o vicios en la obra.

#### 4.2 Los vicios o defectos en la compraventa de bienes de consumo

Que sepamos, en la doctrina española apenas se ha planteado la posible aplicación de las normas de la venta de bienes de consumo al contrato de obra de cosa mueble en el que el comitente tiene la condición de consumidor/usuario<sup>12</sup>. Al igual que se puede recurrir a las normas de saneamiento de la compraventa, se puede, por qué

<sup>10</sup> Vid. J. M. BUSTO LAGO, en la obra colectiva *Comentario del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Cizur Menor (Navarra, 2009), p. 298.

<sup>11</sup> Por las razones que sean, no ha tenido ninguna aplicación jurisprudencial. A. PARRA LUCÁN lo achaca a la formulación tan vaga del artículo 11, «Comentario al artículo 21», en *Comentarios a la Normas de Protección de los Consumidores*, dir. S. Cámara Lapuente, Majadahonda (Madrid), 2011, p. 289.

<sup>12</sup> En el apartado dedicado a los contratos a los que se aplica la normativa especial (entonces la Ley de 2003), M.<sup>ª</sup> T. ÁLVAREZ MORENO, en la obra colectiva dirigida por S. DÍAZ ALABART, *Garantía en la venta de bienes de consumo*, Madrid, 2006, es partidaria de su aplicación (p. 38), pero no profundiza en las posibles consecuencias jurídicas.

no, acudir a los artículos 114 y ss. TRLGDCU, cuyo régimen de garantías tiene por principio general la conformidad del comprador con la cosa vendida y entregada. El vendedor es responsable de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto. Cuándo hay conformidad, viene determinado en el artículo 116 del citado texto legal. Cuatro son los principales criterios de conformidad: la identificación del objeto del contrato, la funcionalidad objetiva y subjetiva del bien adquirido y la calidad y prestaciones habituales del bien<sup>13</sup>. La falta de conformidad supone que existe un defecto o un vicio, entendido en sentido amplio. Salvando las distancias del contrato de obra entre empresario y consumidor/usuario y el contrato de venta de bienes de consumo, el principio de conformidad y las reglas de conformidad de la compraventa se pueden trasladar a aquél. No olvidemos, por otra parte, que el contrato de instalación –que es un contrato de obra– cuando está vinculado a un contrato de venta de un bien de consumo, está sujeto a las mismas reglas de conformidad. El artículo 116.2 se refiere a la incorrecta instalación. Su significado es amplio, debiéndose estar a lo que es incorrecto desde el punto de vista razonable conforme con los usos o las exigencias de la buena fe<sup>14</sup>.

Una de las notas comunes de la venta de bienes de consumo y el contrato de obra es que hasta el momento de la entrega (caso de la venta) y el de la recepción (caso de la obra), el riesgo de lo que se entrega lo asume el vendedor y el contratista.

La Reforma alemana de 2002 hace coincidir el defecto o vicio material de la obra con el de la entrega de la cosa vendida y entregada, pudiendo apreciarse similitudes entre los §§ 633.2 y el § 434 BGB. Igualmente, se establece una similitud entre los §§ 633.3 y 435 BGB, que tienen por objeto los vicios jurídicos. Ha de precisarse que aunque la Directiva sirvió de revulsivo para una gran reforma de la compraventa, ésta se inspiró en el contrato de obra, que sirvió de referencia para abordar los problemas del cumplimiento defectuoso por vicios. La cuestión que hemos suscitado en el Derecho español no tiene sentido en el ordenamiento jurídico alemán por cuanto el régimen de los vicios en el contrato de obra se rige por reglas que son casi idénticas a la compraventa, en la que no se hace distinción, a estos efectos, entre la compraventa en general y la venta de bienes de consumo (ello no obsta a que existen normas especiales para esta otra venta en la que el comprador es un consumidor –*cfr.* §§ 474 y ss. BGB–).

---

<sup>13</sup> *Vid.*, por todos, J. AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo. Problemas, propuestas y perspectivas de la venta y garantías en la Directiva 1999/44/CE y la Ley 23/2003*, Granada, 2006, pp. 268 y ss.

<sup>14</sup> AVILÉS GARCÍA, nota anterior, p. 301.



Es obvio que en nuestro Derecho no se puede equiparar la falta de conformidad con el saneamiento por los vicios o defectos ocultos, puesto que responden a sistemas distintos<sup>15</sup>. El nuevo sistema (introducido por la forzosa transposición de la Directiva 1999/44/CE) si no sustituye, al menos moderniza el sistema de saneamiento por vicios o defectos ocultos, en el que desaparecen los vicios ocultos como requisito de las acciones de saneamiento; además, el nuevo sistema comprende cualquier anomalía de calidades de cierta importancia –eso sí esenciales– y en el que tiene también cabida la figura *aliud pro alio*. Me parecen muy acertadas las palabras de Rubio Garrido, pronunciadas mucho antes, cuando afirma que la imposición de un nivel mínimo inderogable de calidad e idoneidad determina una cierta erosión del criterio tradicional del carácter oculto del vicio y una ampliación del ámbito de protección dispensable al consumidor<sup>16</sup>. Nuestro sistema está aún lejos del sistema alemán que ha optado, con carácter general, por el criterio de la *Be-schaffungsvereinbarung*, equivalente al principio de conformidad. Si se quiere proteger más al comitente, con independencia de que sea usuario, profesional o particular, haría falta, primeramente, una revisión de nuestro sistema y la elaboración de propuestas más en la línea de la falta de conformidad, como principio rector del contrato de obra.

## 5. LOS VICIOS O DEFECTOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE EDIFICIOS

En la actualidad, el concepto de vicio o defecto en la construcción de edificios es más claro en el artículo 17 LOE que en el artículo 1591 CC. Si bien el concepto de vicio de la construcción del artículo 1591 CC está circunscrito al vicio propiamente ruinógenos, la jurisprudencia ha ido ampliando el concepto de ruina hasta tal punto que es ruina cualquier imperfección o defecto relevante en la construcción. Ello ha permitido un considerable ensanchamiento jurisprudencial del concepto de ruina. Esta progresiva ampliación ha provocado que el tradicionalmente llamado sistema de responsabilidad decenal se hiciera omnipresente, desplazando las normas generales de responsabilidad contractual<sup>17</sup> y las normas de saneamiento por vicios o defectos ocultos (si bien la jurisprudencia ha cuidado en subrayar sus diferencias

<sup>15</sup> Una clara exposición se puede encontrar en la obra de N. FENOY PICÓN, *El sistema de protección del comprador*, Madrid, 2006, pp. 32 y ss.

<sup>16</sup> Pronunciadas en 1990, *op. cit.*, p. 897.

<sup>17</sup> Denunciado por R. BERCOVITZ, RODRÍGUEZ-CANO en su comentario de la STS de 9 de mayo de 1983, *CCJC*, 1983, p. 598.

–p. e., STS de 4 de marzo de 1998 –RJA 1039–). La ruina puede ser total o parcial, presente o futura, física, técnica o funcional<sup>18</sup>. La jurisprudencia elaborada en sede del artículo 1591 CC sigue teniendo en la actualidad un valor jurídico interpretativo: en primer lugar, para las construcciones de inmuebles que quedan fuera de la LOE y, en segundo lugar, sirve de interpretación del artículo 17 LOE.

En la LOE, el término vicio ruinógeno ha sido sustituido por expresiones más genéricas y descriptivas. El artículo 17 se refiere a vicios o defectos que causan daños materiales al edificio y especifica cuáles son esos vicios o defectos que pueden dar lugar a la responsabilidad prevista en la nueva Ley: los que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometen directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio; los que afecten a elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad, y los que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras<sup>19</sup>. Como veremos más adelante, ello no impide que el promotor pueda acudir a las normas generales de la responsabilidad contractual (admitido expresamente en el artículo 17.1 LOE); además, hay supuestos de defectos y daños (p. e., daños no materiales) de la construcción que no tienen encaje en el artículo 17, pero que pueden encontrar su solución en las normas del Código civil.

## 6. RECAPITULACIÓN

En el lenguaje jurídico se utilizan diversos términos como defecto, vicio, deterioro, incorrección, deformidad, ruina... mediante los cuales se quiere describir un hecho fáctico para denunciar el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso del contrato de obra. Se añaden adjetivos como los que siguen: manifiesto, aparente, grave, oculto, ruinógeno, no ruinógeno, material, jurídico... y que sirven para determinar y delimitar posibles responsabilidades del contratista. Salvo el término vicio por ruina, los demás términos proceden de la compraventa pero han sido incorporados en el contrato de obra. Sólo razones históricas pueden explicar que no exista en el Código civil una norma general como la que existe para la compraventa. La falta de una norma general

<sup>18</sup> Vid. la jurisprudencia resumida en el comentario del artículo 1591 CC de J. M., ABRIL CAMPOY, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, dir. M. PASQUAU LIAÑO, coords. K. J. ALBIEZ DOHRMANN y A. LÓPEZ FRÍAS, t. III, Granada, 2009, pp. 3239-3240.

<sup>19</sup> Por todos, vid. E. CORDERO LOBATO (y otros), *Régimen Jurídico de la Edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 373 y ss.

sobre lo que se entiende por vicio o defecto, o que determine cuándo no hay vicio o defecto, ha dado lugar a una jurisprudencia poco concisa y a veces contradictoria.

El vicio o defecto de una obra tiene en el Derecho moderno otro significado, mucho más próximo a la falta de conformidad. Se puede describir el defecto de la obra o determinar en qué casos no hay defecto. Ciertamente, no cualquier defecto puede dar lugar a una protección específica, sino sólo aquél que sea sustancial, sujeto en muchas ocasiones a valoración. Por eso, es bueno que se introduzcan algunos criterios como la conformidad con la obra y la finalidad de la obra. En la actualidad, una obra que resulta viciada o defectuosa es un cumplimiento defectuoso, un incumplimiento, por cuanto el contratista tiene la obligación de realizar una obra conforme con un resultado que viene determinado previamente en el contrato de obra. Lo verdaderamente importante es que la obra que se ha encargado sea hábil, idónea, útil. Sólo entonces, el contratista ha cumplido con su obligación y se ha satisfecho el interés del comitente. El cumplimiento del contratista se determina en el momento de la recepción de la obra.

### III. LA RECEPCIÓN DE LA OBRA

#### 1. LA RECEPCIÓN DE LA OBRA EN EL CÓDIGO CIVIL. EL SIGNIFICADO DE LA RECEPCIÓN DE LA OBRA

Nos interesa centrarnos ahora en la recepción de la obra. Es un momento clave para que el comitente puede hacer valer las garantías frente al contratista, al ser, por norma general, el momento del cumplimiento del contrato de obra.

El Código civil no contempla de manera general este momento del contrato de obra. La recepción forma parte de la fase dinámica del contrato de obra, es decir, del cumplimiento del contrato de obra. Es, según subraya la doctrina alemana, una prestación principal (*Hauptleistung*)<sup>20</sup>. Sólo los artículos 1592 y 1598.1 CC, que están pensados para supuestos muy concretos, se refieren a la recepción de la obra. Por la importancia que tiene la recepción de la obra en el cumplimiento del contrato de obra, sería bueno que hubiese una norma general en el Código civil –como la hay en el BGB (*cf.*: § 640)– que se refiriese a este momento, incluso que la definiera.

<sup>20</sup> Vean el estudio de S. SENDMEYER realizado en este número, pp. 585 y ss.

Ha sido la doctrina la que se ha ocupado especialmente de explicar lo que es la recepción de la obra<sup>21</sup>. En términos muy básicos, la recepción de la obra es la puesta a disposición y aprobación de la obra. La puesta a disposición significa que se ha terminado –total o parcialmente– la obra, que está ejecutada para poder ser ocupada y disfrutada por el comitente, para que la obra sea estimada «de recibo», dice la importante STS de 14 de octubre de 1968 (RJA 4386). Pero para que la recepción de obra pueda producir efectos es necesario que el comitente haya aprobado la obra. En la recepción de la obra han de darse los dos actos, lo que los alemanes llaman un *Doppeltatbestand*. Cuando el contratista pone a disposición del comitente la obra es que considera que la obra está ejecutada según lo acordado por las partes y que puede ser aprobada por el comitente. La recepción de la obra requiere la participación de ambos sujetos del contrato de obra: el contratista y el comitente. No se trata propiamente de un negocio jurídico. No obstante, dado que la recepción de obra requiere la participación de ambos sujetos del contrato de obra, puede entenderse que se trata al menos de una actuación negocial (*geschäftsähnliche Handlung*), según la doctrina dominante en Alemania, a la que son de aplicación por analogía las normas del contrato (p. e., en materia de capacidad o de vicios)<sup>22</sup>. Conforme con lo dicho hasta ahora, para nosotros la recepción de la obra no es simplemente un acto jurídico y menos aún un acto unilateral. Es un acto que requiere la participación del contratista y el comitente, y, por tanto, tiene ciertas semejanzas con el negocio jurídico, pero sin llegar a serlo.

Dado que en la recepción de la obra intervienen ambos sujetos del contrato de obra, es necesaria la colaboración entre ellos. Cuanto mayor sea la complejidad del contrato de obra, mayor profesionalización se requiere: ello aconseja, en ocasiones, la intervención de profesionales.

---

<sup>21</sup> Por todos, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «La recepción de la obra», *ADC*, 1978, pp. 287 y ss. En el mismo año, se publica la obra de F. J. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, 1978, Madrid. Este autor distingue entre verificación, aceptación y entrega de la obra. Para él, la recepción de la obra requiere una participación activa del comitente, que consiste en una declaración de voluntad, en cuya virtud acepta la prestación del contratista (p. 53).

<sup>22</sup> Para CABANILLAS SÁNCHEZ es un acto debido jurídicamente, porque si la obra ha sido correctamente construida, el comitente debe aprobarla («La recepción...», *op. cit.*, p. 299). SÁNCHEZ CALERO es de la misma opinión, *op. cit.*, pp. 56-57. Niega, por tanto, que la recepción de la obra sea un negocio jurídico, según defiende la doctrina italiana que cita (nota 43). Parece que L. Díez-PICAZO es de la misma opinión, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial IV. Las particulares relaciones obligatorias*, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 386. También MARTÍNEZ MAS considera que la recepción de la obra es un acto jurídico obligatorio, matizando que es unilateral, *La terminación, entrega, recepción y liquidación el contrato de obra de edificios (adaptada a la Ley de Ordenación de la Edificación)*, Madrid, 2001, p. 81.

La recepción de la obra puede ser expresa o tácita, pudiendo ser acordada contractualmente en el mismo contrato de obra o después. Es tácita cuando no hay reclamación en un determinado plazo (STS de 6 de mayo de 2009, RJA 2912).

La toma unilateral de posesión de la obra por el comitente no es propiamente una recepción. La STS de 22 de junio de 1996 (RJA 6607) analiza un caso donde la dueña de la obra tiene que tomar posesión de la obra ante el incumplimiento del constructor. El TS niega –correctamente– que hubiese una recepción definitiva, debiendo ser calificada, en todo caso, de provisional.

La doctrina española distingue entre la verificación y la aprobación de la obra. La verificación es un examen de la obra. Este examen de la obra en curso no sustituye el examen final ni la recepción de la obra<sup>23</sup>. Se trata, de un acto, de alcance más o menos técnico según la complejidad de la obra, que realiza el propio comitente o un tercero. Normalmente, la verificación coincide con la terminación de la obra –total o parcial–, aunque es frecuente que se realice en momentos anteriores. Ni siquiera en el momento de la recepción de la obra la verificación requiere una mínima pericia, que en ocasiones ha de ser profesional. El comitente no tiene ningún deber específico de verificación, lo cual no le exime de ser diligente al menos en la recepción de la obra. Ahora bien, si la obra tiene un defecto manifiesto y nada dice el comitente, no se puede pedir después responsabilidad al contratista.

La aprobación implica una manifestación de voluntad de consentir la obra que se ha ejecutado. El acto de aprobación supone que el comitente ha investigado la obra conocida y que tiene pleno conocimiento de ella. Por lo tanto, tiene una particular trascendencia jurídica en el cumplimiento del contrato de obra, ya que implica que el comitente está conforme con la obra. La aprobación es el juicio emitido como resultado de la verificación –al menos hipotética– para ser aceptada después la obra. La aprobación es, en esencia, un acto de conformidad con lo que se la va a entregar, a saber, una obra terminada según lo acordado por las partes. La aprobación puede ser expresa, tácita<sup>24</sup> o presunta.

Existe un claro paralelismo entre el acto de aprobación de la obra con el acto de conformidad en la compraventa. El comitente está conforme con la obra que recibe y ejecutada según lo acordado en el contrato de obra. En la compraventa, el comprador está conforme con la cosa que se le entrega según lo acordado contractual-

<sup>23</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial IV...*, *op. cit.*, p. 383.

<sup>24</sup> SSTs de 29 de noviembre de 1991 (RJA 8575), 22 de marzo de 1997 (RJA 2189), 24 de septiembre de 1998 (RJA 10513).

mente. Ambos sujetos pueden demostrar su disconformidad con la cosa entregada. En el contrato de obra, incluso antes: el comitente puede manifestar su disconformidad en el momento de la verificación de la obra.

Un sector de la doctrina española distingue entre recepción y entrega de la obra. La entrega tiene para este sector un alcance jurídico-posesorio. Con la entrega de la obra, el comitente se convierte en poseedor definitivo de la obra<sup>25</sup>. Es la fase final del cumplimiento del contrato de obra. Lo que persigue la entrega –en palabras de F. J. Sánchez Calero– es el paso de la cosa nueva al disfrute y posesión del comitente, no transmitir la propiedad a éste, propietario ya desde que se inició la construcción<sup>26 27 28</sup>. Por norma general, la recepción de la obra coincide en el tiempo con el traspaso posesorio de la misma. Si el comitente no está conforme con la obra, no va a consentir a su favor el acto de disposición de la misma, y, por tanto, no va a tener lugar la entrega, con las consecuencias que puedan derivarse para el contratista respecto de la conservación y el riesgo de pérdida o destrucción de la obra. El TS ha acogido esta distinción, habida cuenta de que la entrega de la obra puede ser anterior o posterior a la recepción (SS 14 de octubre de 1968 –RJA 4386– y 16 junio 1994 –RJA 4927–).

La recepción de la obra requiere por norma general una verificación previa de la obra. Una verificación satisfactoria permitirá que la aprobación de la obra sea más rápida, puede tener lugar en el momento de la verificación o posteriormente. Pero el acto determinante, para poder determinar que el comitente está conforme con la obra ejecutada, es la recepción de la obra.

¿La recepción de la obra es imprescindible para el cumplimiento del contrato de obra? Para la doctrina alemana, la recepción es una prestación principal. La recepción de la obra puede estar excluida por la naturaleza o las características de la obra (p. e., una obra de teatro no se «recepiona» sino que se realiza y se cumple cuando haya caído el telón). En tal caso, la finalización o conclu-

---

<sup>25</sup> A juicio de Díez-PICAZO, el contratista es un servidor de la posesión o, si se prefiere, un poseedor en nombre ajeno, siendo, por tanto, un poseedor real o en concepto de dueño. *Fundamento de Derecho civil patrimonial IV...*, *op. cit.*, p. 399.

<sup>26</sup> Para Díez-PICAZO, es muy discutible que la idea de la entrega utilizada en los artículos 1589 y 1590 CC tenga el mismo alcance en materia de contrato de compraventa y en el sistema general de transmisión de la propiedad a partir del artículo 609 CC. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial IV...*, *op. cit.*, p. 398.

<sup>27</sup> *Op. cit.*, p. 128

<sup>28</sup> *Vid.* M.<sup>a</sup> C., GONZÁLEZ CARRASCO, *Régimen Jurídico de la Edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2007, que distingue también en la LOE entre entrega y recepción de la obra (pp. 215 y ss.). Sin embargo, esta autora parece referirse a la entrega como acto de puesta a disposición de la obra a favor del comitente. Y la recepción como una consecuencia de la entrega o puesta a disposición. No podemos estar de acuerdo con estas significaciones dadas por esta autora, que, además, no se ajustan a lo que dice el artículo 6.1 LOE.

sión de la obra (*Vollendung des Werks*) sustituye a la recepción (*vid.* § 646 BGB). En nuestro Derecho, no se ha planteado –al menos que nosotros sepamos– la sustitución de recepción de la obra por su finalización o conclusión cuando dicha recepción no pueda tener lugar por razón de la naturaleza o de las características de su objeto. Ahora bien, es evidente que si por la naturaleza o las características de la obra no es posible la recepción de la obra, es la finalización o la conclusión de la obra la que determinará el momento del cumplimiento y, en su caso, la entrega (con efectos posesorios) de la obra.

El Código civil se refiere en dos supuestos concretos a la recepción de la obra

El artículo 1592 CC se ocupa del contrato de obra por piezas y por unidad de medida, por lo que, en principio, la recepción de la obra ha de ser parcial. En tal caso, el constructor sólo puede exigir el pago del precio por la obra recepcionada. Es una norma dispositiva que admite pacto en contrario. En el BGB de 1900, el § 641 se refiere al mismo supuesto que el artículo 1592 CC. En la actualidad, viene recogido en el § 641.1. Ahora bien, el artículo 1592 CC contiene una segunda frase, que es de mucho interés práctico. Se presume que cuando el comitente recibe la parte de la obra por pieza o unidad de medida y la paga aprueba la obra ejecutada. Se trata, por tanto, de una norma de presunción *iuris tantum* de conformidad. El BGB no contempla la presunción *iuris tantum* de conformidad del comitente con la obra por pieza o por medida que se recibe, habiéndose pagado el precio de la pieza o medida.

La presunción de conformidad no es admisible en el contrato de obra sujeto a la LOE. Sólo admite la recepción tácita de la obra (*cf.* art. 6.4).

El artículo 1598.1 CC se refiere específicamente a la aprobación del propietario, pero sólo para el caso de que se haya estipulado expresamente en el contrato de obra que sea éste quien deba aprobar la obra. Si el comitente no está conforme con la obra, entonces será un tercero –un profesional– quien deba dar la conformidad<sup>29</sup>. El artículo 1598.1 CC es una norma también dispositiva, que puede ser alterada por las partes. Esta norma ha sido interpretada por la jurisprudencia con mucha flexibilidad (no es necesario que el pacto sea expreso y se puede aplicar con independencia del tipo de contrato de obra)<sup>30</sup>. En el BGB no encontramos una norma como el artículo 1598 CC.

<sup>29</sup> Sobre alcance del arbitrio de un tercero se puede consultar la STS de 4 de julio de 2003 (RJA 4325).

<sup>30</sup> *Cfr.* las resoluciones citadas en el comentario de ABRIL CAMPOY, *op. cit.*, pp. 3258-3259.



En relación con la LOE, se suscita la interrogante de si es de aplicación el artículo 1598-1 CC en el ámbito de la construcción de edificios. No existe en la LOE una norma que contemple el supuesto previsto en el Código Civil. El artículo 6.3 LOE, que se refiere al rechazo de la recepción de la obra por el promotor –bien no admitiendo la puesta a disposición o bien mostrando su disconformidad con la obra ejecutada–, no prevé que la conformidad pueda ser prestada por un profesional en caso de que haya un pacto de aprobación del promotor y éste no esté conforme con la obra. En realidad, el artículo 6.2 LOE exige que la recepción sea consignada en un acta firmada, al menos, por el promotor y el constructor. La matización «al menos» significa que la obra siempre debe ser «recepcionada» por el promotor, con independencia de que intervengan terceras personas (profesionales), si así se ha pactado. Y la expresión «deberá» contiene un mandato imperativo que es inexcusable para el constructor y el promotor. Por consiguiente, de acuerdo con F. Martínez Mas, el artículo 1598.1 no tiene aplicación en el ámbito del contrato de obra de edificios<sup>31</sup>. Las discrepancias que pudieran surgir entre las partes, deberán ser resueltas en sede contenciosa (mediante un sistema de arbitraje o por vía judicial según lo acordado por las partes). No es posible que sea un «arbitrador» el que preste la conformidad con la obra realizada.

## 2. LA RECEPCIÓN DE LA OBRA EN LA LOE. PUESTA A DISPOSICIÓN Y APROBACIÓN DE LA OBRA POR EL PROMOTOR

Es en una ley especial donde se regula expresamente la recepción de la obra. Aunque la LOE no regula el contrato de obra inmobiliaria, el legislador ha considerado oportuno dedicar un precepto a la recepción de la obra –art. 6.1– como un momento concreto del cumplimiento del contrato de obra inmobiliaria<sup>32 33 34</sup>. Es a partir de ese momento cuando en la LOE erige a favor del comitente y de los usuarios de la obra un sistema responsabilidad especial y de

<sup>31</sup> *Op. cit.*, p. 88.

<sup>32</sup> El Anteproyecto de Ley de Garantías de la Edificación de 1985 se refería a la recepción de la obra, así como el Anteproyecto y el Proyecto de la Ley de Ordenación de la Edificación de 1994 y 1995 y el Anteproyecto y el Proyecto de esta Ley de 1998 y 1999 respectivamente.

<sup>33</sup> Entre otras obras, *vid.* M.<sup>a</sup> C. GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 215 y ss.

<sup>34</sup> Es sorprendente que Comunidades Autónomas que no tienen competencia en materia de Derecho civil regulen aspectos del contrato de obra inmobiliaria (*vid.* la Ley 8/2005, de 14 de diciembre, para la calidad de la edificación en la Región de Murcia). Estas Comunidades sólo deberían regular aspectos específicamente técnicos del contrato de obra si no quieren vulnerar el artículo 149.1. 8.<sup>a</sup> CE.

garantías, lo que justifica plenamente que el legislador se haya ocupado específicamente de la recepción de la obra. El artículo 6.1 LOE es una pieza normativa dentro del sistema de responsabilidad y de garantías *ex* artículos 17 y ss. LOE. Dice la frase primera del artículo 6.1 que *la recepción de la obra es el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste*. Esta norma especial podría ser una norma general, es decir, del Código civil. En lugar del constructor se pone *contratista* y en lugar del promotor se pone *comitente*. Parece muy oportuno que en el futuro el Código civil se ocupe de la recepción de la obra y la defina en términos generales.

El artículo 6.1 LOE describe en lo más esencial la recepción de la obra como un acto por el cual se pone a disposición del promotor la obra, quien la debe aprobar. Entregar significa aquí poner a disposición la obra y aceptar significa aprobar la obra. Es partir de ese momento cuando se considera que se ha producido la recepción de la obra. La recepción de la obra significa que se ha cumplido el contrato de obra inmobiliaria por el constructor, dado que el promotor está conforme con la obra. Esta idea de la recepción de la obra coincide con el concepto que la doctrina alemana da esta figura jurídica, según la cual la recepción de la obra se caracteriza por dos actos (*Doppeltatbestand*). Según Cabanillas Sánchez, la necesidad de que tengan que intervenir el promotor y el constructor confiere a la recepción de obra un marcado carácter contradictorio<sup>35</sup>.

No estamos de acuerdo con la distinción que hace M.<sup>a</sup> C. González Carrasco cuando separa la entrega y la recepción de la obra y, a su vez, diferencia tres fases dentro de la recepción (verificación, aprobación y recepción propiamente dicha)<sup>36</sup>. Si la entrega es la puesta a disposición de dicha obra, es que estamos hablando ya de la recepción de la obra<sup>37</sup>. La verificación es, por norma general, una fase previa e independiente de la recepción, aunque puede coincidir con la recepción. Desde luego, en la construcción de inmuebles de cierta envergadura, la verificación tiene una significación especial que conviene diferenciar debidamente de la recepción de la obra. La aprobación de la obra es una las caras de la recepción, siendo la otra la puesta a disposición de la obra. La misma crítica la podemos hacer a Martínez Mas, quien diferencia entre la entrega y la recepción de la obra de edificios, y dentro de la recepción separa la verificación y la aprobación de la obra de edifi-

<sup>35</sup> «Los perfiles de la recepción de la obra en la Ley de Ordenación de la Edificación», *RJC*, 2001-2, p. 365.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, pp. 217 y ss.

<sup>37</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ también dice que la entrega y la recepción de la obra son actos jurídicos y diversos en «Los perfiles...», *op. cit.* p. 369.

cios<sup>38</sup>. En cuanto a lo que él entiende por entrega de obra, sigue la tesis de F. J. Sánchez Calero<sup>39</sup>, quien, como sabemos, da a la entrega un alcance jurídico-posesorio. La puesta a disposición de la obra es la entrega de la obra, pero esta entrega tiene lugar para que el comitente apruebe la obra. Este es el verdadero significado de la puesta a disposición de la obra. El efecto del desplazamiento posesorio va por norma general implícito con la puesta a disposición de la obra. La recepción de la obra de edificios es, para Martínez Mas, un acto de aprobación que requiere la participación del constructor y del promotor<sup>40</sup>. Pero la recepción de la obra es también la puesta a disposición de la obra. No puede haber aprobación de la obra sin su puesta a disposición del comitente. La entrega como acto de traslación posesoria de la obra tiene otro significado. Y para nosotros, la verificación no es necesariamente una fase de la recepción de la obra. Tiene una significación propia. Mediante la verificación, el comitente examina la obra y puede y debe poner en conocimiento cualquier circunstancia que pueda afectar al buen cumplimiento del contrato de obra. La verificación no requiere que la obra esté terminada, a diferencia de la recepción, donde la terminación de la obra es un presupuesto de la misma. La verificación no tiene ningún alcance liberatorio para el constructor. Con la recepción de la obra nace en la LOE un nuevo sistema de responsabilidad y de garantías.

Aunque en principio se requiere que la recepción de la obra inmobiliaria cumpla determinados requisitos formales (*cf.* art. 6.2 LOE), se admite la recepción tácita, que, en realidad, es un supuesto de aprobación tácita (*cf.* art. 6.4 LOE). Se podía esperar de una ley garantista, como es la LOE, que la recepción de la obra inmobiliaria fuese siempre expresa y por escrito<sup>41</sup>. Sin embargo, no se puede desconocer la realidad del mundo de la construcción inmobiliaria, sobre todo cuando se trata de obras de poca envergadura económica, donde son muy frecuentes prácticas poco formales para recibir la obra. Por eso, si ha transcurrido un plazo –el plazo legal es de treinta días– después de la certificación final de obra, y no ha habido oposición por parte del promotor, se entiende aprobada tácitamente la obra (el art. 6.4 LOE habla de recepción tácita).

<sup>38</sup> *Op. cit.*

<sup>39</sup> *Op. cit.*, pp. 53-54.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, pp. 81-82.

<sup>41</sup> La recepción de la obra pública por la Administración pública debe ser muy exhaustiva (*cf.* la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en particular el art. 218). También se requiere el cumplimiento de determinadas formalidades cuando la Administración es receptora de obras que ceden los particulares. *Vid.* G. CORTÉS CORTÉS, *La Ejecución y Recepción de las Obras en las Urbanizaciones de Iniciativa Particular*, Elcano (Navarra), 2001, pp. 257 y ss.

Según sea el tipo de edificación, la recepción de la obra adquiere una mayor o menor profesionalización, siendo necesario, en ocasiones, la intervención de profesionales cualificados.

Una diferencia sustancial con el Derecho alemán es que la certificación de la obra por sí sola no significa que haya tenido lugar la recepción de la obra, según se colige claramente del artículo 6.2 LOE<sup>42</sup>. El § 641a) BGB, por el contrario, equipara, previo cumplimiento de determinados requisitos, la expedición del certificado final de la obra a la recepción de la misma<sup>43</sup>.

### 3. LA RECEPCIÓN DE LA OBRA EN EL FRUSTRADO PROYECTO DE LEY DE REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y DE OBRA DE 1994

En el frustrado Proyecto Ley de Regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra de 1994, tres artículos se refieren a la recepción de la obra. La norma más importante es el artículo 1592 del Proyecto de Ley que aquí transcribimos<sup>44</sup>:

*La obra deberá ser realizada y puesta a disposición del comitente en el plazo convenido.*

*A tal fin, deberá el contratista comunicar al comitente la conclusión de la obra, para que proceda a su recepción, que se realizará en el momento que ambos convengan o, en otro caso, al concluir los diez días siguientes. En la recepción de la obra podrá el comitente, con los asesoramientos que estimare convenientes, formular reservas, señalando los vicios manifiestos que apreciare, o rechazarla.*

*Si no hubiese existido recepción expresa, se entenderá que la recibe y aprueba si transcurren sin protesta otros diez días, o cuarenta días si se trata de obra en un inmueble, desde el término de que habla el párrafo anterior.*

La norma no dice exactamente en qué consiste la recepción. Se refiere a la puesta a disposición del comitente de la obra por parte

<sup>42</sup> El certificado de la obra tiene una función sobre todo económica, dado que cuando es emitido por el director de la obra es título de legitimación para reclamar al promotor el pago del precio que figura en él mismo. Sobre el certificado de obra y el control económico que permite, *vid.*, en particular, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Las modificaciones del proyecto y el control económico de la obra», en *Estudios sobre el Derecho de la edificación*, dir. A. CAÑIZARES LASO, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 126 y ss.

<sup>43</sup> Este párrafo fue introducido por la Ley alemana de 30 de marzo de 2000.

<sup>44</sup> Por la dificultad de su localización, es preferible la transcripción íntegra de los preceptos. Se puede consultar el Proyecto de Ley en *Actualidad civil, Legislación*, 1994, pp. 1034 y ss.

del contratista, que debe tener lugar cuando la obra esté concluida en los términos pactados o si no en el plazo de diez días siguientes a la conclusión. Aunque no alude literalmente a la aprobación expresa del comitente, implícitamente la norma se refiere a esta declaración de voluntad. Esto es así porque el comitente puede formular, en su caso, las reservas correspondientes señalando los vicios manifiestos que apreciare, incluso la puede rechazar. El Proyecto de Ley admite también la recepción tácita a partir de un determinado tiempo, distinguiendo dos plazos según la obra sea inmueble o no. Se podría haber elegido una redacción sobre todo más sencilla. El artículo 6.1 LOE es un ejemplo de sencillez, y debería tomarse en cuenta en una futura reforma del Código civil.

Otra norma del Proyecto de Ley que se refiere a la recepción de la obra es el artículo 1593:

*Quando se conviniere que la obra se ha de hacer a satisfacción del comitente se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, a la decisión de peritos que nombren las partes aplicando en su caso los preceptos de la ley de Enjuiciamiento Civil.*

Esta norma se inspira claramente en el artículo 1598 CC. Al igual que éste, el artículo 1593 es una norma dispositiva. Igualmente permite un dictamen pericial, si bien se matiza que debe ser el previsto en la LEC, cuando el comitente no esté conforme con la obra (entonces la LEC de 1881).

De mayor trascendencia es el artículo 1594, en concreto, la frase primera del apartado primero, que dice:

*La aprobación a que se refieren los dos artículos anteriores excluye la responsabilidad del contratista por los vicios o defectos que al tiempo de la recepción de la obra fueren manifiestos, y también por los que no fueren si quien aprobó la obra hubiera podido conocerlos tácitamente por razón de su oficio o profesión.*

El artículo 1594 regula un específico sistema de responsabilidad contractual por defectos de la obra. Se trata, como veremos más adelante, de una total novedad. Este sistema de responsabilidad contractual surte efectos a partir de la recepción de la obra. A partir de ese momento, se concede al comitente un conjunto de acciones para tutelar eficazmente sus intereses. Esta es la esencia del artículo 1594.

En su apartado primero, se libera sólo al contratista de la responsabilidad por vicios que sean manifiestos o que deberían haber sido conocidos –fácilmente dice el texto legal– por el comitente por razón de su oficio o profesión. Pero cuando el contratante no se puede liberar de la responsabilidad contractual, pueden caer sobre

él las acciones especiales que prevé el Proyecto de Ley. En su momento, el Proyecto de Ley tenía ciertas semejanzas con el sistema alemán entonces vigente –aunque no sabemos si realmente se tuvo en cuenta el BGB–, pero que ha sido mejorado con la Reforma de 2002. Cuando lleguemos al sistema de responsabilidad por defectos en el contrato de obra, podremos comprobar en qué medida el Proyecto de Ley de 1994 ha quedado desfasado.

Finalmente, podemos citar el artículo 1590, que sigue lo dispuesto en el vigente artículo 1592 CC, si bien introduce, al mismo tiempo, dos novedades: la primera es el pago anticipado del precio y la segunda es la supresión de la presunción de conformidad del comitente con la obra. Dice el artículo 1590:

*Si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega.*

*Cuando se haya convenido que la obra se hará por piezas o por unidades podrá exigirse al comitente que la reciba por partes y que la pague en proporción.*

*Las cantidades que se pagaren antes de la recepción de la obra se considerarán como entregadas a cuenta del precio.*

En una Reforma del Código civil, sería conveniente que se discutiera ampliamente sobre el mantenimiento de la frase segunda del artículo 1592 para los contratos de obra por piezas o por unidades de medidas.

#### 4. EFECTOS GENERALES DE LA RECEPCIÓN DE LA OBRA

El efecto principal de la recepción de la obra es el nacimiento de un sistema de responsabilidad y de garantías –que en nuestro Derecho no es sólo uno–, a cuyo estudio nos dedicaremos en el capítulo cuarto de nuestro trabajo. Antes de la recepción de la obra, el riesgo de la pérdida y de los defectos lo asume el contratista; tras la recepción, se traslada al comitente. Es también la recepción el momento en que ha de existir el vicio o defecto en la obra –si el vicio es conocido o cognoscible, la obra se puede recibir; pero si el comitente quiere alegar después sus derechos tiene que reservarlos expresamente (*cfr.* § 640-2 BGB)–, aunque puede manifestarse después. En este último caso, se requiere la existencia de unos plazos de garantía, pero que sólo están previstos para el contrato de obra inmobiliaria (arts. 1591 CC y 17 LOE <sup>45</sup>).

<sup>45</sup> Los efectos de la recepción de una obra sujeta a la LOE son analizados con amplitud por CABANILLAS SÁNCHEZ, en «Los perfiles...», *op. cit.*, p. 381.

La recepción de la obra determina el momento de los plazos de las acciones y de las garantías que tiene el comitente. Según el estudio de Palazón Garrido, al que me remito, la jurisprudencia ha sido totalmente imprecisa en la determinación de la recepción de la obra como el momento decisivo para el cómputo de los plazos de las acciones y de las garantías.

## 5. EFECTOS DE LA RECEPCIÓN DE LA OBRA SEGÚN SU TIPOLOGÍA

Con la recepción de la obra, que significa la puesta a disposición y aprobación de la obra ejecutada, se produce un efecto principal: la exoneración de la responsabilidad al contratista<sup>46 47</sup>. Es también el momento del cómputo de las acciones que puede ejercitar el comitente en caso de que aparezcan defectos o vicios que no se pudieron conocer en el momento de la recepción de la obra. Se debe pagar el precio, salvo pacto en contrario, y se transmiten los riesgos al comitente<sup>48</sup>. Por lo tanto, la recepción de la obra es un momento crucial en el cumplimiento del contrato de obra.

Salvo la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC (que no está derogado por la LOE) y las garantías *ex* artículo 17 LOE, no hay un régimen de responsabilidad previsto específicamente para los defectos en el contrato de obra. Pero esto no significa, como veremos en el capítulo siguiente, que la recepción de la obra no tenga relevancia en el cumplimiento de los demás contratos de obra. Al contrario, cualquiera que sea el tipo de obra, la recepción es determinante para poder exigir, en su caso, responsabilidad al contratista por un cumplimiento defectuoso. Y, como dice el artículo 1594 del Proyecto de Ley de 1994, el contratista queda exonerado de cualquier responsabilidad por defectos o vicios manifiestos o que debieran haber sido conocidos en el momento de la recepción de la obra. El silencio del Código civil sobre esta cues-

---

<sup>46</sup> Sobre este particular es confusa la STS de 14 de octubre de 1968 (RJA 4386). Mucho más clara es la STS de 16 de junio de 1994 (RJA 4927), que cita las SSTs de 25 de junio de 1970 (RJA 3759) y 20 de octubre de 1989 (RJA 6941).

<sup>47</sup> La STS de 10 de mayo de 1989 (RJA 3754) matiza que «si bien es cierto que cuando las obras se reciben y aceptan sin protesta, el contratista queda exento de responsabilidad, tal exención se ha de entender forzosamente limitada a los defectos o vicios apreciables a simple vista, pero no a aquellos otros ocultos que por desconocidos, no puede presumirse su aceptación».

<sup>48</sup> Por todos, P. ÁLVAREZ OLALLA, *La Responsabilidad por Defectos en la Edificación. El Código civil y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*, Cizur Menor (Navarra, 2002), pp. 53-54.



ción ha sido resuelto por la doctrina<sup>49</sup> y la jurisprudencia<sup>50</sup>, que defienden el mismo criterio.

Atendiendo a la tipología de la recepción de la obra, se pueden concretar un poco más los efectos que produce este acto jurídico en relación con la responsabilidad contractual. El principal efecto es la exoneración de la responsabilidad contractual, que se produce sólo cuando la recepción de la obra es definitiva. La recepción definitiva puede ser total –comprende toda la obra ejecutada– o parcial –comprende sólo una parte de la obra, p. e., contrato de obra por piezas o medidas<sup>51</sup>–. La recepción definitiva puede producirse de forma expresa, tácita o presunta. Se puede acordar contractualmente (*cfr.* STS de 6 de mayo de 2009, RJA 2912). La LOE parece que excluye la recepción presunta, es decir, no admite la conformidad presunta del promotor con la obra que recibe.

Un supuesto singular de recepción de la obra es la recepción provisional. Según lo que nosotros entendemos por recepción de la obra, la recepción provisional significa que el comitente se reserva la aprobación de la obra para un momento posterior, que normalmente se fijará por las partes en el contrato de obra o en el momento de la recepción provisional. Significa entonces que la obra ha sido puesta a disposición del comitente, al cual se le reserva un tiempo de examen de la misma. De lo contrario se estaría ante una mera verificación de la obra. Durante un tiempo, se reserva al comitente el examen de la obra entregada. En este sentido, la recepción provisional implica una garantía para el comitente<sup>52</sup>, pero nada más. Dada esta función de garantía que cumple la recepción provisional, no estamos de acuerdo con la doctrina que la considera como una exoneración al contratista de su responsabilidad por vicios manifiestos o aparentes<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Este ha sido siempre también el criterio de la doctrina: CABANILLAS SÁNCHEZ, «La recepción...», *op. cit.*, pp. 302 y ss., quien examina ampliamente la exoneración de la responsabilidad cuando son vicios aparentes; en el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pp. 81-82.

<sup>50</sup> Afirma la STS de 17 de diciembre de 1964 (RJA 5929) que «cuando las obras se reciben y aceptan sin protesta, el contratista queda exonerado de responsabilidad, salvo en el caso del artículo 1591». Esta salvedad del artículo 1591 hay que entenderla de acuerdo con el régimen particular de la responsabilidad decenal.

<sup>51</sup> Naturalmente la recepción parcial no impide –precisa L. Díez-PICAZO– que los daños o defectos puedan aparecer sucesivamente como consecuencia de la previa existencia de vicios ocultos a los que este examen preliminar no hubiera alcanzado, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial...*, *op. cit.*, p. 383.

<sup>52</sup> Criterio también defendido por MARTÍNEZ MAS, *op. cit.*, pp. 119-121, donde recoge las voces de la doctrina española a favor de esta tesis.

<sup>53</sup> Defendida en España por CABANILLAS SÁNCHEZ, «La recepción...», *op. cit.*, pp. 311-312 (aunque este autor, cuando analiza las diferencias entre la recepción definitiva y provisional dice que ésta es una garantía convencional) y SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pp. 76-77.

¿Qué sentido tiene, pues, la recepción provisional? En primer lugar, puede permitir conocer mejor los defectos o vicios que tenga la obra. No siempre será fácil conocer los defectos o vicios, ya sean éstos manifiestos o aparentes, pudiéndose argumentar entonces que no existen propiamente. En cualquier caso, una recepción provisional puede permitir conocer mejor los defectos o vicios que puede tener la obra. Durante ese tiempo, se pueden conocer también posibles vicios de los denominados ocultos. Transcurrido el tiempo –fijado previamente o en un tiempo prudencial–, la falta de cualquier manifestación por parte del comitente convierte la recepción provisional en una recepción definitiva. Y es partir de ese momento, cuando se producen los efectos propios de la recepción de la obra, no antes. En el marco de la LOE se discute la viabilidad de la recepción provisional de la obra inmueble, aunque el artículo 6 no la excluye<sup>54</sup>. Esto puede tener muchos inconvenientes, lo que aconseja, según Martínez Mas, que se no se opte por esta forma de recepción<sup>55</sup>. En el sector público, por el contrario, la recepción de la obra siempre tiene un carácter provisional mientras no sea definitiva (*cf.* art. 218 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público).

Un supuesto diferente a la recepción provisional de la obra es la recepción con reservas. No ha sido tratada especialmente por la doctrina más antigua<sup>56 57</sup>. Es la LOE la que específicamente se refiere a la recepción con reservas en los dos primeros apartados del artículo 6<sup>58</sup>. ¿Qué significa exactamente una recepción con reservas? Nada dice al respecto la LOE. Según la doctrina científica y jurisprudencial, la recepción con reservas supone una recepción definitiva, lo que significa que la obra se ha puesto a disposición del comitente y que ha sido aprobada, salvo en lo que atañe a determinados defectos de la obra, que hasta que no sean subsana-

---

<sup>54</sup> En los comentarios a la LOE se defiende, por norma general, la viabilidad de la recepción provisional. Por todos, GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 222 y ss.

<sup>55</sup> *Op. cit.*, p. 122, donde explica su postura.

<sup>56</sup> Autores como CABANILLAS SÁNCHEZ y SÁNCHEZ CALERO no la tratan cuando analizan en 1978 la recepción de la obra. Se dedica CABANILLAS SÁNCHEZ a ella después con motivo del estudio de la LOE, en «Los perfiles...», *op. cit.*, pp. 363 y ss. Para este autor, la recepción con reserva es un acta de subsanación. Sólo cuando se subsanan los defectos empiezan a correr los plazos de responsabilidad y de garantías. Sobre el particular también M.<sup>a</sup> D. ARIAS DÍAZ, en «Los presupuestos de la responsabilidad en la LOE» (II). «La recepción de la obra», en la obra colectiva *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coords. J. M. RUIZ-RICO RUIZ/M.<sup>a</sup> L. MORENO-TORRES HERRERA, Granada, 2002, pp. 56-57.

<sup>57</sup> En las sentencias que se citan en la doctrina, en concreto las SSTs de 14 de octubre de 1968 (RJA 4386) y 16 de junio de 1994 (RJA 4927), no está muy claro que se trate de casos de recepción con reserva.

<sup>58</sup> Esta forma de recepción es analizada con detenimiento por GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 233 y ss.

dos no serán aprobados por el comitente. La recepción de la obra con reservas es factible en cualquier contrato de obra. La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que la reserva del comitente es siempre en relación con defectos menores<sup>59</sup>. Este es también el criterio del Proyecto de 1994 que contempla expresamente la recepción con reservas, «señalando –el comitente– los vicios manifiestos que apreciare» Se trata de un caso de incumplimiento defectuoso parcial. Durante la vigencia de la reserva, el comitente no puede pedir la resolución del contrato por incumplimiento. La reserva hecha por el comitente obliga al contratista a la subsanación de los defectos. Durante ese tiempo, quedan pospuestos los efectos de la recepción de la obra con respecto a lo que está mal ejecutado por el contratista; en lo que está bien ejecutado, la recepción produce todos sus efectos. En el ámbito propio de la LOE, la recepción con reservas debe ser examinada en relación con la responsabilidad *ex lege* y el sistema de garantías establecido<sup>60</sup>.

## 6. EL RECHAZO DE LA OBRA

El rechazo de la obra significa que el comitente no está conforme con la obra. Este tiene lugar cuando se ha puesto la obra a disposición del comitente, es decir, en el momento de su recepción. Asimismo, el rechazo de la obra debe estar motivado, ya que supone que existe algún tipo de incumplimiento del contrato de obra en relación con la obra puesta a disposición del comitente. Nada dice al respecto el Código civil. En el Proyecto de Ley de 1994 se alude al rechazo de la obra, pero sin establecer ningún requisito.

Es en el artículo 6.3 LOE donde se regula el rechazo de la obra, el cual, según la frase segunda del citado precepto, deberá ser motivado por escrito en el acta, en la que se fijará el nuevo plazo para efectuar la recepción. Un sector de la doctrina entiende que el rechazo de la obra se debe reflejar en un acta, firmada por el constructor y el promotor, con un nombre propio, que es el acta de rechazo, diferente al acta de recepción de la obra<sup>61</sup>. Otro sector, por el contrario, entiende que el rechazo de la obra puede formularse unilateralmente por escrito por el promotor, debiendo ser notifi-

<sup>59</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, p. 234. En sede de la LOE, MARTÍNEZ MAS considera que los defectos que pueden ser objeto de reserva son los de terminación o acabado, *op. cit.*, p. 131.

<sup>60</sup> Por todos, *vid.* GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 235-236.

<sup>61</sup> Así, CABANILLAS SÁNCHEZ, «Los perfiles...», *op. cit.*, p. 389.

cado el documento al constructor<sup>62</sup>. Aunque el artículo 6.3 LOE se refiere al rechazo de la obra por parte del promotor por no estar terminada la obra o por no adecuarse a las condiciones contractuales, no excluye otros motivos como, p. e., que la obra no responde a lo esperado por el promotor o que no responde a los usos técnicos o del lugar, o también puede deberse al incumplimiento en el plazo de entrega de la obra. Según sea el tipo de defecto constructivo, el promotor puede hacer las reservas oportunas, siendo, en este caso, una recepción con reservas. El rechazo de la obra abre un nuevo plazo, que debe ser acordado entre las partes según exige la LOE para efectuar la recepción.

Del artículo 6.3 LOE se pueden traer algunas consecuencias para los contratos de obra civiles y mercantiles no sujetos a esta Ley. En primer lugar, el rechazo ha de ser expreso y además debe estar motivado, por lo que se aconseja que al menos se comunique al contratista el rechazo de la obra y que se le expliquen los motivos. En segundo lugar, se debe fijar un plazo –prudencial– para que pueda efectuarse nuevamente la recepción de la obra. En tercer lugar, el contratista debe acometer las reformas necesarias de la obra para que ésta pueda ser entregada y aprobada por el comitente, dentro del plazo fijado. Por último, si no se llega a un acuerdo sobre la nueva recepción el contratista puede iniciar las acciones correspondientes en defensa de sus intereses.

¿Hay algún supuesto en el que no cabe el rechazo de la obra? En la Reforma 2002 del BGB se ha insertado en el § 640.1 un nuevo precepto que dice: *No puede denegarse la recepción por vicios no sustanciales*. No tenemos una norma semejante en nuestro Derecho. Pero el criterio debería ser el mismo. Si los vicios de la obra no son sustanciales, no hay razones para su rechazo. En todo caso, el comitente puede hacer las reservas oportunas respecto de esos vicios que existen y que no son sustanciales. Como se ha indicado más arriba, la recepción de la obra con reservas sólo tiene sentido cuando los defectos son menores.

## 7. RECAPITULACIÓN

Es evidente que la recepción de la obra es un momento crucial en el cumplimiento del contrato de obra. Por eso, es importante que nos hayamos fijado en esta figura jurídica. Con la recepción de la

---

<sup>62</sup> Postura defendida por ARIAS DÍAZ, *op. cit.*, pp. 54-55. Parece que también es partidario de esta tesis MARTÍNEZ MAS, que dice que el rechazo de la obra ha de ser por escrito (*op. cit.*, p. 132), lo que significa que se puede comunicar al constructor mediante un documento confeccionado unilateralmente.

obra se libera el contratista de cualquier responsabilidad, pero ello no es obstáculo para que el contratista responda por defectos que no pudieron conocerse en el momento de la recepción. Para una mayor tutela de los intereses del comitente, debería haber un sistema de responsabilidad específico (previsto sólo para la edificación –arts. 1591 CC y 17 LOE).

Nuestro legislador decimonónico no se ocupó de la recepción de la obra, lo que no se puede decir del legislador del BGB. Siendo un momento crucial en el desarrollo dinámico del contrato (una *Hauptleistung*), sería conveniente una regulación específica de la recepción de la obra en el Código civil. Precisamente el hecho de que una ley especial sea la que se ocupa de la recepción de la obra –el art. 6 LOE–, nos debe llevar a exigir al legislador que la recepción de la obra sea objeto de una regulación en el Código civil, sobre todo si se considera que el comitente debe ser merecedor de una tutela específica desde el momento de la recepción de la obra.

Puede servir de inspiración el artículo 6.1 LOE en cuanto a la descripción de la recepción de la obra. A nuestro modo de ver, este precepto acerca el significado de la recepción de la obra mucho más al concepto que tiene la doctrina alemana dominante en la actualidad, que concibe la recepción de la obra como una actuación cuasi negocial (*geschäftsähnliche Handlung*). Apoyamos esta interpretación del artículo 6.1 LOE, el cual exige la participación de ambos –promotor y constructor–, como se colige del artículo 6.2 LOE, que requiere que haya un acta firmada por ambos contratantes. En los contratos de obra, civiles y mercantiles, que no estén sujetos a la LOE, no es necesario que se adopten formalidades como las establecidas en el artículo 6.2.

La recepción de la obra es para nosotros la puesta a disposición por el contratista y la aprobación de la obra por el comitente (no sin razón la doctrina alemana habla de un *Doppeltatbestand*). Aunque pueden producirse en momentos diferentes, constituyen una unidad jurídica, en la que han de intervenir el contratista y el comitente, siendo importante que haya una colaboración entre el contratista y el comitente para que la recepción produzca los efectos necesarios. En ocasiones, la recepción de la obra puede estar altamente profesionalizada, ya que no se reduce exclusivamente a la aprobación de la obra por el comitente. Por otra parte, la verificación de la obra no forma parte de la recepción de la obra, sino que responde a un momento del desarrollo dinámico del contrato de obra. Y la entrega de la obra normalmente se produce con la recepción de la obra. De modo que lo que caracteriza a la recepción de la

obra es la puesta a disposición de la obra por el contratista a favor del comitente y la aprobación de la obra de éste.

En una futura regulación general del contrato de obra en el Código civil, es secundario que se ocupe de los diversos tipos de recepción (expresa, tácita, presunta, total o parcial, definitiva o provisional, con reservas). Lo verdaderamente importante es que el Código civil resalte la importancia de la recepción de la obra como un momento determinante en el cumplimiento del contrato de obra, estableciendo los efectos de la recepción. De ello se percató claramente Cabanillas Sánchez cuando dijo hace más de treinta años que «el análisis de la responsabilidad civil del constructor frente al comitente y frente a los terceros perjudicados por presentar vicios la obra construida, ha de efectuarse en función de la recepción definitiva»<sup>63</sup>. El Proyecto de 1994 lo intentó, pero se quedó en eso. Es el momento de tomar nuevamente las iniciativas para que la recepción de la obra tenga un lugar central en la regulación del contrato de obra en el Código civil.

#### **IV. LOS DIVERSOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS POR DEFECTOS O VICIOS EN EL CONTRATO DE OBRA**

##### **1. PLANTEAMIENTO**

Hemos podido ver en el primer capítulo de nuestro trabajo que no existe un único concepto de defecto, lo cual se debe, en parte, a la falta un sistema general de responsabilidad civil del contrato de obra por cumplimiento defectuoso. El legislador del siglo XIX sólo dio una respuesta concreta a los vicios de la construcción de edificios, por lo que quedaron sin cobertura legal los vicios o defectos de las demás obras (materiales e inmateriales). Esta falta de ausencia de un régimen seguramente se debe a la influencia del Código civil francés, que sólo tiene una norma para los vicios o defectos de la construcción, y seguramente también porque el legislador español ni siquiera se lo planteó. No sucedió lo mismo en Alemania, donde el BGB tiene desde 1900 una norma central (el § 633), que concede determinadas acciones al comitente a partir de la recepción de la obra. El BGB faculta, además, al comitente para que él mismo ejecute la obra (autoejecución) cuando, después de un plazo razonable, no se cumpla por el contratista la sustitución o la repara-

<sup>63</sup> *Op. cit.*, p. 312.

ción de la obra defectuosa (*cf.* § 637 BGB). En nuestro ordenamiento jurídico, por el contrario, sólo es posible este derecho del comitente en la ejecución de una sentencia de condena (*cf.* art. 706 LEC<sup>64</sup>). La existencia de un sistema de responsabilidad por obras defectuosas en el BGB se ha mejorado con la Reforma de 2002. Esto significa que en Alemania existe un sistema específico de responsabilidad, que se diferencia de las normas generales, y que es de aplicación desde el momento de la recepción de la obra. En nuestro sistema, por el contrario, el comitente se encuentra con diversos sistemas de responsabilidad en razón del tipo de obra. Además, nuestro sistema no excluye que el comitente pueda acudir a las normas generales de la responsabilidad contractual aún después de la recepción de la obra, habida cuenta de que las acciones resolutoria y de cumplimiento en el marco del contrato de obra tienen un encaje más propio en el artículo 1124 CC. Es por ello que nos vamos a referir brevemente a las normas generales, para examinar después las normas especiales.

Nuestro Código civil sólo incide tangencialmente en el cumplimiento defectuoso del contrato de obra por vicios o defectos. Durante la ejecución del contrato de obra, el comitente puede, en virtud del artículo 1594 CC, desistir del mismo. Eventualmente puede discutir la utilidad de la obra que hasta ese momento se haya ejecutado y que resulte defectuosa<sup>65</sup>. Pero si considera que ha habido un incumplimiento, lo que procede es la resolución contractual del artículo 1124 CC –se exige que el defecto sea lo suficientemente sustancial para considerar que hay un incumplimiento esencial–. También se puede traer a colación el artículo 1596 CC, que determina la responsabilidad del contratista por el trabajo ejecutado por las personas que trabajan para él, incluidos los subcontratados, y por tanto por vicios o defectos de la obra, hasta su recepción.

## 2. EL RÉGIMEN GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Nuestra doctrina científica y jurisprudencial no ha descartado totalmente la compatibilidad de las acciones generales de la res-

---

<sup>64</sup> *Vid.* el estudio procesal de J. C. CASTRO BOBILLO, «Cumplimiento forzoso de la obligación de reparar las deficiencias de un inmueble», en *Obligaciones y responsabilidad en el ámbito de la edificación*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 108, Madrid, 2007, pp. 101 y ss.

<sup>65</sup> Desde esta perspectiva, discutiéndose la utilidad de lo ejecutado antes de la terminación de la obra, cabe hablar en un sentido amplio de incumplimiento. *Vid.*, sobre el particular, A. GÁLVEZ CRIADO, *La Relevancia de la Persona en los Contratos de Obra y Servicios (Especial estudio del derecho de desistimiento)*, Valencia, 2008, pp. 57 y ss.



ponsabilidad contractual con las normas especiales<sup>66</sup>. La compatibilidad de las acciones permite al comitente que recibe una obra defectuosa acudir a las normas generales *ex* artículos 1101 CC y ss., en lugar de hacer uso de las acciones específicas. Muchas veces es la elección de la acción la que determina *a priori* la aplicación de las normas generales en vez de las normas especiales. Cuando se examinan rigurosamente los presupuestos o requisitos de las acciones, el comitente no siempre tiene esta elección. Ancha es Castilla, y nuestra jurisprudencia es en este tema confusa y poco precisa, aun cuando proclama que las acciones generales son independientes de las acciones especiales. Así, en un contrato de obra inmobiliaria, el promotor puede pedir responsabilidad contractual al constructor al amparo del artículo 1101 CC, pero también con base en el artículo 17 LOE cuando la obra resulta defectuosa. Las acciones generales y específicas son acciones diferentes, cada una con sus requisitos, y corresponde al comitente optar por unas u otras. Sobre esta compatibilidad de acciones nos pronunciaremos más adelante. Ha de saberse que en Alemania, por el contrario, no es posible esa compatibilidad, dada la línea divisoria que existe entre las normas generales y las normas especiales por cumplimiento defectuoso en el contrato de obra (lo cual no quiere decir que no se tienen en cuenta las normas generales, como es el caso de la acciones de cumplimiento, resolutoria e indemnizatoria).

La recepción de una obra con vicios o defectos es un cumplimiento defectuoso. Una amplia doctrina española, encabezada por Díez-Picazo<sup>67</sup> y Pantaleón<sup>68</sup>, considera el cumplimiento defectuoso como un verdadero incumplimiento. El cumplimiento defectuoso no aparece, por razones obvias, en el Código civil. Pero no es, desde ya hace algunas décadas, un concepto desconocido por la jurisprudencia y la doctrina. Otro sector, por el contrario, contraponen el incumplimiento al cumplimiento defectuoso. La contraposición tiene sentido, dice Morales Moreno, en la medida en que el ordenamiento prevea para cada una de estas situaciones unas consecuencias jurídicas diferentes, como tradicionalmente ha ocurri-

---

<sup>66</sup> No podemos compartir, en absoluto, la opinión de SÁNCHEZ CALERO, quien considera que la aplicación de los principios generales de la responsabilidad contractual conduce a una solución cuyas consecuencias son inadmisibles. Este autor llega a afirmar que la aplicación de los principios generales de la responsabilidad contractual resulta inapropiada habida cuenta el particular entorno y los caracteres propios del contrato de obra (*op. cit.*, p. 89). Con este planteamiento deja fuera de protección legal cualquier defecto o vicio que no esté cubierto por el artículo 1591 CC (*cf.*: el art. 17 LOE).

<sup>67</sup> *Vid. Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, ed. 6.º, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 654 y ss.; su tesis la defendió ya en ediciones anteriores (he consultado la reimpresión de 1986 de la segunda edición de 1983, p. 674).

<sup>68</sup> «El sistema de responsabilidad contractual», *ADC*, 1991, pp. 1050-1051.

do<sup>69</sup>. Aun cuando en el tema que nos ocupa no existe un régimen general de responsabilidad por vicios o defectos en la obra, no cabe duda de que actualmente, a nivel legal y jurisprudencial, se mantiene esta contraposición entre incumplimiento y cumplimiento defectuoso. Aunque la tendencia más moderna es la búsqueda de un concepto de incumplimiento amplio y unitario, en el que también tiene cabida el cumplimiento defectuoso –que sustituye el saneamiento por vicios o defectos ocultos–, no deja ser un debate abierto y que suscita dudas en supuestos específicos. Al menos en relación con el Derecho alemán, que es el que nos interesa, tras la Reforma de 2002, se parte de un concepto amplio y unitario del incumplimiento, como se puede comprobar con la lectura, p. e., de los §§ 280 y 323 BGB. Esto no ha impedido que se hayan articulado reglas más específicas para contratos concretos, como p. e. para la compraventa (§§ 434 y 435 BGB) y el contrato de obra (§ 633 BGB). Las normas generales hablan de *Pflichtverletzung* (lesión del deber), mientras que las normas especiales tienen en mente la *Nichterfüllung* (incumplimiento). No existe, sin embargo, una diferencia sustancial entre ambos términos. Por eso, la entrega o la recepción de una cosa con vicios o defectos se puede concebir también como una lesión de un deber (*Pflichtverletzung*) o de una prestación (*Leistungsstörung*), a saber, el deber que tiene el vendedor o el constructor de entregar la cosa sin vicios, aunque es preferible hablar aquí de una *Schlechtleistung* (cumplimiento defectuoso de la prestación). En un futuro quizá no tan lejano, el legislador español seguramente optará por un concepto de incumplimiento amplio y unitario, como el formulado en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2008<sup>70 71</sup>.

En el marco de las normas generales de incumplimiento, donde, como ya se ha dicho, tiene cabida el cumplimiento defectuoso, no encontramos ninguna norma que explique qué se entiende por

<sup>69</sup> *La modernización del Derecho de obligaciones*, prólogo de L. Díez-PICAZO, 2006, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 77, nota 39. En sus trabajos anteriores MORALES MORENO defendía que la entrega de una cosa con vicios ocultos no es un incumplimiento del contrato de compraventa, así en «El alcance de las acciones edilicias», *ADC*, 1980, pp. 661 y ss., siguiendo entonces la tesis de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que la expone en su trabajo «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», *ADC*, 1969, pp. 799-602.

<sup>70</sup> Dispone el artículo 1188-1 de la Propuesta: *Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten*. La Propuesta no se refiere específicamente al cumplimiento defectuoso, pero es evidente que la definición que da el artículo 118-1 del incumplimiento, dada su amplitud, incluye también el cumplimiento defectuoso.

<sup>71</sup> Sobre el particular, *vid.* el primer trabajo importante de N. FENOY PICÓN, «La modernización del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC*, 2010, pp. 70 y ss.

incumplimiento. Salvo el retraso en el cumplimiento de las obligaciones, la imposibilidad sobrevenida por fuerza mayor o caso fortuito y la responsabilidad por daños y perjuicios, no existen normas generales que concreten los presupuestos de los demás casos de incumplimiento. Tenemos que recurrir a la labor de la jurisprudencia, que ha sido extraordinariamente importante, para determinar cuándo hay incumplimiento. Esta labor judicial es patente en los contratos bilaterales, en particular en sede del artículo 1124 CC, en torno al cual se han elaborado diversas líneas o máximas jurisprudenciales<sup>72</sup>. Es la jurisprudencia la que determina cuándo el acreedor puede ejercitar las acciones de cumplimiento o de resolución y la acción resarcitoria.

Cabe preguntarse en qué medida se encuentran en la jurisprudencia matizaciones cuando quien ejercita las acciones *ex* artículo 1124 CC es el comitente y es por un vicio o un defecto en la obra. La a veces necesaria delimitación con respecto de otras acciones más específicas, obliga a los tribunales a concretar al menos el supuesto de incumplimiento del contrato de obra que se denuncia mediante cualquiera de las acciones *ex* artículo 1124.

Ha de saberse que una línea jurisprudencial considera que el cumplimiento defectuoso no es propiamente un incumplimiento, por lo que cualquier obra defectuosa no puede ser combatida acudiendo a las acciones *ex* artículo 1124 CC. Pero habrá que preguntarse qué entiende esta jurisprudencia por cumplimiento defectuoso. En el marco de los contratos de servicios y de obra, podemos citar la STS de 25 de noviembre de 1992 (RJA 9588), en la que se defiende que para la aplicación de los artículos 1100 y 1124 CC se tiene que dar *un verdadero y propio incumplimiento de alguna obligación principal derivada del contrato*. Esta claridad con la que se pronuncia el TS sobre los casos en los que pueden ser de aplicación los preceptos citados no siempre se da en otras resoluciones judiciales. Puede citarse la STS de 14 de marzo de 1969 (RJA 2088) que entiende, una vez calificado el contrato de arrendamiento de obra –encargo de la confección de una red de pesca–, que ha habido un incumplimiento porque no se ha entregado lo ejecutado conforme a lo encargado por el comitente, por lo que hay un verdadero incumplimiento, pero no precisa la entidad del incumplimiento. Esta sentencia desdice, aunque no explícitamente, otra línea jurisprudencial según la cual el cumplimiento defectuoso da lugar a otras acciones –que son las del artículo 1124 CC, espe-

<sup>72</sup> *Vid.*, por todos, R. GARCÍA PÉREZ, *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, dir. M. PASQUAU LIAÑO, coords. K. J. ALBIEZ DOHRMANN y A. LÓPEZ, FRÍAS, t. II, ed. 2.ª, Granada, 2009, pp. 1973 y ss. y 1981 y ss.

cialmente de garantía o indemnizatorias—. Esta tesis jurisprudencial contrapone el incumplimiento al cumplimiento defectuoso.

En verdad, en muchas ocasiones, lo que se denomina cumplimiento defectuoso es, en realidad, un defecto de poca relevancia. Así, p. e., los vicios de una obra que no obstante no impiden el fin normal del contrato no es un incumplimiento, sino un cumplimiento defectuoso, que da derecho a la reparación del defecto (STS de 23 de diciembre de 1993 –RJA 10111–). El suministro de baldosas con diferentes tonalidades no autoriza al acreedor el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1124 CC, y sólo permite la vía reparatoria o la reducción del precio (STS de 28 de octubre de 2005 –RJA 7353–). El TS habla en estos casos de incumplimiento impropio. Una defectuosidad o un mal cumplimiento excluye el artículo 1124 CC (STS de 17 de diciembre de 1984 RJA 5929–). Esta línea jurisprudencial tiene como efecto principal el de excluir *per se* la acción resolutoria del contrato de obra por un defecto de poca identidad.

En el Derecho alemán, por el contrario, que concibe el incumplimiento ampliamente, los casos resueltos en las dos primeras sentencias citadas serían de incumplimiento, por lo que sería viable la resolución (*cf.* § 634 BGB), pero, para que proceda, se tienen que dar determinados requisitos (también cabe pedir la reducción del precio). Pero antes de ejercitar cualquiera de estos dos derechos, se debe pedir el cumplimiento posterior (la resolución y la reducción del precio son en el Derecho alemán remedios excepcionales).

En nuestro Derecho, para que proceda la resolución *ex* artículo 1124 CC, según la jurisprudencia, es necesario, sin embargo, que la obra sea inhábil o inútil o que no responda al fin deseado (esto se puede comprobar perfectamente en casos de compraventa en los que se entrega una cosa con defectos). Por otra parte, la acción del cumplimiento *ex* artículo 1124 CC permite al comitente pedir la sustitución o la reparación de la obra (la sustitución puede ser una buena opción para las obras mobiliarias o inmateriales defectuosas). En lugar de primar el cumplimiento posterior, en nuestro Derecho el cumplimiento posterior a instancia del acreedor es totalmente opcional. El sistema general no faculta al comitente accionar la reducción del precio. Uno de los grandes inconvenientes de las acciones *ex* artículo 1124 es su excesivo plazo [quince años conforme al artículo 1964 CC; en el BGB, según los casos, dos, tres y cinco años –*cf.* § 634 a) BGB–].

Desde hace algún tiempo, se puede apreciar una cierta neutralización del incumplimiento<sup>73</sup>. Salvo para la responsabilidad por daños

<sup>73</sup> Para MORALES MORENO, el concepto de incumplimiento se debe formular más allá de los deberes de conducta. «Problemas que plantea la unificación del concepto de

(donde rige la imputación subjetiva del deudor *ex art.* 1101 CC), no es determinante el comportamiento del deudor. Esta neutralización tiene especial relevancia en el contrato de obra, si bien la neutralización se ha logrado desde hace tiempo en nuestra jurisprudencia, por la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultado.

### 3. EL FORZADO RECURSO A LAS NORMAS DE SANEAMIENTO POR VICIOS O DEFECTOS OCULTOS

La ausencia de un régimen específico de responsabilidad por defectos o vicios en la obra, con independencia del tipo de obra, ha llevado sobre todo a los juristas prácticos y a la jurisprudencia (si bien siempre con matizaciones) a buscar en los artículos 1484 y ss. CC una cobertura legal o al menos a resolver los problemas que suscitan los vicios en la obra conforme con el modelo de la compraventa –es curioso que en Alemania, la Reforma 2002 de la compraventa se hizo teniendo en cuenta también el modelo de responsabilidad que regía entonces para el contrato de obra–. La cercanía del contrato de obra con la compraventa y la remisión del artículo 1553 CC a las normas de saneamiento (aunque pensada para los contratos de arrendamientos de cosas) permiten pensar en el saneamiento por vicios o defectos ocultos como una de las vías legales para proteger al comitente. Lo mismo se podría decir del saneamiento por evicción cuando la obra que se recibe por el comitente tenga vicios jurídicos<sup>74</sup>. La doctrina, sin embargo, es bastante escéptica sobre la aplicación de las normas de saneamiento por vicios o defectos de la compraventa. Afirma Díez-Picazo que la posible solución de aplicar por analogía las normas de los vicios ocultos en la compraventa y en el arrendamiento (a cuya categoría por lo menos teóricamente en nuestro Código Civil pertenece el contrato de obra), está llena de dificultades y tropieza, sobre todo, con el perentorio plazo de ejercicio de la acción resolutoria o de reducción de precio, que contempla el artículo 1490<sup>75</sup>. Sánchez

---

incumplimiento», *Derecho de daños*, E. BARROS BOURIE, M.<sup>a</sup> PAZ GARCÍA RUBIO y A. MORALES MORENO, Madrid, 2009, p. 209. Para este civilista, el concepto de incumplimiento es a partir del nuevo sistema que instaura la CISG totalmente neutro. Únicamente expresa que le interesa que el interés no ha quedado satisfecho conforme a las exigencias del contrato; o, dicho de otro modo, expresa la falta de realización del contrato en sus propios términos (p. 212).

<sup>74</sup> Que sepamos no ha sido tratado específicamente por la doctrina española. En la obra más extensa y específica, *Evicción y Saneamiento*, DURÁN RIVACOBIA no menciona el contrato de obra a pesar de su explícito reconocimiento de la fuerza expansiva del saneamiento por evicción a otros contratos que no sean sólo la compraventa (*vid.* pp. 67 y ss.).

<sup>75</sup> *Op. cit.*, p. 702.

Calero es mucho más tajante al negar cualquier aplicación analógica de las normas de saneamiento, habida cuenta de que no existe identidad alguna entre el contrato de obra y la compraventa<sup>76</sup>. No podemos compartir su opinión, que, además, no está refrendada por los textos jurídicos foráneos que se han ocupado específicamente de establecer reglas de responsabilidad después de la recepción de la obra. Hay bastantes similitudes entre una cosa que se entrega (en cuya realización no ha intervenido el vendedor) y una cosa que es realizada por el contratista y recibida por el comitente. El problema es que nuestro Derecho carece de un régimen común de responsabilidad para después de la recepción de la obra. Una postura totalmente abierta, y, por tanto, contraria, es la defendida por Cabanillas Sánchez, con motivo de su estudio sobre la LOE<sup>77</sup>.

La negativa a la aplicación de las normas de saneamiento de la compraventa, significaría que, salvo para la construcción inmobiliaria, carecemos de unas normas de responsabilidad contractual después de la recepción de la obra, por lo que serían de aplicación las normas generales de la responsabilidad contractual. Este planteamiento supone que quedan sin cobertura de protección aquellos defectos que no pueden ser subsanados en el marco de los artículos 1101 CC y ss. (*cfr.* las máximas jurisprudenciales elaboradas en torno al art. 1124 CC). Desde este punto de vista, nos parece correcta y equitativa aquella jurisprudencia que defiende la aplicación del artículo 1484 y ss. CC o de los remedios que concede el Código civil al menos a deficiencias de menor entidad, ya que, de este modo, el comitente está protegido por el ordenamiento jurídico.

No ha sido nunca pacífica la compatibilidad entre las acciones comunes de la responsabilidad contractual y las acciones edilicias, ni en la jurisprudencia ni en la doctrina<sup>78</sup>. Las acciones edilicias son acciones específicas, aunque comparten algunas características con las acciones generales. La principal diferencia es que los supuestos de las acciones edilicias no son de incumplimiento de un deber derivado del contrato de obra<sup>79</sup>. Entre las acciones previstas, la única acción que no es edilicia es la resarcitoria<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> *Op. cit.*, p. 85.

<sup>77</sup> «La responsabilidad civil por defectos...», *op. cit.*, p. 498.

<sup>78</sup> Es un debate lleno de dificultades, que en la actualidad es poco satisfactorio si se presta atención a la protección del comprador. Por todos, FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento...*, *op. cit.*, pp. 165 y ss.

<sup>79</sup> Afirma A. MORALES MORENO que «el saneamiento no está basado en el incumplimiento de un deber de prestación o de un deber accesorio de conducta», *Comentario del Código civil*, coords. Paz-Ares y otros, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 954.

<sup>80</sup> MORALES MORENO, *vid.* nota anterior, p. 962.



Estos problemas nunca han existido en el Derecho alemán, por la sencilla razón de que desde 1900 el BGB tiene un régimen común de responsabilidad por defectos para después de la recepción de la obra (§ 633; hasta la Reforma de 2002, este régimen común regía durante la ejecución del contrato de obra).

Algunas resoluciones niegan claramente la aplicación de los artículos 1484 y ss. al contrato de obra. Así, en la STS de 18 de abril de 1969 (RJA 2083), se argumenta que no siendo el contrato una compraventa, sino un contrato de obra, no es de aplicación el plazo de caducidad del artículo 1490 CC. La STS de 3 de octubre de 1970 (RJA 3236) acoge esta doctrina cuando afirma: *Si bien algún sector de la doctrina científica ha contemplado la posibilidad de aplicar las normas por vicios ocultos establecidos para esa modalidad contractual proyectándolas al arrendamiento de obra, ni tal parecer ha sido recibido por la jurisprudencia, ni sus propios propugnadores con reservas dejan admitir las graves dificultades que ofrece la solución, sobre todo por la brevedad de los plazos que se seguirían para descubrir en tan escaso tiempo los defectos ocultos de lo edificado.* En la STS de 14 de octubre de 1968 (RJA 4386), por el contrario, se reconoce al comitente –que había encargado la fabricación de una tela, cuyo material fue aportado por el propio contratista– el derecho de saneamiento por vicios ocultos por analogía de la compraventa (en el caso judicial, el empresario había aportado los materiales para la confección de la tela).

El que se acuda al saneamiento por vicios y defectos ocultos de la compraventa es, sobre todo, por la falta de una cobertura legal específica para el contrato de obra. Hay cumplimientos defectuosos que no pueden encontrar una respuesta en el régimen general de responsabilidad contractual: cuando el defecto sea leve o aparente, cuando la resolución sea una solución excesivamente drástica, o cuando aún sea posible el cumplimiento (posterior) del contrato de obra-. En estos casos no hay más cobertura que las normas de saneamiento de la compraventa, al menos cuando el contrato de obra tiene por objeto un mueble o una obra inmaterial. Aparte del breve plazo perentorio para hacer valer los derechos por vicios o defectos ocultos (treinta días para el contrato mercantil –342 Ccom– y seis meses para el contrato mercantil –art. 1490 CC–), que acorta enormemente la protección del comitente, las normas de saneamiento suscitan otros problemas; como la necesaria prueba por el comitente de que el vicio o defecto que se denuncia sea oculto, lo cual puede dejar fuera otros defectos o vicios (los defectos aparentes o manifiestos). La prueba del carácter oculto no deja de ser una cuestión fáctica y circunstancial, sujeta siempre a la apreciación de los tribu-



nales. Quedan también fuera del saneamiento los casos de *aliud pro alio* así como la entrega de una obra de menor entidad (*cf.* § 633.2, párrafo último, BGB). Además, en sede del artículo 1486 CC no se contempla expresamente el cumplimiento posterior (sustitución o reparación de la cosa defectuosa), que puede ser de mayor interés para el comitente que el ejercicio de otras acciones como la resolución o la reducción del precio y, en su caso, la indemnización. Ello no ha impedido que la jurisprudencia haya dicho en alguna ocasión que cuando no sea de aplicación el artículo 1124 CC, lo procedente es la reparación o la reducción del precio (*vid.* STS de 28 de octubre de 2005 –RJA 7353–). En el Derecho mercantil, por el contrario, el comitente puede optar por el cumplimiento posterior (por tanto, entre la sustitución o la reparación), según el artículo 336-3 Ccom.

Una vez más, nos encontramos con criterios poco uniformes y poco satisfactorios en el saneamiento de los vicios o defectos ocultos, que, necesariamente, contaminan el contrato de obra.

#### 4. LA RESPONSABILIDAD Y LAS GARANTÍAS EN LA CONSTRUCCIÓN INMOBILIARIA

##### 4.1 Una breve referencia a la responsabilidad decenal *ex artículo 1591 CC*

El único régimen especial de responsabilidad por vicios o defectos en la obra es el previsto para la construcción inmobiliaria. El régimen legal *ex artículo 1591 CC* se convirtió pronto en la estrella de la responsabilidad civil por vicios o defectos en la construcción inmobiliaria, sobre todo en el momento en que se ensanchó el concepto de vicios o defectos por mor de una jurisprudencia constante y flexible, no limitándose su aplicación a los vicios ruínógenos. Este ensanchamiento de lo que se entiende por vicios o defectos en la construcción dejó arrinconadas las normas generales de la responsabilidad contractual y, por supuesto, las normas de saneamiento por vicios o defectos ocultos. La tradicionalmente llamada responsabilidad decenal es para la mayoría de la doctrina una responsabilidad legal o extracontractual y no una responsabilidad contractual<sup>81</sup>. Por la importancia que siempre ha tenido la construcción de inmuebles, el legislador español consideró en el siglo XIX que era necesario introducir un régimen específico de responsabilidad por vicios ruínógenos, siguiendo, así, la estela del

<sup>81</sup> Aunque algunos autores, como SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 118, la consideran de naturaleza contractual.

Derecho francés<sup>82</sup>. La singularidad de la norma es que ofrece una garantía al promotor y a los adquirentes, en concreto un plazo de diez años para poder reclamar los daños y perjuicios que pudieran surgir a causa de la ruina, y otro de garantía de quince años cuando el constructor falte a las condiciones del contrato de obra<sup>83</sup>. En el contrato de obra que no sea un inmueble no se conocen plazos de garantías, a no ser que se pacte expresamente por las partes.

El precepto no concreta qué se entiende por ruina y tampoco dice qué acciones pueden ejercitar el promotor y los posteriores adquirentes. Con el ensanchamiento del concepto de ruina han quedado, al final, incluidos vicios o defectos incluso de poca entidad que, sin embargo, podrían tener su encaje en las normas de saneamiento. En cuanto a las acciones que pueden ejercitar los perjudicados por una obra defectuosa acudiendo a la responsabilidad decenal, están las que siguen: la de cumplimiento posterior (consistente por norma general en la reparación), la resolutoria (muy inusual), la indemnizatoria por equivalente y la indemnizatoria por daños y perjuicios.

En la relación entre promotor y constructor, que necesariamente es contractual, nos interesa resaltar que aquél puede hacer valer también frente a éste las acciones propias del artículo 1124 CC tanto cuando los vicios o defectos se deban a la ruina del edificio como cuando lo ejecutado no se ajuste a las condiciones del contrato de obra. A favor de la aplicación del artículo 1124 CC podemos citar las SSTs de 23 de noviembre de 1964 (RJA 5453), 19 de febrero de 1970 (RJA 881)<sup>84</sup>, 3 de octubre de 1979 (RJA 3236), 28 de septiembre de 1987 (RJA 6451), 22 de junio de 1995 (RJA 6607), 19 de mayo de 1998 (RJA 4032)<sup>85</sup>, 2 de octubre de 2003 (RJA 6451) y 11 de octubre de 2008 (RJA 1697). Nos interesa especialmente saber si en estos casos judiciales se había producido la recepción de la obra, porque es obvio que antes siempre es factible el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 1124 CC. En los hechos que se relatan en las citadas sentencias, parece que siempre había tenido lugar la recepción de la obra. En la última sentencia que mencionamos, el TS afirma rotundamente que *en caso de ruina se puede pedir la resolución del contrato ex artículo 1124 del Código civil..., pues la acción ex artículo 1591 es compatible con la normativa general del incumplimiento*. En la compatibilidad de las acciones

<sup>82</sup> El legislador francés optó por una reforma dentro del Código civil (*cf.* arts. 1792 y ss.).

<sup>83</sup> De escasa aplicación judicial, según P. ÁLVAREZ OLALLA, *La Responsabilidad por Defectos en la Edificación*, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 41. a

<sup>84</sup> SÁNCHEZ CALERO no tiene en especial consideración la aplicación del artículo 1124 CC cuando se refiere a estas sentencias (*op. cit.*, p. 172, p. 198).

<sup>85</sup> Faculta al comitente a acumular las acciones previstas los artículos 1124 y 1591 CC (*cf.* STS 19 mayo 1998 –RJA 4032–).

puede influir el tipo de daño. En este sentido es muy clara la STS de 3 de octubre de 1979 (RJA 3236) que considera que se pueden aplicar las normas generales de responsabilidad contractual *siempre que, claro está, los vicios de la obra no revistan tal grado de imperfección que por hacerla impropia para satisfacer el interés del dueño permita el ejercicio de la acción resolutoria con arreglo al artículo 1124* (no se precisa claramente cuáles fueron los daños, si bien se dice que fueron debidos a la inadecuación del mortero utilizado así como por la incorrecta forma de colocación del mismo). También influye el grado de incumplimiento. La STS de 17 de diciembre de 1964 –RJA 5929– excluye el artículo 1124 en casos de incumplimiento impropio, esto es, de «defectuosidad o de mal cumplimiento». En otras resoluciones no está tan claramente formulada la tesis expuesta en la citada resolución judicial. Esta misma sentencia niega categóricamente la aplicación analógica de los artículos 1484 y ss. CC a defectos en la obra que no tienen la consideración de ruina, criterio que ha sido compartido por Cabanillas Sánchez. A su juicio, si el vicio no determina la ruina, no es de aplicación el régimen del saneamiento por vicios o defectos ocultos, sino el régimen de la responsabilidad contractual, pero sólo si el defecto se denuncia antes de la recepción de la obra. Si se denuncia después, el régimen es el de la responsabilidad decenal<sup>86</sup>. Pero el problema es que entonces puede haber vicios o defectos que no tienen cabida en el artículo 1591 CC y que quedan sin una cobertura legal de protección. Esta postura es coherente con su tesis de que el artículo 1591 CC es una norma especial, negada, sin embargo, por el propio TS y por la actual LOE. En alguna sentencia se ha defendido, no obstante, la aplicación taxativa del artículo 1591 (STS de 29 de enero de 1991 –RJA 345–).

En ocasiones, el TS es totalmente abierto a la compatibilidad de ambos sistemas de responsabilidad, llegando a afirmar que *el perjudicado legitimado puede optar por la acción que considere más conveniente a sus intereses* (SSTS de 2 de octubre de 2002 –RJA 6451– y 11 de febrero de 2008 –RJA 1697–).

La elección que tiene el promotor de elegir la acción de cumplimiento, sea en el ámbito del artículo 1591 CC o sea con base en el artículo 1124 CC, no siempre es factible. El Código civil no contempla expresamente el cumplimiento por equivalente, pero está plenamente admitido por la jurisprudencia<sup>87</sup>. Corresponderá demostrar al constructor que la reparación o la sustitución de la

<sup>86</sup> «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1979», ADC, 1980, p. 215.

<sup>87</sup> Sobre esta figura y el estado de la jurisprudencia, por todos, E. LLAMAS POMBO, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Madrid, 1999, pp. 48 y ss.

obra defectuosa es imposible o excesivamente costosa, para que el cumplimiento posterior sea sustituido por el cumplimiento equivalente.

De optarse por la resolución del contrato de obra con apoyo bien del artículo 1591 CC o bien del artículo 1124 CC, el promotor deberá devolver lo que se haya construido. Por norma general, la devolución resultará imposible, lo que suscita problemas concretos que deben resolverse para evitar situaciones de enriquecimiento injusto. A esta cuestión ha respondido la STS de 3 de mayo de 1999 (RJA 3427). En el supuesto concreto quedó claro que por la naturaleza de la obra ejecutada, ésta quedaba incorporada al patrimonio de los promotores. Aun cuando había un cumplimiento defectuoso, para evitar un enriquecimiento injusto el TS ofreció la siguiente solución: al precio de la obra se le resta la depreciación económica de la misma por los defectos existentes. La cantidad que resulte debe ser pagada por el promotor (en el caso concreto, los promotores habían entregado una cantidad superior al valor de la obra defectuosa)<sup>88</sup>. No siempre la obra ofrece una utilidad al promotor<sup>89</sup>. En tal caso, el riesgo lo debe asumir el constructor, que debe devolver al promotor la cantidad entregada, más los intereses legales<sup>90</sup>.

A favor de la aplicación del artículo 1124 CC, hay que señalar que entre el promotor y el constructor existe una relación contractual bilateral, por lo que si existe un defecto no conforme con el contrato de obra, aquél puede acudir a las acciones de la responsabilidad general.

## 4.2 La responsabilidad del constructor en la LOE

La LOE codifica en el artículo 17 la doctrina jurisprudencial desarrollada en la aplicación del artículo 1591 CC. El primer y principal agente de la edificación es necesariamente el constructor. Pero la LOE no entra en la relación contractual con el promotor, por lo que queda fuera de la regulación legal el contrato de obra de edificación, si bien algunas normas de la Ley irradian –directa e indirectamente– sobre el contrato.

El artículo 11 establece las obligaciones generales y específicas del constructor, quien debe estar a lo dispuesto en el proyecto y el contrato de obra. Al legislador le interesó principalmente regular la responsabi-

<sup>88</sup> Criterio defendido en casos de venta en las que no es posible la devolución de la cosa (SSTS de 6 de mayo de 1988 –RJA 4018– y 25 de abril de 2007 –RJA 2320–).

<sup>89</sup> Cuestión que se plantea A. MONSERRAT VALERO, *Responsabilidad civil por vicios de la construcción*, Madrid, 2008, p. 291.

<sup>90</sup> Según MONSERRAT VALERO, no se puede pedir que el promotor pague el precio cuando la obra defectuosa no le ofrece ninguna utilidad, *op. cit.*, pp. 291-292.

lidad por daños y perjuicios materiales y las garantías correspondientes. El constructor no ha de responder legalmente por cualquier daño, sino sólo por los expresamente establecidos en las letras *a)* y *b)* del artículo 17.1 LOE. Esta respuesta debe darse dentro de los plazos de uno, tres y diez años desde la fecha de la recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas, que se fijan en atención al tipo o grado de daño (plazos de garantía). Al mismo tiempo, se establece un sistema amplio de garantías por daños materiales ocasionados por vicios o defectos materiales de la construcción en el artículo 19 LOE. Al igual que el artículo 1591 CC, también el artículo 17.3 LOE instaura un sistema de responsabilidad legal de los agentes de la edificación por daños materiales en la construcción, debiendo responder cada uno de ellos de forma personal e individualizada.

En la relación contractual del constructor con el promotor, coexisten dos sistemas de responsabilidad, esto es, la responsabilidad legal *ex* artículo 17 LOE y la responsabilidad contractual *ex* artículos 1101 y ss. CC<sup>91</sup>. Sólo así se puede entender el artículo 17.1 cuando comienza diciendo *sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales*. El promotor tiene la opción de poder elegir, en función de sus intereses, la responsabilidad legal o la contractual por vicios o defectos en la construcción. El artículo 17.1 consagra la doctrina jurisprudencial favorable a la compatibilidad de ambos sistemas de responsabilidad, que es también la más flexible (*cf.* STS de 11 de febrero de 2008 –RJA 1697–).

El artículo 17 LOE establece un sistema específico de responsabilidad legal, el mal denominado sistema de responsabilidad decenal, para después de la recepción de la obra. Pero no contiene normas de responsabilidad contractual durante la ejecución de la obra<sup>92</sup>. Ello se debe seguramente a que el legislador no quería ocuparse directamente del contrato de obra. Estamos de acuerdo con aquellos que proponen que durante la ejecución del contrato de obra son de aplicación las normas generales de responsabilidad contractual, habida cuenta de que, sobre todo, si surgen defectos es

---

<sup>91</sup> Sobre la compatibilidad de las acciones generales y la responsabilidad de la LOE se ha pronunciado M.<sup>a</sup> L. MORENO-TORRES HERRERA, en la obra colectiva, de la que es coordinadora junto con J. M. RUIZ-RICO RUIZ, en *La responsabilidad civil en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Granada, 2002, pp. 314 y ss., pero sólo en la relación entre promotor y adquirentes. Es J. M. RUIZ-RICO RUIZ quien se ocupa directamente de esta cuestión más adelante (pp. 339 y ss.). Este autor defiende claramente la compatibilidad de ambos sistemas de responsabilidad, primero porque la ley no contiene una norma en sentido contrario (pp. 340-341); segundo, por coherencia del sistema, porque supondría crear divisiones interpretaciones poco aconsejables (pp. 341-342), y, tercero, transcurridos los plazos de garantía, se le debe dar al perjudicado la posibilidad de poder ejercitar las acciones generales, pero con la carga probatoria de tener que acreditar que el origen de los daños estaba en la actividad constructiva (pp. 342-343).

<sup>92</sup> Ha sido resaltado por ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, p. 49.

debido a un incumplimiento de las obligaciones del constructor durante la fase de la ejecución del contrato<sup>93</sup>.

Seguramente en la mayoría de casos de daños materiales por vicios o defectos, el promotor acudirá al sistema de responsabilidad legal, que le puede ofrecer, en principio, más ventajas por los plazos de garantía que le concede el artículo 17.1 LOE. Pero también puede acudir a las normas de la responsabilidad contractual, en particular cuando quiere denunciar la falta de conformidad con el contrato de obra (del que también forma parte el proyecto). Al promotor le queda siempre abierta la puerta de la responsabilidad contractual cuando han caducado los plazos de garantía, según sea el tipo de vicio o defecto constructivo (uno, tres y diez años), al menos si prueba que el vicio o defecto que denuncia es debido a una falta de conformidad con el contrato de obra. La circunstancia, además, de que la LOE ha dejado fuera la regulación del contrato de obra, permite defender plenamente nuestra postura. Hay daños que quedan fuera de la cobertura de la LOE, en particular los daños no materiales y el lucro cesante, los cuales tendrán que ser reparados ora por la vía contractual<sup>94</sup>, ora por la vía extracontractual.

Nos encontramos nuevamente con una duplicidad de normas y de sistemas de responsabilidad por vicios y defectos, esta vez en el ámbito de la edificación, que puede plantear problemas de todo tipo que requieren respuestas concretas en cada caso particular.

Pensemos sólo en la acción de cumplimiento. En virtud del artículo 17.1 LOE, el promotor puede elegir esta acción. En el apartado anterior, ya hemos expuesto algunos de los problemas que suscita la acción de cumplimiento. En el ámbito de la LOE los problemas son los mismos. Se añade la particularidad de que cuando existe un seguro de responsabilidad de vicios y defectos de construcción, la entidad aseguradora tiene la opción (de acuerdo con el art. 19.6 LOE), de pagar la indemnización o de reparar los daños constructivos. Esta opción no la tiene el constructor en caso de ser condenado al cumplimiento. En la demanda que se dirija contra el promotor y el asegurador se deben fijar, en cualquier caso, las bases de la indemnización. El artículo 19.6 LOE, cuando menciona la indemnización, en realidad está refiriéndose al cumplimiento por equivalente<sup>95</sup>. La entidad es totalmente libre de elegir entre la reparación propiamente, lo que se llama la reparación *in natura*, que

<sup>93</sup> Es la posición de MARTÍNEZ MAS, *op. cit.*, p. 99, y que comparte ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, p. 51.

<sup>94</sup> Defendido por J. M. RUIZ-RICO RUIZ, en la obra citada en la nota ante penúltima, *op. cit.*, pp. 336 y ss.

<sup>95</sup> Sobre el particular, F. J. PASTOR VITA, en la obra colectiva *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, coords. J. M. RUIZ-RICO RUIZ y M.ª L. MORENO-TORRES HERRERA, Granada, 2002, pp. 376 y ss.

también incluye la sustitución, y el cumplimiento equivalente, sin tener que justificar el porqué de la elección. En el marco de la LOE, la condena de ambos –promotor y asegurador– ha de ser, necesariamente, distinta si en la demanda se pide el cumplimiento posterior del contrato de obra. Cuando el promotor acude a las normas generales de responsabilidad, se suscita la duda de si es de aplicación el artículo 19.6 LOE en el caso de que sea codemandada la entidad aseguradora. La expresa voluntad del promotor de optar por los artículos 1101 y ss. CC excluye la opción que tiene la aseguradora en la LOE. Ahora bien, la entidad aseguradora siempre podrá acreditar que la reparación es imposible o excesivamente costosa, bien en el procedimiento o bien en la ejecución. En tal caso, podrá ofrecer una cantidad dineraria equivalente.

El artículo 17.6-1 LOE establece reglas de imputación de responsabilidad del constructor por sus técnicos –aun literalmente se refiere al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan– y el artículo 17.6-2 LOE determina la responsabilidad del constructor por los subcontratistas<sup>96</sup>. La primera regla de imputación es un claro supuesto de responsabilidad por hechos ajenos, siendo además una responsabilidad directa y cuasiobjetiva. Resulta indiferente que califiquemos esta responsabilidad de legal o extracontractual, incluso en la relación entre el promotor y el constructor. La misma valoración se puede hacer de la segunda regla de imputación. El promotor puede dirigirse contra el constructor para hacer valer su responsabilidad aun cuando los vicios o defectos tengan su origen en actos de los técnicos (dependientes y auxiliares) y de los subcontratistas del constructor. Desde este punto de vista, el constructor se convierte en el principal garante de la responsabilidad por los vicios o defectos en la construcción inmobiliaria<sup>97</sup>, particularmente frente al promotor.

## 5. LA RESPONSABILIDAD Y LAS GARANTÍAS EN EL CONTRATO DE OBRA DE «CONSUMO» POR VICIOS O DEFECTOS

### 5.1 La responsabilidad y las garantías *ex* artículo 21.1 TRLGDCU

En un precepto muy generalista y programático, el TRLGDCU regula en el artículo 21.1 unos derechos muy básicos cuando se

---

<sup>96</sup> Por todos, *vid.* M. JIMÉNEZ HORWITZ, *Las responsabilidades en la subcontratación de obra*, Granada, 2009.

<sup>97</sup> Cabe apreciar si no una equiparación al menos una aproximación a la figura del promotor (así, M.ª J. GARCÍA ALGUACIL en la obra citada en la nota antepenúltima, pp. 160-161).



adquieren bienes y servicios de consumo. Este artículo viene encabezado con el título «Régimen de comprobación y servicios de atención al cliente». A pesar de ser una norma básica de los derechos de los consumidores, contiene algunos derechos muy concretos. El apartado primero del citado precepto se refiere concretamente al bien que se entrega con defecto o deterioro, es decir, cuando falta la conformidad. En términos muy generales, el precepto dice que «el consumidor puede reclamar con eficacia el defecto o deterioro» (p. e., reclamar ante el empresario o ante la Administración). Añade que «el consumidor puede hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación». Finalmente, otorga al consumidor un derecho concreto, cual es *la devolución equitativa del precio de mercado del bien o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso*. En la redacción anterior, se concedía al consumidor también el derecho de reparación, distinguiendo diversos supuestos. Con la supresión de este derecho, la eventual responsabilidad por un bien o un servicio defectuoso de consumo, que no esté sujeta a los artículos 114 y ss. TRLGDCU, ha perdido toda su relevancia práctica.

Ya se ha explicado en el capítulo primero la razón de la importante mutilación que ha sufrido el antiguo artículo 11 LGDCU en la Reforma de 2007<sup>98</sup>. No obstante, el artículo 21 TRLDGPU cumple alguna función. Al referirse a los bienes y servicios, cabe entender que comprende también el contrato de obra inmueble, mueble e inmaterial concertado entre un empresario y un consumidor/usuario. El mentado artículo se refiere tanto al incumplimiento como al cumplimiento defectuoso (parece que el legislador vuelve a la contraposición tradicional entre uno y otro incumplimiento). El cumplimiento defectuoso hay que entenderlo en sentido amplio. En el caso de que haya un cumplimiento defectuoso en el contrato de obra, el consumidor tiene derecho a la devolución del precio entregado (total o parcial). La devolución total (no se contemplaba en la normativa anterior) presupone el ejercicio de la acción resolutoria, a la que no se refiere para nada el artículo 21.1. Esta acción resolutoria ha de ser concebida como una acción general (por lo que el plazo es de quince años). No obstante, hay autores que identifican esta acción con la acción redhibitoria como si estuviéramos ante un sistema de saneamiento<sup>99</sup> y otros entienden que se deben aplicar bien las normas generales o las normas de saneamiento según cómo incide el defecto en la satisfacción del interés del con-

<sup>98</sup> Me remito al completo estudio de AVILÉS GARCÍA, *op. cit.*, pp. 57 y ss. Este autor se centra, no obstante, en la relación del artículo 11 LGDCU con la venta de bienes de consumo.

<sup>99</sup> RUBIO GARRIDO, *op. cit.*, pp. 899 y ss.

sumidor<sup>100</sup>. La norma determina que la devolución debe ser la del precio de mercado y además equitativa. Este mandato legal, de significación económica, no deja de ser imprecisa. La eficacia *ex tunc* de la acción resolutoria exige la restitución recíproca de las prestaciones. El contratista debe, pues, devolver el precio entregado por el consumidor. Según la jurisprudencia, desarrollada básicamente en torno al artículo 1124 CC, la resolución *conlleva el reintegro a cada uno de los interesados en las cosas o valor de las prestaciones que realizaron por razón del contrato (ad exemplum STS de 3 de mayo de 1999 –RJA 3427–)*<sup>101</sup>. Por lo que respecta a la devolución del dinero, procede su restitución en la cuantía monetaria correspondiente a su valor nominalista; por tanto, no el importe que correspondería a su valor real en la fecha de su reintegro o reembolso, es decir, su valor actualizado. Aunque el artículo 21.1-1 parece decir otra cosa, la interpretación correcta debe ser la que ha defendido siempre el TS cuando se trata de la devolución de sumas dinerarias. Con la devolución del dinero se deben pagar también los intereses legales o contractuales que la suma dineraria haya producido desde su entrega al contratista (de este manera se obtiene la reintegración total de lo entregado).

Por lo que lo que se refiere a las demás acciones – cumplimiento e indemnización de daños y perjuicios–, el consumidor tendrá que acudir al Código civil, y, según nuestra postura, son de aplicación los artículos 1101 a 1107 y 1124 CC.

## 5.2 Breve referencia a la instalación de un producto en conexión con un contrato de venta de bienes de consumo ex artículo 116.2 TRLGDCU

La instalación de una cosa es un contrato de obra. Muchas veces la prestación que tiene que realizar el instalador es mínima. En otras ocasiones, requiere un mayor esfuerzo y una mayor pericia por parte del instalador. La instalación puede resultar defectuosa. En tal caso, el comitente puede hacer valer sus derechos. Como en cualquier obra defectuosa, el comitente tendrá que acudir a las acciones que permite el ordenamiento jurídico (las acciones generales de la responsabilidad o las de saneamiento).

La instalación de una cosa puede tener su causa en la venta previa de la misma, por lo que existe una conexión económica y jurídica entre la prestación consistente en la instalación de la cosa vendida y la prestación de entrega de la misma y, por tanto, una

<sup>100</sup> AVILÉS GARCÍA, *op. cit.*, p. 76.

<sup>101</sup> *Vid.* el estudio jurisprudencial, GARCÍA PÉREZ, *op. cit.*, pp. 1996 y ss.

conexión económica y jurídica entre los contratos de venta y de obra. Sin embargo, lo verdaderamente importante es que sólo se satisface al comprador si la cosa vendida se instala correctamente. Desde este punto de vista, no cabría hablar de una obligación del vendedor de sanear la instalación que resulte defectuosa, sino de un verdadero incumplimiento.

El TRLGDCU, que contempla este supuesto específicamente –por la anterior transposición de la Directiva 1999/44/CE a la Ley 23/2003– en el artículo 116.2, equipara la falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del producto a la falta de conformidad del producto cuando la instalación esté incluida en la venta y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad<sup>102</sup>. La responsabilidad se extiende a la instalación defectuosa realizada por el propio comprador cuando se debe a instrucciones erróneas para realizar la instalación. Por consiguiente, una instalación incorrecta por el vendedor, por el dependiente o por el subcontratado es un supuesto de incumplimiento en cuanto la instalación incorrecta no satisface el interés del comprador, que consiste, principalmente, en poder usar y disfrutar de la cosa después de la instalación. En definitiva, la instalación es una obligación complementaria a la entrega del producto, cuyo incumplimiento por ser incorrecta la instalación da derecho al comprador a hacer valer los remedios que otorgan los artículos 118 y ss. TRLGDCU.

Las mismas consideraciones son perfectamente trasladables a cualquier contrato de compraventa en el que se incorpora como otra prestación la instalación de la cosa objeto del contrato. La instalación incorrecta debería ser concebida como un incumplimiento de la entrega de la cosa y, por tanto, el comprador tendría a su alcance las acciones derivadas del mismo contrato (las generales o las del saneamiento).

### 5.3 **Brevísima incursión en el sistema de responsabilidad y de garantías por falta de conformidad en la venta de bienes de consumo según los artículos 118 y ss. TRLGDCU**

Los artículos 118 y ss. TRLGDCU contienen un nuevo sistema de responsabilidad y de garantías por falta de conformidad del comprador con la cosa vendida. La falta de conformidad es entendida como un supuesto de incumplimiento, en el cual tiene cabida cualquier cumplimiento defectuoso. Su incompatibilidad con el saneamiento por vicios ocultos es evidente (subrayado expresa-

<sup>102</sup> Sobre el particular, ampliamente, AVILÉS GARCÍA, *op. cit.*, pp. 299 y ss.

mente en el art. 117-1 TRLGDCU). Se articula un sistema de remedios, en el que el comportamiento del vendedor no tiene relevancia, quedando fuera cualquier culpa suya, pero con la singularidad de que para la acción de indemnización por daños y perjuicios la Ley remite a la legislación civil y mercantil (*vid.* art. 117-2 TRLGDCU). De este nuevo sistema de protección del comprador se pueden extraer, como veremos más adelante, algunas conclusiones importantes para el contrato de obra. Por otra parte, nos parece defendible una aplicación analógica de este sistema al contrato de obra de un producto en el que el comitente es un consumidor/usuario, particularmente por la afinidad –aunque relativa– del contrato de obra con la venta. La protección más intensa que ofrece el TRLGDCU debería regir también para el comitente que sea a la vez consumidor en un contrato de obra de un producto. No hay razones para que el comitente tenga que buscar la protección en las normas generales y de saneamiento por vicios ocultos, aunque las primeras pueden ser, en determinados casos, más beneficiosas para el comitente.

Una singularidad de la venta de bienes de consumo es que fija a favor del comprador unos plazos de garantía (*cf.* art. 123 TRLGDCU). En el contrato de obra se fijan también plazos de garantía cuando se trata de inmuebles (art. 1591 CC, art. 17 LOE). Pero es cuestionable que se puedan fijar plazos de garantía para los demás contratos de obra. La aplicación analógica puede resultar un tanto forzada en casos concretos.

## 6. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD Y DE GARANTÍAS EN EL CONTRATO DE OBRA SEGÚN EL FRACASADO PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS Y DE OBRA DE 1994

El texto que se presentó por el Gobierno al Congreso en 1994 contemplaba determinadas normas de responsabilidad y de garantías durante la ejecución del contrato de obra y a partir de la recepción de esta.

En el artículo 1596 del Proyecto de Ley se conceden al comitente determinados derechos durante la ejecución del contrato para el caso de que la obra que se está ejecutando tenga defectos. En concreto, *podrá requerir al contratista para que subsane los defectos de la obra en curso y se ajuste a las condiciones pactadas o a las reglas de la diligencia profesional*. Para el caso de que los defectos sean graves o no sean subsanados, a pesar de que el con-

tratista haya sido requerido reiteradamente, el comitente tendrá el derecho *a resolver el contrato y a ser indemnizado de los daños y perjuicios que se le hubiere causado* <sup>103</sup>. Al contratista también se le da el derecho de resolver el contrato si el comitente ha ejercitado indebidamente la facultad de resolver el contrato (aunque no lo dice el texto, cabe pensar que comprende otros supuestos que no sean propiamente cumplimiento defectuoso).

En el artículo 1594 del Proyecto de Ley se establecen normas de protección del comitente para después de la recepción de la obra. Para el caso de una obra con vicios o defectos, se le da al comitente la opción de elegir entre el cumplimiento posterior o la rebaja del precio. El cumplimiento posterior se limita, en principio, a la reparación, esto es, a la eliminación del vicio o defecto (el texto habla de *corrección* de los vicios o defectos); pero también podría pensarse en que es viable que el comitente pida la realización de una nueva obra. Este derecho de *corrección*, que es un derecho al cumplimiento posterior, supone la principal novedad de la responsabilidad contractual por defectos en la obra. Otra novedad es que el comitente no puede pedir la resolución del contrato por cualquier vicio o defecto, sino sólo *cuando los vicios o defectos hagan la cosa inadecuada para su uso normal o convenido o resulten de imposible corrección*. El Proyecto resuelve el supuesto de cuando la obra no se pueda devolver –concretamente cuando la obra quede «incorporada a la cosa propia» del comitente–, entonces, *el contratista tendrá derecho a reclamar la utilidad que la obra reporte al comitente sin que exceda de su coste*. Esta solución legal no es exactamente la que eligió el TS en la S de 3 de mayo de 1997 (RJA 3427) para «compensar» al contratista por una obra defectuosa que quedó incorporada al patrimonio del comitente. Según se colige del texto legal, si la obra con defectos no ofrece ninguna utilidad al comitente, no cabe ninguna contraprestación. Cualesquiera de las acciones que ejercite el comitente, ello no impide que éste pueda reclamar la indemnización por daños y perjuicios. El plazo de las acciones *ex* artículo 1594 es de tres años, que se computa desde la recepción de la obra (art. 1595).

El contratista responderá ante el comitente, aunque para realizar la obra ocupe a otras personas o haya subcontratado con terceros (art. 1589-1). Esta responsabilidad por hechos ajenos rige también por vicios o defectos ocasionados por los que dependan del contratista. La responsabilidad subsiste hasta la recepción de la obra.

---

<sup>103</sup> Para algunos, el artículo 1594 CC faculta al comitente al desistimiento del contrato de obra cuando comprueba que la obra que se está ejecutando no tiene la utilidad prometida. Es obvio que la propuesta es mucho más acertada en cuanto exige un requerimiento previo de corrección de lo que no es útil en la obra que se está ejecutando.

Hay que señalar que el Proyecto de Ley contiene una norma especial para los defectos de la construcción en la edificación, el artículo 1600, que mantiene la responsabilidad decenal del Código civil. Se trata de una norma de responsabilidad legal. Mientras que los artículos 1594 y 1596 del Proyecto de Ley son normas que son de aplicación a cualquier contrato de obra.

El Proyecto de Ley introduce algunas novedades importantes si lo comparamos con el Código civil. Establece un régimen de responsabilidad específico por vicios o defectos para cualquier contrato de obra. Distingue, a su vez, las acciones que tiene el comitente durante la ejecución de la obra y después de la recepción de la obra. Otra singularidad es que en cualquiera de las fases dinámicas del contrato de obra, el comitente puede pedir la subsanación o corrección de los vicios o defectos de la obra. La subsanación y el cumplimiento posterior tienen un carácter preferente, siendo los principales remedios, junto con la indemnización de daños y perjuicios. Como remedio secundario está la resolución del contrato, debiéndose cumplir determinados requisitos. Para los remedios posteriores a la recepción de la obra se concede un plazo de tres años para el ejercicio de las acciones, que puede considerarse proporcionado.

El Proyecto de Ley se acerca bastante a la regulación de la responsabilidad del contrato de obra del BGB entonces vigente, hasta tal punto que contiene igualmente –a diferencia de la actual regulación– normas de responsabilidad contractual durante la ejecución de la obra (*cfr.* § 634 en su versión originaria)<sup>104</sup>. El cumplimiento también era el remedio preferente, concretado en la reparación de la obra defectuosa (como en el BGB) y con la particularidad de que la acción de reducción del precio de la obra es otra opción junto a la reparación (las dos acciones se sitúan al mismo nivel, mientras que en el Derecho alemán –antes de la Reforma de 2002– la acción de reducción del precio tenía un carácter subsidiario –mantiene este carácter después de la Reforma 2002–). En otros aspectos el Proyecto de Ley se separa totalmente del antiguo BGB (p. e., establece un único plazo, mientras que el BGB fija distintos plazos según el tipo de obra; se tendrán por no puestas las cláusulas que excluyan o limiten la responsabilidad del contratista por vicios o defectos de la obra, mientras que el BGB sólo declara nulas las cláusulas de exclusión o limitación si el contratista oculta dolosamente el vicio). El Proyecto de Ley rompe en parte con el régimen

---

<sup>104</sup> También existen similitudes con los artículos 1667 y 1668 del Código civil italiano (pensados para cualquier contrato de obra), subrayado por CORDERO LOBATO, *op. cit.*, nota 34 (menos similitudes hay con el Código civil francés, dado que su regulación se ocupa sólo del contrato de construcción de inmuebles –*cfr.* arts. 1792 y ss.–).

del saneamiento por vicios ocultos, mientras que el BGB remite a los parágrafos de la compraventa para la resolución (redhibición) y la reducción del precio (*cf.* § 634 *in fine* en su versión originaria). Sin embargo hay temas que no contempla, como la finalización del contrato del contrato de obra por causa distinta a la recepción de la obra (*cf.* antiguo § 640).

Pero si comparamos este Proyecto de Ley con la actual regulación del BGB, podemos comprobar que la normativa alemana ha avanzado en la protección del comitente. A saber, el cumplimiento del contrato de obra gira en torno al principio de conformidad (*cf.* nuevo § 633.2). Comprende también los vicios jurídicos (nuevo § 632.3). La reforma reordena el sistema de acciones, con una específica regulación del cumplimiento posterior, admitiendo expresamente la acción de reparación o sustitución a elección del contratista (nuevo § 635) y de la reducción del precio (nuevo § 638). A su vez, revisa y fija nuevos plazos de prescripción [nuevo § 634 *a*]. Habrá que examinar en qué medida estas reformas introducidas con la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002 pueden tener algún interés para el legislador español.

## 7. RECAPITULACIÓN

Después de este capítulo, es más que evidente que nuestro ordenamiento jurídico no siempre es capaz de ofrecer respuestas adecuadas a los muchos problemas que suscitan los vicios o defectos en el contrato de obra. Sobre todo, la ausencia de un régimen general de garantías del contrato de obra en caso de defectos no se puede cubrir acudiendo bien a las normas generales de la responsabilidad general *ex* artículos 1101 y ss. CC o bien a las normas de saneamiento por vicios o defectos ocultos *ex* artículos 1484 y ss. CC. Acudiendo a una u otra normativa, se ha comprobado que su aplicación plantea cuestiones específicas en relación con el cumplimiento defectuoso de un contrato de obra por la existencia de un vicio o defecto. Las normas generales de responsabilidad contractual no están pensadas para casos de cumplimiento defectuoso. Además, la aplicación de las normas de saneamiento por vicios o defectos ocultos resulta igualmente poco satisfactoria. Por eso ninguna de esas normas responde a los problemas reales de una obra defectuosa por el incumplimiento del contratista, especialmente en lo que se refiere a la protección de los intereses del comitente. Pero en el cumplimiento defectuoso no se pueden ignorar totalmente los intereses del contratista. Creemos que el Derecho alemán, sobre todo después de la Reforma de 2002, ofrece un sistema de respon-



sabilidad que es capaz de conjugar los derechos del comitente y del contratista en el caso de que la obra resulte defectuosa. La configuración en el Derecho alemán de la entrega defectuosa como un supuesto de incumplimiento facilita la solución de los problemas dentro del marco del contrato de obra.

En cuanto a la responsabilidad por ruina de un edificio, los ordenamientos jurídicos siempre han articulado un sistema específico, pero que no tiene por qué ser incompatible con un sistema de responsabilidad que sea común para el contrato de obra.

## **V. LA NECESIDAD DE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR VICIOS O DEFECTOS EN EL CONTRATO DE OBRA**

### **1. PLANTEAMIENTO**

A lo largo de este estudio, ha quedado demostrado que es necesario que nuestro legislador se ocupe específicamente de la protección del comitente frente a los vicios o defectos en la obra. La carencia actual de un régimen jurídico general, nos obliga a recurrir a normas de la responsabilidad contractual que son comunes para cualquier contrato o a normas que están pensadas para supuestos más específicos (la responsabilidad por vicios en la construcción de edificios) o distintos (el saneamiento por vicios o defectos ocultos).

En España, hubo un Proyecto de Ley de reforma del contrato de obra en 1994, el cual se ocupó específicamente de la responsabilidad contractual por vicios o defectos en una obra, con la inserción de normas específicas de responsabilidad –durante la ejecución de la obra y después de la recepción de la obra– y una norma especial de responsabilidad -por ruina en la construcción de edificios–. En su momento fue un proyecto interesante y avanzado, cuyas aportaciones no se deben desechar. En lo que se refiere a la responsabilidad por vicios o defectos, se articuló un sistema de acciones en el que el cumplimiento posterior del contrato de obra tenía preferencia sobre otras acciones. La mayor crítica que quizá se puede hacer a la reforma propuesta es que contrapone, como había sido tradicional, el defecto o el vicio al incumplimiento del contrato de obra.

El estudio del sistema alemán nos abre nuevas perspectivas, sobre todo, a partir de la Reforma del BGB en 2002, que acerca el contrato de obra aún más a la compraventa (en particular en lo que se refiere al incumplimiento por vicios o defectos materiales y jurí-

dicos en una obra), estableciendo un verdadero sistema de responsabilidad y de garantías. La contraposición del cumplimiento defectuoso al incumplimiento deja de existir, y, en su lugar, se defiende que el cumplimiento defectuoso es un supuesto más de incumplimiento (además en consonancia con las normas generales sobre el incumplimiento y de la compraventa). Por consiguiente, el régimen específico previsto en los §§ 633 y ss. BGB está articulado sobre la idea de que el vicio material o jurídico en una obra es un incumplimiento. Una obra que se entrega con un vicio es una lesión del crédito del comitente por cuanto contraviene el derecho del comitente de recibir la obra conforme con lo estipulado en el contrato de obra o, en su defecto, con lo que él esperaba o según los usos técnicos de los diferentes sectores económicos. Para satisfacer aún el interés del comitente, el BGB da preferencia al cumplimiento posterior mediante la eliminación del vicio o la sustitución de la obra, alargando, así, el cumplimiento de entrega de la obra. Se puede afirmar, aunque no está tan claramente formulado en la doctrina alemana, que el principio de conformidad también impregna el contrato de obra. Probablemente, en estos momentos, el modelo alemán es el que más se acerca a considerar que el cumplimiento defectuoso del contrato de obra es un incumplimiento. El modelo alemán desarrolla además un sistema de responsabilidad y de garantías en el que se conjugan los intereses del comitente y del contratista. Por eso, nos parece interesante que nos hayamos fijado en este tema por si puede aportar ideas para una reforma del contrato de obra en España.

## 2. UN NUEVO ENFOQUE

En el contrato de obra el contratista tiene la obligación de ejecutar la obra conforme con lo acordado con el comitente. En el estudio dedicado a las características del contrato de obra, se ha subrayado que la obligación del contratista es una prestación dirigida a un resultado, para cuya obtención el contratista tiene que realizar una actividad. Según la doctrina alemana, no es suficiente para el cumplimiento del contrato que el contratista haya realizado la actividad necesaria para la obtención del resultado (*tätigkeitsbezogene Verpflichtung*), sino que es necesario que efectivamente obtenga el resultado (*erfolgsbezogene Verpflichtung*). Nuestro Código civil sólo se refiere a la obligación –ejecutar una obra–, pero no dice cuál es su contenido (*cf.*: art. 1544 CC). No tenemos, como el Derecho alemán, una norma que describa cuáles son los deberes contractuales típicos en el contrato de obra (*cf.*: § 632 BGB).

La obligación del contratista de obtener un resultado, realizando previamente una actividad para lograrlo, es la obligación principal. Cualquier desviación más o menos importante del resultado es un incumplimiento. Y, por tanto, hay también un incumplimiento cuando la obra que se entrega resulte defectuosa. Es indiferente que el contratista haya realizado toda la actividad necesaria para lograr el resultado si no obtiene el resultado. Ese resultado ha de ser la satisfacción del comitente, principalmente conforme con lo acordado en el contrato de obra<sup>105</sup>.

En el contrato de obra, el contratista asume un riesgo mayor que en otros contratos –p. e., en la compraventa o en el contrato de servicios<sup>106</sup>–. No sólo debe hacer todo lo posible para lograr el resultado, sino que debe conseguirlo. Su actividad está dirigida a la obtención de un resultado, para la cual necesita de medios personales y materiales. Esto explica que el riesgo lo asume el contratista, incluso en obras de menor envergadura.

Por el riesgo que asume el contratista, es él el primer interesado en que se cumpla el contrato de obra. Por eso, cuando la obra resulte defectuosa prefiere que se pueda cumplir aún el contrato. El cumplimiento posterior mediante la eliminación del defecto o la sustitución de la obra mal hecha no sólo interesa al comitente sino también al contratista. De ahí, el interés de ambas partes de poder alargar el cumplimiento aún después de la recepción de la obra. En atención, además, a la funcionalidad económica del contrato de obra, es preferible el cumplimiento posterior a otros remedios como son la rebaja del precio o la resolución contractual. Desde el punto de vista económico, el cumplimiento posterior interesa también al mercado por los efectos económicos positivos –directos e indirectos– que tiene.

Los ordenamientos jurídicos más modernos dan preferencia al cumplimiento posterior de la obra que resulte defectuosa (así el art. 1618 Código civil italiano y los §§ 634 y 635 BGB, tanto en su versión antigua como actual), adquiriendo, así, un valor central en la ejecución de la obra. La reparación y la sustitución permiten que se pueda prolongar el cumplimiento del contrato de obra.

---

<sup>105</sup> Los contratos que dan lugar a obligaciones de resultado suelen incluir obligaciones de destreza y diligencia, E. NARROS BOURIE, «Criterios de atribución de riesgos en materia contractual: Un contrapunto con la responsabilidad extracontractual», *Derecho de daños*, E. BARROS BOURIE, M.<sup>a</sup> PAZ GARCÍA RUBIO y A. MORALES MORENO, Madrid, 2009, p.174.

<sup>106</sup> En todo contrato hay una distribución de riesgos, pero hay contratos en los que el riesgo lo asume principalmente una de las partes, como el contratista en el contrato de obra. Para definir los riesgos que asume el deudor –importante sobre todo en la distinción entre obligaciones de medios y de resultado– se debe preguntar, según E. BARROS BOURIE por qué ha pagado el acreedor, *op. cit.*, p. 180.

Hasta ahora, nuestra doctrina ha examinado el cumplimiento defectuoso del contrato de obra dentro de lo que se ha venido denominando la responsabilidad contractual<sup>107</sup>. El contratista debe responder por los vicios o defectos. Sin embargo, si se examina más de cerca la responsabilidad del contratista por vicios o defectos, se puede comprobar que a los efectos de una imputación resulta indiferente exigir al contratista un determinado comportamiento. Su comportamiento queda dentro de la esfera de los deberes típicos del contrato de obra. Sólo se le exige –de cara al acreedor, que es el comitente– que obtenga el resultado previsto en el contrato. Esto explica que la diligencia que tiene que desplegar el contratista para obtener un resultado no trasciende finalmente al cumplimiento aun siendo el cumplimiento defectuoso. Para el comitente la prueba de un deficiente comportamiento es siempre una carga. El comitente necesita garantías para que se cumpla el contrato de obra aún después de la recepción. Y la principal garantía para el comitente es el cumplimiento posterior, que es el que le garantiza que pueda obtener aún el resultado. Al comitente no le interesa imputar el cumplimiento defectuoso al contratista si no hay daños o perjuicios. Su interés principal reside normalmente en obtener aún el cumplimiento del contrato de obra. La rebaja del precio o la resolución del contrato de obra son remedios que en la mayoría de los casos no interesan económicamente a ninguna de las partes. Por eso, son remedios más bien excepcionales.

Este enfoque nos acerca más a la concepción que se tiene actualmente del cumplimiento defectuoso en los contratos bilaterales. Antes de que se resuelva el contrato, es preferible mantener el vínculo obligacional mediante el cumplimiento posterior.

El cumplimiento defectuoso puede causar daños y perjuicios al comitente. Es presupuesto, según prácticamente toda la doctrina, de antes y de ahora, que los daños y perjuicios sean imputables al contratista, cuya prueba incumbe al comitente.

De acuerdo con la estructura seguida en nuestro trabajo, al menos tres temas deben ser objeto de atención para una futura regulación en materia de vicios o defectos en la obra: *a)* los presupuestos de un sistema específico de responsabilidad y de garantías, *b)* la recepción de la obra como momento determinante de un sistema de responsabilidad y de garantías específico y *c)* el sistema de acciones o remedios a favor del comitente frente al cumplimiento defectuoso por vicios o defectos en la obra.

<sup>107</sup> En particular, SÁNCHEZ CALERO y CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*

### 3. ALGUNAS PROPUESTAS CONCRETAS

#### 3.1 La utilidad de un solo concepto: vicio o defecto

Es común en los textos legales la contraposición de vicios o defectos (art. 1484 CC, art. 17 LOE). Esta contraposición no ha tenido consecuencias jurídicas en la aplicación de las normas que protegen al comitente que recibe una obra no conforme con el contrato de obra. Resulta indiferente que se hable de vicios o de defectos para expresar que una obra no es hábil, útil o idónea. Para determinar que hay un cumplimiento defectuoso el criterio fundamental es la funcionalidad de la obra, el cual va a depender, principalmente, de lo que se haya estipulado en el contrato de obra. Este enfoque amplía enormemente los supuestos de cumplimiento defectuoso y permite que se pueda articular un sistema de protección con una mayor cobertura. Parece aconsejable, pues, que se opte por uno de los términos (vicio o defecto) para concretar el supuesto normativo que regule en el futuro las garantías del comitente. Hemos visto que en el BGB sólo aparece la palabra *Mangel* (vicio). Nosotros también podríamos optar por la palabra vicio, si bien, desde una perspectiva más moderna, podría ser preferible la palabra defecto por cuanto expresa mejor la falta de funcionalidad de una obra que no se ha ejecutado según el contrato de obra. Pero si se considera que es un cumplimiento defectuoso el vicio jurídico en una obra, es preferible la palabra vicio como común denominador de los vicios materiales y jurídicos.

#### 3.2 La elaboración de un catálogo de vicios en la obra

Es consustancial al contrato de obra que el objeto reúna las cualidades necesarias. Nos estamos refiriendo a las cualidades materiales y funcionales de la obra. La falta de alguna cualidad significa que la obra no se ha ejecutado debidamente y, por tanto, cabe considerar que hay un cumplimiento defectuoso. ¿Pero cuándo se entiende que hay un cumplimiento defectuoso? Como criterio principal, se debe estar a lo pactado en el contrato de obra, en el que normalmente está descrita la obra y las cualidades que deba reunir. Por tanto, el primer criterio a tener en cuenta es la descripción del objeto del contrato de obra y de sus cualidades. Como en la compraventa, se debe partir de un concepto funcional de lo que se entiende por vicio. Se puede describir, como también en la compraventa, en términos positivos –existencia de vicios– o negativos

–ausencia de vicios–. Una desviación de la descripción de la obra y/o de sus cualidades significa un cumplimiento defectuoso; se trata, pues, de un incumplimiento. Será la jurisprudencia la que, no obstante, determinará el incumplimiento en atención a la sustancialidad de la desviación. Es imposible describir la esencialidad como presupuesto del incumplimiento cuando el cumplimiento es defectuoso y menos cuando es por vicios o defectos. No siempre está descrito con la necesaria concisión el objeto del contrato de obra o no hay una relación de las cualidades que debe reunir la obra. En tal caso, habrá que estar a otros criterios, como las expectativas del comitente o los usos (sobre todo los usos técnicos) según cada sector. Dado que se parte de una concepción amplia de cumplimiento defectuoso, debe quedar incluida la obra distinta o la obra de menor cantidad.

Nuestro Código civil carece, por las razones que ya conocemos, de cualquier norma general que nos ayude a determinar cuándo hay un incumplimiento por defecto de una obra. En el Proyecto de Ley de 1994 no existe una clara descripción de los supuestos de responsabilidad por vicios o defectos en la obra aun cuando contiene normas generales de protección del comitente. Una propuesta de reforma debería determinar con la mayor claridad posible los supuestos de defectos de obra para poder articular un sistema de acciones a favor del comitente para hacer valer su interés principal, cual es que la obra se realice satisfactoriamente, aunque sea posteriormente. Es evidente que las sugerencias que formulamos, que son mínimas, parten del Derecho alemán, que ha establecido un catálogo amplio de supuestos de ausencia de vicios. El § 633 BGB, que se ocupa de los vicios materiales y jurídicos, puede servir de referencia para una propuesta de reforma del sistema de protección del comitente frente a una obra que resulte defectuosa.

### 3.3 El vicio jurídico en la obra

La proximidad del contrato de obra con la venta suscita el problema de los vicios jurídicos en el momento de la recepción de la obra. Un tercero puede tener un derecho sobre la obra (p. e., un crédito o algún derecho de autor o de propiedad industrial) frente al comitente. En tal caso, hay un vicio jurídico que incide negativamente en el cumplimiento del contrato de obra (*cf.* § 634 BGB). Nuestro ordenamiento jurídico sólo conoce específicamente el saneamiento por evicción, previsto para la compraventa. Habrá que plantearse la incorporación legal, como un supuesto más de cumplimiento defectuoso, el vicio jurídico en la obra.

### 3.4 La recepción de la obra: una definición básica

Es criterio común que la recepción de la obra es un momento clave en el cumplimiento del contrato de obra. Hasta que no tenga lugar la recepción de la obra no se considera cumplida la obligación que tiene el contratista de realizar la obra. La recepción de la obra produce muy diversos efectos tanto para el contratista como para el comitente. Dada la importancia que tiene la recepción para el contrato de obra parece aconsejable una definición básica de este momento contractual. Esta definición debe construirse sobre los dos momentos de la recepción de la obra: la puesta a disposición de la obra por el contratista y la aprobación de la obra por el comitente. Una referencia para su definición puede ser la frase primera del artículo 6.1 LOE.

La aprobación de la obra por el comitente puede ser expresa o tácita. No requiere formalidades concretas (salvo para determinadas obras como la construcción de inmuebles o cuando se trata de obras en las que el comitente es un consumidor).

Salvo en la construcción de inmuebles, no es necesario aludir a las diversos tipos de recepción.

### 3.5 El principio de conformidad contractual y su traslación al contrato de obra

El principio de conformidad contractual (*Vertragsmäßigkeit*) constituye hoy uno de los principales principios del Derecho contractual moderno. Procede de la Convención de Viena, ha entrado en los Derechos nacionales por la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo, para extenderse después a cualquier contrato de compraventa. Ahora empieza a incorporarse a otros contratos cuyo contenido se caracteriza por la obtención de un resultado. El principio de conformidad está igualmente presente en los textos de Derecho privado europeo, en particular en el *Draft Common Frame of Reference* en la regulación de la compraventa y de los contratos que el texto llama *services* en los que están comprendidos determinados contratos de obra (*construction, processing, design*). Este texto europeo parte de un concepto nuevo de contrato de servicios, el contrato de prestación de servicios, en el que tiene cabida el contrato de obra, poniendo un especial acento en el deber de colaboración entre los sujetos contratantes. En cualquier contrato de prestación de servicios se busca un resultado, si bien en los contratos de obra la obtención del resultado es lo más característico. Es fundamental, para poder imputar el resultado al



prestador de servicios, que el resultado esté bajo su control. Si el resultado no se ha obtenido, el prestador de servicios (p. e., el contratista) ha incumplido, a no ser que haya alguna causa ajena a él que haya impedido la obtención del resultado. De lo contrario, el cliente (p. e., el comitente) puede pedir al prestador de servicios responsabilidad haciendo uso de los remedios que tiene cualquier acreedor contra su deudor<sup>108</sup>.

El principio de conformidad contractual se está convirtiendo en un supraconcepto dentro de la teoría general del cumplimiento de las obligaciones, pero que procede de la compraventa. Con la conformidad contractual se quiere expresar que el comprador en su condición de acreedor a una cosa está conforme con la misma después de su entrega. Pero la conformidad contractual no tiene que ceñirse exclusivamente a la entrega de una cosa (p. e., mediante una compraventa), sino que puede darse en otras obligaciones, como en la obligación de hacer mediante la obtención de un resultado concreto<sup>109</sup>. El acreedor de una obra después de su recepción puede manifestar su conformidad con lo que se ha acordado en el contrato de obra.

La conformidad contractual significa que existe una perfecta adecuación entre lo ejecutado y lo acordado por los contratantes. En definitiva, sólo hay conformidad cuando lo entregado o lo realizado coincide totalmente con lo que se ha establecido en el contrato (p. e., compraventa u obra).

La falta de conformidad contractual del acreedor (comprador, competente) significa, por el contrario, que hay un incumplimiento por el deudor (vendedor, contratista) después de haber sido ejecutada la obligación de entrega o de hacer una cosa.

Aunque en el Derecho alemán, después de la Reforma de 2002, no está formulada explícitamente la conformidad en el contrato de obra, sino que se refiere a los vicios materiales como supuestos de cumplimiento defectuoso, subyace la idea de la conformidad en la frase primera del apartado 2 del § 633, que dice: *La obra está libre de vicios materiales si ésta posee las cualidades convenidas*. Se parte, pues, de un concepto subjetivo de lo que se entiende por vicio, puesto que el vicio depende de lo que hayan acordado las partes. Lo que los alemanes llaman *Beschaffungsvereinbarung* (acuerdo sobre las cualidades) tiene, en el fondo, el mismo signifi-

---

<sup>108</sup> Vid. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, preparado por el *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, eds. C. VAN BAR y E. CLIVE, vol. 2, Munich, 2009, pp. 1597 y ss.

<sup>109</sup> Incluso tiene cabida en el contrato de servicios, según MORALES MORENO, en los que el reproche subjetivo –culpa del deudor– es la constatación de que no se ha cumplido, «Problemas que plantea la unificación...», pp. 220-221.

cado que la *Vertragsmässigkeit* (conformidad con el contrato). Para saber que las cualidades son las convenidas, el comitente tiene que prestar en el momento de la puesta a disposición de la obra su conformidad. Además de las exigencias cualitativas, han de cumplirse también las exigencias cuantitativas. En realidad, la aprobación de la obra significa conformidad con la obra. Desde este punto de vista, no hay nada nuevo cuando hablamos de conformidad en el contrato de obra.

En el *Draft Common Frame of Reference*, la conformidad del cliente con el resultado (el art. IV.C.-2:106 se refiere específicamente a la obligación *to achieve resultat* contraponiéndola en el precepto anterior a la obligación *of skill and care*) y las consecuencias de la falta de conformidad aparecen expresamente reguladas en los contratos de *construction* (art. IV.-3:104) y de *design* (art. IV.C.-6:104), con remisión expresa a las disposiciones generales del contrato de *services* (arts. IV.C.-2:107, 2:108 y 2:109)<sup>110 111</sup>. De estas normas se deriva que la conformidad con el resultado es una pieza fundamental de las garantías que este texto otorga al comitente (el texto europeo utiliza la expresión «cliente»).

En el Derecho contractual europeo desaparece la tradicional dicotomía del contrato de obra y el contrato de servicios con la construcción de una figura contractual de perfiles más generalistas, que es el denominado contrato de prestación de servicios<sup>112</sup>. Lo determinante para el Derecho contractual europeo no es la distinción tradicional entre el contrato de servicios y el contrato de obra, sino los contratos concretos que tienen por objeto prestaciones de hacer, que pueden consistir en prestaciones caracterizadas por el esfuerzo de obtener un resultado (prestaciones de servicios) o de lograr efectivamente un resultado (prestaciones de obra). En el DCFR se articulan estas ideas bajo el nombre de *services* (en la doctrina alemana se habla del contrato de prestación de servicios

<sup>110</sup> Una referencia importante para conocer los contratos de servicios y de obra desde una perspectiva comparativista, *vid.* la obra colectiva *Service Contracts*, ed. R. ZIMMERMANN, Tubinga, 2010.

<sup>111</sup> En los PECL no aparece esta distinción. Aunque conoce el cumplimiento defectuoso (art. 1:301), no alude en ningún momento a la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado.

<sup>112</sup> Ya antes del DCFR, se está observando este cambio hacia una nueva forma de comprender la prestación de servicios. *Vid.* en particular, C. WENDERHORST, «Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht», *AcP* (206), 2006, pp. 207 y ss. En España, J. F. ORTEGA DÍAZ parte del concepto de servicio como piedra angular de la distinción entre lo que él denomina tipo contractual general (contrato de servicios) y el especial (contrato de obra) en «Hacia un concepto clarificador de servio. El contrato de servicios como tipo contractual general», *RCDI*, n.º 705, 2008, pp. 221 y ss.

–*Dienstleistungsvertrag*–)<sup>113</sup>. Para este texto, es fundamental la distinción de *obligation of skill and care* (obligaciones de medios o de actividad) y *obligation to achieve result* (obligaciones de resultado). En realidad, la diferenciación entre el contrato de obra y de servicios se presenta cuando se lesiona el crédito del comitente por una obra o un servicio mal ejecutado, siendo, necesariamente, los presupuestos y los remedios diferentes.

Para los remedios frente al cumplimiento defectuoso están los remedios generales del incumplimiento (*remedies for non-performance*, arts. III.-3:101 y ss.). Los redactores del texto europeo no han considerado necesario establecer un régimen específico de remedios para los contratos de prestación de servicios. A la luz de los preceptos que regulan los contratos de prestación de servicios, se puede observar un cierto alejamiento de los derechos nacionales tanto por lo que respecta al contrato de servicios como al contrato de obra.

### 3.6 El principal efecto de la recepción de la obra: un sistema de responsabilidad y de garantías específico

A lo largo de nuestro estudio ha quedado evidenciado que partir de la recepción de la obra es cuando se debe articular un sistema específico de protección del comitente. Por eso, es importante que se precise con la mayor claridad cuáles son los derechos del comitente, pero sin olvidar los derechos del contratista. Ya en el Proyecto de Ley de 1994 se tenía muy presente que la recepción de la obra es un momento decisivo en el cumplimiento del contrato de obra. Este ha sido también el criterio mayoritario de la doctrina y de la jurisprudencia. Por lo tanto, también debe ser este el criterio en una futura reforma. Se puede tomar en consideración el modelo alemán, el cual mantiene algunos derechos y garantías de la regulación de 1900 y establece otros derechos y garantías en la Reforma de 2002.

### 3.7 Algunas claves de un sistema de responsabilidad y de garantías específico

Hasta ahora han quedado relegados a un plano muy secundario aspectos tan básicos como la información y las garantías en el con-

---

<sup>113</sup> Vid. P. DE BARRÓN ARNICHES, «Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia», *Indret*, 2008 (julio). La misma autora, «Arrendamiento de obra y servicios: una distinción evanescente a la vista de la regulación del contrato de servicios en CFR», en *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, coord. E. BOSCH CAPDEVILA, Barcelona, 2009, pp. 475 y ss.

trato de obra. Al igual que en la compraventa, la información debe configurarse como un deber específico del contratista, tanto en el momento de la celebración del contrato de obra como durante su ejecución. El contratista debe informar debidamente al comitente de todos los aspectos del contrato de obra, del objeto del mismo y de las cualidades y cantidades que éste debe reunir y de cómo se está ejecutando la obra. A su vez es necesaria una colaboración entre el contratista y el comitente. Asimismo, se deben establecer garantías para las cualidades y cantidades de la obra al menos en determinados sectores del mercado. Los llamados códigos técnicos deben ser valorados e interpretados para determinar el grado de cumplimiento del contrato de obra (p. e., en el ámbito de la edificación, el Código Técnico de la Edificación, según los RD 314/2006 y 1371/2007<sup>114</sup>).

En un sistema específico de protección no se pueden ignorar los intereses del contratista. En un contrato bilateral, como es el contrato de obra, donde el contratista asume un riesgo elevado, la protección pasa por tener en cuenta tanto sus intereses como los del comitente. El principal interés de ambos sujetos es que el contrato se pueda cumplir aún. Se debe, pues, facilitar el cumplimiento posterior del contrato de obra, ya que interesa económicamente tanto al comitente como al contratista. Ahora bien, la subsanación de los vicios eliminándolos o sustituyendo una obra por otra es un coste económico para el contratista. Habrá que preguntarse, por tanto, si la elección de cómo debe ser el cumplimiento posterior corresponde al mismo contratista o al comitente. Si se mira desde el punto de vista del interés del comitente, la elección debería corresponder a él (el antiguo § 633 BGB otorga esta opción al comitente, quien tiene el derecho de pedir la eliminación del vicio, que, según la doctrina comprende tanto la reparación como la sustitución, aunque la jurisprudencia limita este derecho a la reparación –*Abgewandelter Erfüllungsanspruch*–). Sólo de esta manera se puede satisfacer su interés a tener una obra sin vicios. Ahora bien, la elección a favor del comitente de poder exigir la eliminación del vicio o la creación *ex novo* de la obra puede perjudicar al contratista. Se puede argumentar que hasta la recepción de la obra la actividad del contratista tenía que estar dirigida a la realización de una obra sin vicios. Si no ha logrado el resultado deseado, debe asumir él todas las consecuencias, ya que él tenía la

---

<sup>114</sup> En Alemania, el DIN (*Deutsches Institut für Normen*) elabora normas técnicas para los distintos sectores de la producción que comprenden también el contrato de obra y, por tanto, pueden ser valoradas para determinar el cumplimiento del contrato de obra por parte del contratista.

obligación de realizar una actividad dirigida a la obtención de un resultado. Este enfoque responde, además, a la idea de que se debe proteger especialmente al comitente, por su condición de acreedor, en su derecho a obtener un resultado satisfactorio. Además, el contratista queda «compensado» en cuanto se puede negar a la eliminación del vicio o de la sustitución de la obra por otra si el cumplimiento posterior le resulta excesivamente costoso<sup>115</sup>. Sin embargo, no es esta la solución del Derecho alemán después de la Reforma 2002, donde corresponde al contratista elegir (según el § 635 BGB) entre la reparación o la sustitución de la obra una vez que el comitente haya exigido el cumplimiento posterior, previa acreditación de la existencia de un vicio. Es la solución opuesta a la compraventa, donde el comprador tiene derecho a elegir la reparación o la sustitución de la cosa comprada (§ 439 BGB). La razón por la que el Derecho alemán otorga la elección al contratista es por el mayor riesgo que asume en el contrato de obra; además es él el que mejor puede determinar si lo procedente es la reparación o la sustitución, correspondiendo a él la mayoría de los costes del cumplimiento posterior.

En lugar del cumplimiento posterior, caben la acción redhibitoria del contrato de obra o la acción de reducción del precio de la obra. Son acciones tradicionales de la compraventa. En el Derecho alemán, la acción resolutoria ha roto con la cadena de la acción redhibitoria (concebida como un *Anspruch*), convirtiéndose, después de la Reforma 2002, en una verdadero *Gestaltungsrecht*. Una futura reforma en España debería optar por la acción resolutoria en su significado más propio y mantener la acción de reducción del precio de la obra.

En concordancia con el Derecho contractual moderno, se debe establecer una jerarquía en la que debe tener preferencia el cumplimiento posterior<sup>116</sup>.

Con independencia de estas acciones, siempre es factible la acción de indemnización de daños y perjuicios, en la que se debe examinar la conducta del contratista, a no ser que tenga un carácter sustitutorio (cuando ya no sea factible ninguna de las otras acciones que tiene a su alcance el comitente).

Los plazos de las acciones deben ser mayores que las acciones de saneamiento pero bastante menores que los plazos comunes por incumplimiento.

<sup>115</sup> El Proyecto de Ley de 1994 concede la elección al comitente (art. 1594-2).

<sup>116</sup> Claramente formulado en el § 634 BGB.

### **3.8 La autoejecución**

Parece oportuna, como en el § 637 BGB, una expresa regulación de la autoejecución de la obra con vicios materiales, en determinados casos, a instancia del comitente. La autoejecución permite, previo cumplimiento de determinados requisitos fijados por la ley, el cumplimiento posterior. P. e., cuando el contratista no ha cumplido con su obligación de eliminar el vicio o no ha sustituido la obra viciada por otra obra nueva. En lugar de tener que acudir el comitente al auxilio judicial, se le puede facilitar extrajudicialmente, y previa petición, el cumplimiento posterior.

# La protección del comitente como consumidor

**FRANCISCO PERTÍÑEZ VÍLCHEZ**

Profesor Titular Derecho Civil  
Universidad de Granada

## RESUMEN

*El objeto de este artículo es el análisis de la aplicación a los contratos de obra de ciertos aspectos de la normativa de protección de consumidores, como los relativos a la fijación del precio, el régimen de garantías en caso de defecto de conformidad o la exclusión de responsabilidad del contratista mediante cláusulas abusivas.*

## PALABRAS CLAVE

*Contrato de obra; protección de consumidores.*

## ABSTRACT

*The purpose of this paper is to analyze the application of certain aspects of consumer protection regulations for contracts to produce a work, including pricing, the system of rights in the event of defects or exclusion of liability of the contractor using unfair terms.*

## KEYWORDS

*Contract to produce a work; consumer protection.*

**SUMARIO:** *Introducción.*–1. La fijación del precio en el contrato de obra con consumidores: 1.1 La fijación del precio en el contrato de obra: aspectos generales. 1.2 La ausencia de pacto sobre el precio. 1.3 La repercusión al consumidor de conceptos no incluidos en el precio. 1.4 El incremento del precio por aumento de obra consentido por el consumidor.



1.5 Valoración de las cláusulas que permiten al contratista fijar el precio en el momento de la entrega. 1.6 Valoración de las cláusulas de revisión de precios. 1.7 El momento del pago del precio.—2. Las garantías y acciones del comitente consumidor frente al contratista: 2.1 La insuficiencia de los remedios generales del derecho de contratos. 2.2 El régimen de garantías en el contrato de obra consistente en la producción o fabricación de bienes muebles. 2.3 Las garantías en el ámbito concreto de la reparación de automóviles.—3. La exclusión de responsabilidad del contratista mediante condiciones generales. 3.1 Vía exclusión de los derechos legales del consumidor por incumplimiento del contratista. 3.2 Vía cláusulas de modificación unilateral de la obligación del contratista. 3.3 Vía calificación de la obligación como de medios.

## INTRODUCCIÓN

El derecho de consumo no ha prestado atención al contrato de obra. En el ordenamiento español apenas sí existen unas cuantas normas que regulan algún tipo concreto de actividad de resultado entre empresarios y consumidores, como el *Real Decreto 1457/1986 regulador de la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos*, el *Real Decreto 58/1988 sobre servicios de reparación de aparatos de uso doméstico* o el *Real Decreto 1453/1987 regulador de los servicios de tintorería*. Por su parte, la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación sólo regula aspectos concretos del contrato de edificación, como la entrega y el régimen de responsabilidad por defectos y además la norma no contiene previsiones específicas de tutela del autopromotor que por actuar con un propósito ajeno a una actividad empresarial o profesional pueda ser considerado como consumidor.

Junto al desinterés del legislador —no sólo nacional, sino también comunitario— por el contrato de obra con consumidores llama la atención que la jurisprudencia apenas resuelva las controversias que puedan surgir entre un comitente consumidor y un contratista empresario atendiendo a criterios propios del derecho de consumo, a pesar de que en no pocas ocasiones el comitente sea un particular que actúa con un propósito ajeno a una actividad empresarial o profesional. En definitiva, parece como si el contrato de obra se mantuviera ajeno a la dinámica del derecho de consumo. La razón pudiera ser la convicción de que el comitente tiene un poder de dirección sobre la obra que alcanza su máxima expresión en la facultad de desistir unilateralmente de la relación contractual reconocida en el artículo 1594 CC, lo que puede llevar a la conclusión de que por muy consumidor que sea, está lejos de ser la parte débil

del contrato. Sea como fuere, nos parece que la regulación en el Código Civil español del contrato de obra se encuentra muy alejada de los problemas característicos que pueden surgir cuando el comitente es un consumidor. En primer lugar, la regulación contenida en los arts 1588 a 1600 gira en torno a un determinado tipo de contrato de obra, el contrato de edificación, siendo así que no es comprensiva de la extensa tipología de supuestos en los que un empresario se compromete con un consumidor a realizar una prestación de resultado, como por ejemplo, la reparación de automóviles o de electrodomésticos, la fabricación de mobiliario, servicios de tintorería, reportajes fotográficos, servicios de «catering», intervenciones médicas de naturaleza satisfactiva, etc. Por otra parte, no hay en el Código Civil un verdadero régimen del incumplimiento de la obligación del contratista: no se establecen plazos de garantía –salvo en el caso de la edificación– ni un catálogo ordenado de las acciones que puede ejercitar el comitente. En este último sentido, es cierto que el artículo 115.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU) prevé la aplicación del régimen de garantías propio de la compraventa de bienes de consumo a los contratos de suministro de bienes que hayan de fabricarse o producirse, lo que comprende a los contratos de obra que tengan por objeto la fabricación de un bien mueble, pero quedan al margen de este régimen especial de garantía los contratos de obra que consistan en la realización de una prestación de hacer (p. ej., reparaciones de electrodomésticos o automóviles o intervenciones de medicina satisfactiva), la construcción de bienes inmuebles o la realización de prestaciones inmateriales.

No es nuestra pretensión elaborar un sistema o una propuesta de régimen del contrato de obra con consumidores, lo que seguramente sería contraproducente por la heterogeneidad de prestaciones que pueden constituir su objeto, que van desde encargar un traje a medida a un proyecto de edificación o su construcción. De manera mucho más modesta, simplemente trataremos de analizar la influencia que en la disciplina del contrato de obra pueden tener algunas normas del derecho de consumo cuando el comitente tenga la condición de consumidor; en particular, en el ámbito de la determinación del precio o de sus alteraciones, en el de las garantías o acciones frente al incumplimiento del contratista y en el de la pretendida exclusión de su responsabilidad mediante condiciones generales.

## 1. LA FIJACIÓN DEL PRECIO EN EL CONTRATO DE OBRA CON CONSUMIDORES

### 1.1 La fijación del precio en el contrato de obra: aspectos generales

Uno de los aspectos que provoca más litigiosidad en relación con el contrato de obra es el de la fijación del precio que como contraprestación a la obra ejecutada debe satisfacer el comitente. La razón de esta problemática entronca con la propia naturaleza del contrato de obra, caracterizado por la obligación del contratista de realizar una prestación futura, cuyo coste será tanto más difícil de calcular *a priori* cuanto más complejo sea el resultado al que se compromete. El comitente tendrá un interés en que el precio de la obra quede determinado en el contrato con la mayor precisión posible, sustrayéndose así al riesgo del posible aumento que en el coste de ejecución de la obra pueda provocar el advenimiento de distintas circunstancias más o menos imprevisibles. Por el contrario, el interés del contratista será el de blindarse frente al riesgo que pueda suponer un aumento de los costes de ejecución de la obra, mediante la posibilidad de fijar el precio *a posteriori* en el momento de la entrega o de modificar el precio inicialmente convenido en caso de aumento de los costes de ejecución previstos.

El Código Civil dispone en su artículo 1593 que en caso de que la obra se encargue por precio alzado a la vista de un plano o proyecto convenido con el comitente, no puede pedir el contratista un aumento de precio aunque haya aumentado el de los jornales o materiales, salvo que se haya hecho algún cambio en el plano que hubiera producido un aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario. El precepto imputa el riesgo de un aumento en los costes de ejecución de la obra al contratista que, por su condición de empresario o profesional y conforme a su experiencia, tiene el deber de calcular los costes de la obra, previendo el acaecimiento de cualquier tipo de circunstancia que pueda suponer un encarecimiento de los mismos. El principio de invariabilidad del precio es predicable también de los supuestos en los que el precio se haya fijado conforme al artículo 1592 CC por piezas o por unidad de medida, si no en lo que respecta a su cuantía total que puede ser variable en función de las unidades que haya que ejecutar, sí en cuanto al precio de cada pieza o unidad.

Sin embargo el artículo 1593 CC es como mucho un punto de partida en la resolución del problema de la extensión del precio en el contrato de obra que no agota por sí mismo la multiplicidad de pro-

blemas que en torno al precio pueden plantearse. En primer lugar, el artículo 1593 CC es una norma dispositiva, por lo que la configuración del elemento del precio en el contrato de obra queda sujeta a la voluntad de las partes que pueden trasladar el riesgo del encarecimiento en la ejecución de la obra del contratista al comitente. En segundo lugar, el propio artículo 1593 CC excepciona la regla de la no repercusión del aumento de los costes de ejecución al contratista cuando sea debido a un aumento de obra autorizado por el comitente, lo que en la práctica plantea el problema de si este consentimiento debe ser expreso o si basta un consentimiento tácito derivado de la mera consciencia de la novación del proyecto inicial sin formular oposición. En tercer lugar, la regla del artículo 1593 CC no puede excluir la aplicación en el contrato de obra de la regla general de la revisión del contrato por una alteración imprevisible de las circunstancias que sea causa de una excesiva onerosidad sobrevenida para el comitente. Por último, no se puede obviar que es frecuente en la práctica que incluso no exista un acuerdo formalizado respecto del precio, siendo así que la Jurisprudencia flexibiliza el rigor del artículo 1261 CC en relación con el contrato de obra, admitiendo su validez aun cuando no exista consentimiento sobre el precio, fijándose en este caso por los tribunales *a posteriori* con arreglo a la prueba pericial practicada sobre el valor de lo ejecutado.

Todas las cuestiones hasta ahora planteadas tienen una respuesta jurisprudencial más o menos consolidada. Lo que llama atención es que en los supuestos muy frecuentes en los que el comitente sea un consumidor, la respuesta a estas cuestiones se haga ignorando esta condición de consumidor, es decir, al margen de reglas propias del denominado derecho de consumo que podrían suponer criterios rectores distintos de los que hasta ahora se vienen empleando para resolver el problema de la extensión del precio en el contrato de obra. Por un lado, se podría tomar en consideración el deber de información previa respecto al precio total que el artículo 60 TRLGDCU impone a los empresarios en sus relaciones contractuales con consumidores y la obligación de confirmación documental de la contratación realizada del art 63 TRLGDCU. Por otra parte, el artículo 85.10 TRLGDCU considera abusivas las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien y las que las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, si no existen razones objetivas y si no se reconoce al consumidor el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado.

## 1.2 La ausencia de pacto sobre el precio

### 1.2.1 LA SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

A pesar de la centralidad que ocupa en nuestro derecho de contratos el artículo 1261 CC, que exige consentimiento sobre el objeto y la causa para que haya contrato, y de que el artículo 1544 CC configure como requisito para los contratos de obra y de servicios la existencia de un precio cierto, nuestra jurisprudencia afirma que la ausencia de pacto sobre el precio en el contrato de obra no determina su inexistencia, cuando aquél pueda determinarse con arreglo a tarifas de honorarios oficiales o a los simples usos [*vid.* entre otras, STS de 5 de febrero de 1983 (RJA 1983/860), STS de 24 de junio de 2005 (RJA 2005/9685)]. Incluso se afirma que el contrato es válido cuando pueda inferirse el precio *a posteriori* por tasación pericial conforme al coste de los materiales y la de la mano de obra [STS de 12 de junio de 1984 (RJA 1984/3233), STS de 4 de septiembre de 1993 (RJA 1993/6636)]. Esta doctrina jurisprudencial permite salvar la eficacia del contrato de obra en los supuestos muy frecuentes en los que no habiéndose formalizado la voluntad contractual entre dueño de la obra y contratista ni tan siquiera sobre los elementos esenciales del contrato, o no pudiéndose probar su existencia, hay actos que manifiestan un acuerdo de voluntades tácito entre ambos: fundamentalmente el inicio de la ejecución de la prestación por parte del contratista con conocimiento y sin oposición del comitente. Con ello se pretende evitar un enriquecimiento injusto del comitente derivado de una acción de nulidad en los casos en los que la restitución al contratista de la obra o de parte de la obra ejecutada fuera imposible por su propia naturaleza <sup>1</sup>.

### 1.2.1 EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES FORMALES EN RELACIÓN CON EL PRECIO EN CONTRATOS DE OBRA CON CONSUMIDORES

La jurisprudencia española que relativiza la esencialidad del pacto sobre el precio en el contrato de obra debe contrastarse con la normativa de protección del consumidor que impone al empresario específicos deberes de transparencia en la plasmación de los elementos esenciales del contrato. En este sentido, algunas normas específicas que regulan algún tipo concreto de actividad de resulta-

---

<sup>1</sup> En un sentido similar, el § 632.b) del BGB, dispone que en ausencia de pacto sobre el precio en el contrato de obra, el mismo se determina conforme a la tabla de tarifas oficiales existente o, de no haber tal tabla, conforme a los usos.

do entre empresarios y consumidores contienen normas específicas de información sobre el precio al consumidor, como el artículo 14 del *Real Decreto 1457/1986 regulador de la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos* que impone al empresario el deber de proporcionar al consumidor un presupuesto escrito del coste del servicio, sin que pueda procederse a la prestación del servicio sin la conformidad del cliente con el mismo expresada con su firma, salvo que renuncie fehacientemente a su elaboración, y de manera análoga para los contratos de reparación de electrodomésticos el artículo 3 del *Real Decreto 58/1988 sobre servicios de reparación de aparatos de uso doméstico*. Con carácter general, para todos los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007) dispone que antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor de forma clara y comprensible, la información veraz y suficiente, sobre los elementos esenciales del contrato y en particular –apartado 2.b)– sobre el «precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto en su caso» y el artículo 63 del mismo cuerpo legal exige la entrega al consumidor de una justificación documental de la contratación efectuada, ya sea mediante justificante, copia u otro documento justificativo, que contenga las condiciones esenciales de la operación.

Consecuentemente, cuando el contratista sea un empresario y el comitente un consumidor, la ausencia de pacto sobre el precio no es imputable por igual a los dos, sino que es un incumplimiento de un deber de información y de plasmación documental del precio, que surge en cabeza del empresario<sup>2</sup>.

La cuestión que cabe plantearse entonces es cuál es la consecuencia jurídica que en el plano contractual se deriva del incumplimiento por parte del empresario contratista de sus deberes formales en relación con la plasmación del precio del contrato. No es razonable que la consecuencia de este incumplimiento sea la ineficacia del contrato puesto que en este caso se produciría un enriquecimiento injusto del comitente siempre que la prestación ya efectuada fuera por su propia naturaleza material o funcionalmente irrestituible al contratista. En este sentido, ni el artículo 60, ni el artículo 63 TRLGDCU, ni tampoco los preceptos que imponen especiales deberes de transparencia en la normativa que regula actividades de resultado concretas, disponen que la consecuencia de su contraven-

<sup>2</sup> En este sentido es clara la SAP Asturias de 22 de octubre de 2002 (AC 2002/1175) que en relación al presupuesto previo en los servicios de reparación de vehículos entiende que «no es un derecho del cliente sino una obligación del taller».

ción sea la ineficacia del contrato. La doctrina en relación con el deber del artículo 63.1 TRLGDCU ha puesto de manifiesto que la finalidad de la confirmación documental no es establecer un requisito de validez, sino un cauce para probar el contrato celebrado y poner a disposición del consumidor las condiciones esenciales del mismo<sup>3</sup>. Con carácter más general, se ha señalado en relación con los deberes de información impuestos en la normativa de protección al consumidor que pese a que los mismos se satisfagan mediante determinados requisitos formales, la consecuencia de su inobservancia no tiene que ser necesariamente la nulidad como sanción típica asociada al incumplimiento de las formalidades *ad solemnitatem*<sup>4</sup>. Incluso en aquellos casos en los que una norma expresamente impone para determinadas actividades de resultado formalidades expresas en cuanto al precio, como es el caso ya mencionado de la reparación de vehículos, la solución adoptada en sede jurisdiccional en caso de incumplimiento de dichas formalidades no es la nulidad del contrato, siempre que quede acreditada la autorización del cliente a la realización de los trabajos de reparación del vehículo aunque sea de manera tácita o por actos propios del cliente [SAP de Zaragoza de 3 de marzo de 2003 (PROV 2004/1119), SAP de Málaga de 7 de febrero de 2008 (JUR 2010/126288), SAP de Vizcaya de 4 de diciembre de 2009 (JUR 2010/139368), SAP de Murcia de 28 de diciembre de 2009 (JUR 2010/75266)].

No obstante, no puede afirmarse que el incumplimiento de los deberes de información y plasmación documental del precio no produzca consecuencias más que en el ámbito administrativo sancionador. En las relaciones entre un comitente consumidor y un contratista empresario, el incumplimiento de estos deberes debe producir consecuencias también en el ámbito civil. En primer lugar, puesto que la controversia sobre el consentimiento del consumidor es creada por el incumplimiento de un deber formal que compete al empresario, es éste quien deberá probar el consentimiento del consumidor con el contrato, como presupuesto indispensable para cualquier reclamación sobre el precio. Así en relación con el contrato de reparación de vehículos, las SSAP de Asturias de 25 de noviembre de 2010 (JUR 2010/2353) y de 22 de octubre de 2002

<sup>3</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al artículo 63 TRLGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (dir. CÁMARA LAPUENTE, S.), Madrid, 2011, pp. 568 y 569.

<sup>4</sup> Como advierte GARCÍA VICENTE, J. R., «Tema 10: La contratación con consumidores», en *Tratado de Contratos* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Coord. S. QUICIOS MOLINA, N. MORALEJO IMBERNÓN), tomo II, Valencia, 2009, p. 1385 «no siempre será oportuno asignar el régimen generalmente admitido para la infracción de los requisitos formales (que cuando son imperativos será la “nulidad” del contrato) al incumplimiento de los deberes de información».



(AC 2002/1175) hacen recaer sobre el empresario propietario del taller la carga de probar la autorización del propietario del vehículo para que se realicen los trabajos de reparación. Además, en ausencia de pacto constatable documentalmente sobre el precio, el empresario carecerá de la potestad de fijar *a posteriori* y de manera unilateral el mismo. Su determinación sólo podrá efectuarse de manera objetiva por un perito independiente, en consonancia con lo dispuesto por los artículos 1273 y 1447 CC, que debe ser costeado a costa del contratista, de donde se desprende que el consumidor comitente puede oponerse al pago mientras el precio de la prestación no haya sido tasado de manera objetiva por falta del requisito de liquidez de la deuda, ya que las declaraciones *a posteriori* del empresario sobre el precio, efectuadas por ejemplo en la factura, carecerán de valor por ser manifestaciones unilaterales que no disponen de un refrendo contractual<sup>5</sup>.

### 1.3 La repercusión al consumidor de conceptos no incluidos en el precio

Una consecuencia que puede derivarse claramente del deber de informar al consumidor sobre el precio completo del artículo 60.2.b) TRLGDCU es la imposibilidad de imputar al comitente ningún tributo o gasto adicional no incluido en el precio, que no se hubiera plasmado claramente junto al mismo en el presupuesto o en el propio contrato. En este sentido, si no hubiera mención expresa sobre la inclusión o no del IVA en el precio, debe entenderse que la repercusión del impuesto ya está incluida en el precio final [*vid.* STS de 4 de enero de 1990 (RJA 1990/7)]<sup>6</sup>. Incluso, si a través de una cláusula no negociada se repercutiera de manera subrepticia un gasto adicional o tributo al consumidor, con el que no tuviera que contar a la vista de la información previa aportada sobre el precio, dicha cláusula podría considerarse abusiva *ex artículo* 82 TRLGDCU por alterar sorpresivamente el acuerdo previamente alcanzado sobre el precio. Tras la STJCE de 3 de junio de 2010 (TJUE 2010/162; Asunto C 484-08; Caja Madrid contra Ausbanc), no hay duda de que en el ordenamiento español pueden ser controladas las

<sup>5</sup> En el ámbito de las reparaciones de vehículos a motor ante la ausencia de la prueba del precio por el propietario del taller mediante una tasación objetiva, las SAP de Asturias de 15 de septiembre de 1999 (AC 1999/1970) y SAP de Vizcaya 19 de abril de 1999 (1999/957) han llegado a dar preponderancia a la declaración del usuario sobre el precio que dijo que se le había comunicado verbalmente al dejar el vehículo.

<sup>6</sup> Claramente dispone la SAP de Navarra de 18 de diciembre de 1993 (RJA 1993/2472) «que lo habitual es ofrecer al cliente unos precios ya afectados por el IVA, o en su caso indicar claramente la necesidad de repercutir sobre el precio propuesto el repetido impuesto».

cláusulas relativas al precio, si bien entendemos que dicho control debe limitarse a los casos en los que una cláusula no negociada altera de manera sorpresiva el precio, tal y como pudo legítimamente haber sido conocido por el consumidor a partir de la información proporcionada por el empresario<sup>7</sup>.

#### 1.4 El incremento del precio por aumento de obra consentido por el consumidor

De acuerdo con el artículo 1593 CC, el principio de invariabilidad del precio en el contrato de obra tiene como excepción el aumento de obra –entendido ya sea como incremento de volumen o de calidad– que hubiese sido autorizado por el propietario. El Código Civil no impone ningún requisito de forma a la expresión de la autorización del comitente al aumento de obra. El Tribunal Supremo ha admitido en múltiples resoluciones que la autorización del comitente al aumento de obra puede producirse de manera tácita, presumiéndose incluso si el aumento de obra ha llegado a producirse con conocimiento del comitente sin oponerse a ella, puesto que si en las citadas hipótesis no se resarciera al contratista, el dueño de la obra se enriquecería injustamente [SSTS de 21 de junio de 1982 (RJA 1982/3435), 2 de diciembre de 1985 [RJA 1985/6196], 10 de junio de 1992 (RJA 1992/5117) y 22 de enero de 2004 (RJA 2004/206)]. Aun siendo el contratista un consumidor, la no formalización por escrito del acuerdo de novación de la cantidad o las calidades de la obra no debe implicar necesariamente la negación de la existencia de dicho acuerdo, salvo en aquellos casos excepcionales en los que una norma exija expresamente la autorización expresa del consumidor para acometer una obra inicialmente no prevista, como acontece en el ámbito de la reparación de vehículos a motor (art. 14.6 RD 1457/1986). Sin embargo, en ausencia de consentimiento escrito, la carga de la prueba de la autorización tácita del comitente al aumento de obra debe recaer sobre el empresario y en este sentido la condición de consumidor del comitente si es relevante, puesto que al no ser un experto es posible que no tenga constancia de ciertas modificaciones no evidentes de la obra respecto de lo que se había acordado, si no se le informa expresamente de ello<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> *Vid.*, en este sentido, CASTILLA CUBILLAS, M., en «Los límites de las facultades judiciales para la revisión por abusividad de las cláusulas de precio», *Derecho de los Negocios*, enero 2011, n.º 244.

<sup>8</sup> A modo de ejemplo, la SAP de Soria de 16 de abril de 1998 (RJA 1998/870) consideró que no quedó probada la existencia de autorización previa del comitente a la reparación de unas averías que motivaron un incremento notable del precio inicialmente estipulado.

No puede considerarse un aumento de obra repercutible al comitente la alteración que respecto del proyecto inicial deba llevarse a cabo para la correcta realización de la obra proyectada que sea debida a una incorrecta ejecución de lo proyectado o a una falta de previsión del contratista. A modo de ejemplo, la STS de 10 de octubre de 2003 (RJA 2003/7237) consideró, en el caso concreto, que el aumento de obra producido por la mayor dimensión vertical que hubo de darse a los muros de cimentación para llegar a terreno firme, ni requería la autorización del comitente, ni se le podía repercutir en el precio, puesto que el mayor coste de ejecución de la obra fue imputable a un error de ejecución del propio contratista<sup>9</sup>.

### 1.5 Valoración de las cláusulas que permiten al contratista fijar el precio en el momento de la entrega

Según dispone el artículo 85.10 TRLGDCU son abusivas las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega, sin que existan razones objetivas y sin que se reconozca el derecho del consumidor a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente pactado<sup>10</sup>. El supuesto de hecho contemplado en esta norma debe contrastarse con las hipótesis muy frecuentes en el contrato de obra en las que la fijación del precio se posterga para el momento de la entrega de la obra, ya sea porque el precio se ha estipulado por el denominado sistema de administración o economía, ya sea porque el precio se determine por unidad de medida, no habiéndose calculado *a priori* las unidades de obra que se necesitan ejecutar, ya sea porque se haya fijado el precio por horas de trabajo. En este sentido, el enjuiciamiento con arreglo a los criterios previstos en el artículo 85.10 TRLGDCU de la validez de este tipo de procedimientos para el cálculo del precio, cuando el comitente sea un consumidor, no deja de causar una cierta insatisfacción.

Los dos requisitos establecidos por el artículo 85.10 TRLGDCU son perfectamente razonables en relación con el contrato de

<sup>9</sup> De manera similar, la SAP de Las Palmas de 12 de septiembre de 2000 (RJA 2000/91295) consideró que la construcción de un muro de contención no resultaba repercutible al dueño en el precio, por cuanto era un trabajo necesario para la realización de la obra proyectada.

<sup>10</sup> Una interpretación lógica del precepto lleva a considerar que la facultad de desistimiento ha de reconocerse al consumidor siempre que el precio estipulado en el momento de la entrega del bien resulte muy superior no a un precio inicialmente pactado, que por hipótesis no existe en el supuesto de hecho contemplado por la norma, sino al precio que legítimamente podía esperar, de acuerdo con circunstancias objetivas (el precio normal del mercado) o subjetivas (el precio al que ofertara el empresario los bienes o servicios en el momento de la celebración del contrato, o el que se desprendiera de la publicidad y los tratos preliminares).

compraventa, sobre todo la facultad de desistimiento que ha de conferirse al consumidor, pues ésta representa un punto de equilibrio entre el interés del comprador a no sentirse vinculado por un contrato en el que el precio resulta considerablemente superior al esperado y el interés del vendedor, al poder reintroducir el objeto de la compraventa frustrada en el mercado. Por la misma razón, los criterios expuestos son razonables cuando se trata de enjuiciar la validez de una cláusula de este tipo en contratos de obra en los que el objeto sea fácilmente reintroducible en el mercado, por ser un bien mueble producido con arreglo a modelos estandarizados.

Sin embargo, la atribución al comitente consumidor de un derecho de desistimiento en la hipótesis normal de un contrato de obra en la que la prestación no es material o funcionalmente restituible, implicaría un perjuicio irreparable para el contratista y eventualmente un enriquecimiento injusto para el consumidor: piénsese por ejemplo en el supuesto en el que se ha realizado una reparación sobre un bien mueble, en el encargo de un traje a medida o en la construcción o reforma de un inmueble. Por esta razón consideramos que en el contrato de obra, cuando el objeto de la prestación sea irrestituible, la atribución de un derecho de desistimiento al contratista en el momento de la entrega no es el criterio al que haya que atender preferentemente para valorar la licitud de este tipo de cláusulas.

Antes bien, el elemento clave al que ha de condicionarse la validez de una cláusula de este tipo es que la fijación del precio no quede al arbitrio del contratista, sino que dependa de factores ajenos a su ámbito de control, como el precio de los materiales o de la mano de obra, tal y como éste último quede fijado en convenios colectivos, o que se fije conforme a listados de precios elaborados por colegios profesionales. Es decir, la razón de la validez o de la nulidad de este tipo de cláusulas hay que buscarla en la interdicción de la arbitrariedad del artículo 1256 y en la fijación de unas bases que hagan innecesario un nuevo acuerdo entre los contratantes para la fijación futura del precio (art. 1273 CC), más que en la atribución al comitente de un derecho de desistimiento.

En este sentido, por el margen de arbitrariedad que confiere al contratista en la fijación del precio, puede plantear alguna duda la licitud de la cláusula que en contratos de obra con consumidores establezca la fijación del precio por horas, sin que al mismo tiempo se prevean mecanismos de control de la productividad del contratista o la fijación del precio por unidad de medida cuando se deja al arbitrio del contratista las unidades de medida que sean necesarias para completar la obra. En estos casos, la declaración de abusividad de la

cláusula debería afectar solamente al margen de arbitrariedad conferido al contratista en la determinación de las horas de trabajo o de las unidades de medida necesarias para completar la obra, pero no al precio estipulado por cada hora de trabajo o unidad de medida respectivamente. Siendo así, la nulidad de esta cláusula no debe comportar ni mucho menos la nulidad del contrato, que puede subsistir sin la misma <sup>11</sup>, sino únicamente el reconocimiento de la facultad del comitente de exigir la determinación por un perito independiente del número de horas o de las unidades de medida necesarias para realizar correctamente la obra, o lo que es lo mismo, la integración del contrato con lo previsto por los artículos 1273 y 1447 CC <sup>12</sup>.

### 1.6 Valoración de las cláusulas de revisión de precios

El principio de invariabilidad del precio del artículo 1593 CC es una norma dispositiva que admite la traslación de los riesgos del encarecimiento de la ejecución de la obra al contratista mediante un pacto de revisión de precios. Así, la STS de 30 de abril de 1980 (RJA 1980/1566) afirmó que el pacto de revisión de precios por aumento del coste de los materiales no tiene más limitaciones que las propias del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, cuando se convenga algo contra la ley, la moral o el orden público. Cuando el contratista es un consumidor y el contrato de obra es de adhesión, también el artículo 85.10 TRLGDCU, dispone que son abusivas «Las cláusulas que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido..., sin que existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado».

Como expresamente dispone el mismo artículo 85.10 TRLGDCU, lo previsto en el precepto no será de aplicación a las cláusulas que prevean la adaptación de precios a un índice que sea legal, siempre que en el contrato se describa explícitamente el modo de varia-

<sup>11</sup> Recordemos que el artículo 9.2 de la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación sólo considera que la declaración de nulidad de una cláusula comporte la nulidad total del contrato, de manera excepcional, en los supuestos en que la declaración de abusividad afectara a uno de los elementos esenciales en los términos del artículo 1261 CC y no es lo que ocurre en este caso en el que no se declara nula la cuantía del precio por cada hora o unidad de medida, sino la arbitrariedad del contratista en su determinación.

<sup>12</sup> En sede jurisdiccional no se plantea el supuesto de fijación del precio por horas en términos de validez o nulidad del contrato, sino que se reconduce la cuestión a la prueba a cargo del comitente de la baja productividad del trabajo desempeñado por el contratista para reducir su facturación, sin que se admita como prueba en este sentido el informe de la dirección facultativa de la obra [*vid.* SAP de Baleares de 22 de febrero de 2005 (RJA 2005/93815)], si bien conviene tener en cuenta que en el caso enjuiciado el comitente era un empresario, por lo que a él le incumbe la carga de la prueba.

ción del precio. Nada que objetar por lo tanto a las cláusulas que establezcan una revisión de precios por remisión al Índice de Precios al Consumo o a otros índices legales, como aquellos a los que se refieren para los contratos de las administraciones públicas –pero perfectamente aplicables mediante pacto a la contratación privada– los artículos 89 a 94 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011)<sup>13</sup>.

Incluso las cláusulas que establezcan una revisión de precios por remisión a las variaciones experimentadas por índices que no sean legales pueden ser lícitas, si los índices resultan objetivos, es decir, si en los mismos no puede influir el empresario contratista, como acontece en el caso de la actualización por remisión al índice básico de costes de la construcción elaborado por la Confederación Nacional de Construcción o a los índices de tarifas o de honorarios elaborados por asociaciones empresariales o colegios profesionales, en la medida, claro está, que el profesional o empresario en cuestión no pueda influir en la evolución de tales tarifas. Pese a ello, las cláusulas de revisión de precios por remisión a índices objetivos sean legales o no, pueden resultar abusivas *ex* artículo 82 TRLGDCU si el ajuste de precios se prevé sólo al alza y no a la baja o si se prevé que el ajuste de precios sea aplicable al precio total de la obra y no solamente a la parte cuya ejecución se haya visto afectada por un incremento de los precios<sup>14</sup>.

Por lo que respecta al resto de cláusulas que prevean la posibilidad de incrementar el precio al margen de la remisión a índices de referencia objetivos, tampoco parece que en este caso ayude mucho la literalidad del artículo 85.10 TRLGDCU, puesto que al igual que ocurre con las cláusulas que prevén la fijación del precio en el momento de la entrega, la atribución de una facultad resolutoria al contratista en caso de que el precio final sea muy superior al inicialmente pactado no puede considerarse el criterio clave para enjuiciar la validez de esta cláusula en el contrato de obra, sino que este criterio ha de ser más bien la ajenidad al ámbito de control del contratista de los incrementos de los costes de ejecución y la imposibilidad de prever el acaecimiento de estos incrementos con una planificación diligente en el momento de la elaboración del contrato. En este sentido, puede considerarse abusiva, la cláusula que prevea la posibilidad de incrementar el precio por los mayores costes de ejecución debidos en general «a razones técnicas» que acontez-

<sup>13</sup> En particular, las fórmulas de revisión aprobadas para cada tipo de contrato por el Consejo de Ministros previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

<sup>14</sup> MARTÍNEZ MAS, F., *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, Madrid, 2001, pp. 210 y 211.

can durante la ejecución de la obra, sin especificarse si estas razones técnicas son imputables o no al contratista o si pudieron o no ser previstas por aquél.

La consecuencia de la declaración de abusividad de una cláusula de revisión de precios no será la nulidad total del contrato, ya que por existir un precio inicial, el contrato puede subsistir perfectamente sin dicha cláusula, sino simplemente la inexigibilidad del incremento del precio previsto.

### 1.7 El momento del pago del precio

Dispone el artículo 1599 Código Civil que «si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega». Lógicamente, como además pone de manifiesto el propio artículo 1592 CC, nada impide que se pacten pagos y entregas parciales. En este sentido, se ha afirmado que el principio de «pago por servicio hecho» se ha flexibilizado en el sentido de que los contratos de resultado ya no lo son de resultado total, sino de resultados parciales, susceptibles de ser medidos y abonados separadamente<sup>15</sup>.

Pese a la literalidad del precepto, el momento en el cual surge la obligación de pagar el precio en ausencia de pacto no es el de la entrega propiamente dicha, sino el de la recepción de la obra, tras haberse verificado por el comitente la conformidad de la misma con las cláusulas del contrato y las reglas del arte<sup>16</sup>. El pago simultáneo del precio a la recepción de la obra, ya sea total o parcial, es una consecuencia del principio sinalagmático de los contratos y además constituye una garantía para el consumidor, que en caso de disconformidad con lo ejecutado puede negarse a pagar el precio haciendo ejercicio de la excepción de incumplimiento contractual<sup>17</sup>. Una cláusula que impusiera un pago anticipado podría ser

<sup>15</sup> ORTEGA DOMÉNECH, J., *El contrato de obra en la Jurisprudencia*, Madrid, 2007, p. 233. En esa misma obra se cita la STS de 7 de octubre de 1964 en la que se reconoce que la fijación del precio por unidad de medida no debe reconocerse sólo en aquellos supuestos en los que la labor efectuada consista en una extensión meramente longitudinal y cubicable de naturaleza homogénea, sino que es predicable también de los contratos de obra que tengan por objeto construcciones integradas por factores «ansiómeros», cuando las partes así lo hayan pactado.

<sup>16</sup> Así lo han puesto de manifiesto CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La recepción de la obra», *ADC*, abril-junio, 1978, pp. 308 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, J., *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, 1978, y más recientemente LINARES NOCI, R., *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código Civil*, Madrid, 2001, pp. 87 a 90, y MARTÍNEZ MAS, F., *op. cit.*, p. 181.

<sup>17</sup> Al respecto señala GARCÍA CONESA, A., *Derecho de la construcción*, Barcelona, 1996, p. 180, que el pago contra la aceptación de la obra evita tener que reclamar lo indebidamente pagado, «o sea, cosa primero y precio a continuación».



considerada abusiva por privar al consumidor de la garantía natural que representa la posibilidad de oponerse al pago del precio en caso de incumplimiento del contratista. Sin embargo, una cláusula de este tipo puede ser válida atendiendo al resto de cláusulas del contrato (art. 82.3 TRLGDCU) si el contratista compensara este riesgo con el establecimiento de alguna garantía a favor del consumidor para el caso de incumplimiento total, parcial o defectuoso. Así lo puso de manifiesto la Jurisprudencia del TJCE en la sentencia de 4 de abril de 2004 (Asunto C-237/02 *Freiburger Kommunalbauten vs Ludger y Ulrike Hofstetter*) que consideró válida una cláusula que obligaba al comprador a pagar anticipadamente el precio en un contrato de obra, porque el contratista había constituido una fianza suficiente para garantizar todas las pretensiones económicas a las que pudiera tener derecho el comitente en caso de incumplimiento total, parcial o defectuoso de su obligación.

## 2. LAS GARANTÍAS Y ACCIONES DEL COMITENTE CONSUMIDOR FRENTE AL CONTRATISTA

### 2.1 **La insuficiencia de los remedios generales del derecho de contratos**

El régimen del incumplimiento del contrato de obra en el ordenamiento español es incompleto, confuso y desordenado comparado con el sistema de garantías previsto en los § 631 a 651 del BGB, que define el vicio en sentido material y jurídico, contiene un catálogo ordenado de las acciones a disposición del comitente y de los requisitos para poder ejercitar cada una de ellas y fija unos plazos para el ejercicio de dichas acciones. Nada de eso hay en derecho español, donde en ausencia de un régimen legal específico del incumplimiento en el contrato de obra están a disposición del comitente las acciones de saneamiento por vicio oculto de la cosa (arts. 1484 a 1490 por analogía) y las acciones generales frente al incumplimiento del artículo 1124 CC, sin que ni legal, ni doctrinal, ni jurisprudencialmente se hayan establecido con suficiente claridad la distinción entre los distintos conceptos (vicio, *aliud*, defecto de calidad, ejecución incompleta, defectuosa o imperfecta, etc) que hacen actuar un tipo de responsabilidad u otra. Además, ni los remedios previstos en caso de vicio oculto (desistimiento o rebaja del precio) ni los previstos en caso de incumplimiento *strictu sensu*

(cumplimiento o resolución) son siempre adecuados para el comitente<sup>18</sup>.

No se contempla en nuestro régimen general de remedios frente al incumplimiento, por ejemplo, la posibilidad de exigir directamente el cumplimiento por equivalente económico, ante la negativa del contratista a cumplir en forma específica, mediante la traslación a éste de los gastos derivados de la correcta ejecución de la obra efectuada por un tercero, posibilidad ésta que en nuestro ordenamiento jurídico queda postergada a la fase de ejecución de la sentencia que ordena el cumplimiento y con carácter subsidiario al cumplimiento *in natura* (art. 706 LEC), siendo así que la ejecución por tercero a costa del contratista en ese momento procesal no satisface el interés del comitente cuando la correcta realización de la obra sea urgente<sup>19</sup>. Por otra parte, la dualidad de acciones previstas en caso de incumplimiento (cumplimiento o resolución) excluye la opción de la rebaja del precio, cuando éste podría ser el remedio más adecuado en casos de ejecución incorrecta cuando el defecto no fuera esencial y el cumplimiento conforme no se pudiera llevar a cabo por el contratista sin incurrir en gastos desproporcionados<sup>20</sup>.

Por su parte, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, contiene en su artículo 17 un régimen de garantías y responsabilidades de los distintos agentes de la edificación, que está limitado a los defectos estructurales, de habitabilidad o de ejecución, entendidos éstos en el sentido estricto en que vienen tipificados en la propia ley y en la normativa técnica de la edificación, quedando fuera de este régimen de garantías los defectos de calidad, es decir, los casos de ejecución inexacta de la prestación

---

<sup>18</sup> Al respecto, más ampliamente, *vid.* los trabajos en este mismo número de ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *Los sistemas de responsabilidad por defectos o vicios en el contrato de obra en el ordenamiento jurídico español*, y SENDMEYER, S., *La responsabilidad por vicios en el contrato de obra del Derecho alemán*.

<sup>19</sup> No obstante, la jurisprudencia ha paliado esta ausencia admitiendo la reclamación directa del cumplimiento por equivalente económico, con tal de que se cumplan dos requisitos: que se haya dado al contratista la posibilidad de cumplir en forma específica mediante un requerimiento y que la correcta ejecución de la obra sea urgente [*vid.* STS de 27 de noviembre de 2007 (RJA 2007/8425) y STS de 7 de mayo de 2002 (RJA 2002/3678)].

<sup>20</sup> El artículo 1192.2 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (elaborado por la Comisión General de Codificación, disponible en <http://www.mjusticia.gob.es>, Boletín de Información enero de 2009) dispone que es in exigible el cumplimiento en las obligaciones no dinerarias cuando «el cumplimiento, o en su caso, la ejecución forzosa resulten excesivamente onerosas para el deudor», en cuyo caso las opciones disponibles para el acreedor serán la resolución, si procede, o la reducción del precio (art. 1190). De manera similar, la STS de 24 de septiembre de 2004 (RJA 2004/6179), en un supuesto en el que se reclamaba la reparación de ciertos defectos constructivos, señala que no incurre en incongruencia la sentencia que condena a una indemnización, sustitutiva del cumplimiento *in natura* solicitado por el demandante, cuando éste deviene imposible.

conforme a lo pactado, que estarán sujetos a las reglas generales de incumplimiento de las obligaciones contractuales.

En el ámbito específico de los contratos de obra con consumidores, nada puede deducirse del artículo 21.1 TRLGDCU (que reproduce el contenido del derogado artículo 11.1 LGDCU)<sup>21</sup>. Esta norma no diseña ni mucho menos un régimen de garantías general para los contratos con consumidores que pudiera resultar de aplicación al contrato de obra. No es más que un precepto programático del que no se pueden deducir pretensiones concretas, sino que reclama un desarrollo legislativo posterior, como el que ha habido en relación con la conformidad de la venta de bienes de consumo<sup>22</sup>.

En algunas ocasiones, sobre todo cuando el objeto del contrato de obra es una obligación de hacer, ante la ausencia de un régimen específico de garantías se ha anudado la responsabilidad del contratista al régimen de responsabilidad por servicios de los artículos 25 a 28 de la derogada Ley 26/1984 General de Defensa de Consumidores y Usuarios (actuales arts. 147 a 149 TRLGDCU), buscando con ello el comitente beneficiarse de la inversión de la carga de la prueba y de la acentuación de la diligencia exigible al prestador de servicios previstas en el artículo 26 LGDCU o incluso del régimen de responsabilidad objetiva previsto en el artículo 28 LGDCU para determinados servicios, entre ellos, los de reparación de automóviles<sup>23</sup>. Este enfoque no es admisible, puesto que el objeto del régimen de responsabilidad de los derogados artículos 25 a 28 LGDCU y de los actuales artículos 147 a 149 TRLGDCU no son los problemas de falta de conformidad del servicio con las exigencias del contrato, sino la indemnización de los daños personales, incluida la muerte, y de los daños materiales en bienes destinados al consumo privado, causados por la falta de seguridad de los servicios. Ninguna duda puede existir actualmente al respecto, puesto que el artículo 128 TRLGDCU dis-

<sup>21</sup> Según el cual «El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, deberá permitir que el consumidor y usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del bien o servicio; pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación ofrecidos, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del bien o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso».

<sup>22</sup> Señala PARRA LUCÁN, M. A. «Comentario al artículo 21 TRLGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (dir. S. Cámara Lapuente), Madrid, 2011, p. 289, que se trata de un precepto vago e indeterminado, que desde la promulgación de la LGDCU en 1984 no ha tenido aplicación jurisprudencial alguna.

<sup>23</sup> Por ejemplo, la SAP de Madrid de 26 de febrero de 2010 (JUR 2010/928) relativa al incumplimiento del contrato de enseñanza que prometía la homologación universitaria del título expedido, la SAP de Valencia de 6 de junio de 2008 (JUR 2008/302500) en relación con la no consecución del resultado prometido por un tratamiento de alopecia y la SAP de Valencia de 27 de marzo de 2009 (JUR 2009/984) respecto a la reparación de un automóvil.

pone que las acciones de responsabilidad por productos o servicios defectuosos son compatibles con las acciones contractuales derivadas de la falta de conformidad de los bienes y servicios y si unas y otras acciones son compatibles es porque se refieren a ámbitos distintos: el de la seguridad de los servicios en un caso y el de la conformidad del servicio con el contrato en otro, aunque eventualmente puedan confluir uno y otro en un mismo supuesto. Cuando la falta de conformidad de un servicio fuese a su vez determinante de un defecto de seguridad, por ejemplo, la incorrecta instalación del suministro de gas, en virtud de la compatibilidad a la que alude el artículo 128 TRLGDCU resultaría de aplicación el régimen de responsabilidad por servicios defectuosos para dar cobertura a los daños personales y materiales previstos en el artículo 129 TRLGDCU con las acciones de responsabilidad por incumplimiento contractual para suplir los defectos de conformidad de la instalación.

## 2.2 El régimen de garantías en el contrato de obra consistente en la producción o fabricación de bienes muebles

Un importante grupo de contratos de obra con consumidores pueden eludir el desconcierto que genera la ausencia en nuestro derecho general de contratos de un régimen de garantías específico para el contrato de obra al resultarles de aplicación el régimen de garantías de la venta de bienes de consumo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 115.1 TRLGDCU, según el cual, dicho régimen es de aplicación también «a los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse». Este precepto es resultado de la transposición del apartado 4 del artículo 1 de la Directiva 99/44 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, en virtud del cual, «Los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse también se considerarán contratos de compraventa a efectos de la presente Directiva». A pesar de que los términos empleados en la versión española de la directiva y en particular la referencia «a los contratos de suministro» pudiera llamar a equívocos sobre el alcance de la norma comunitaria, su correcto entendimiento lleva a considerar que el legislador comunitario no emplea aquí el término «suministro» en su acepción tradicional (como entrega de productos de manera reiterada, periódica y diferida en el tiempo) sino simplemente como sinónimo de entrega<sup>24</sup>, de donde se desprende

<sup>24</sup> Sobre la explicación del significado del término «suministro» en la norma comentada, *vid.* MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 115 TRLGDCU», en

que su sentido es hacer extensible el régimen de las garantías de venta de bienes de consumo a contratos de obra que tengan por objeto la fabricación de un producto; esto es, de un bien mueble apropiable y transportable (según la definición de producto del art. 6 TRLGDCU y su remisión al art. 335 CC), por ejemplo, la realización de un traje o de un mueble a medida o la fabricación de material ortopédico o sanitario individualizado (prótesis, implantes dentales o estéticos, etc.). La doctrina considera acertada esta asimilación, pues no hay razones para que la garantía asociada a bienes que han de producirse por encargo del consumidor a medida sea diferente de la que acompaña a los productos previamente fabricados<sup>25</sup>.

Esta norma de origen comunitario avanza en la progresiva equiparación entre el contrato de compraventa y el contrato de obra que tenga por objeto la elaboración de bienes muebles, ya apuntada en el Convenio de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías<sup>26</sup>, haciendo irrelevante en el ámbito de la contratación con consumidores la distinción tradicional entre uno y otro tipo de contratos en función de que los materiales necesarios para la realización de una cosa fuesen aportados por el cliente (en cuyo caso sería contrato de obra mueble) o de que se considerase como la prestación principal en cada caso la entrega de un bien (compraventa) o la realización del mismo (contrato de obra mueble)<sup>27</sup>. Así, por ejemplo, en el caso enjuiciado por la SAP de Murcia de 7 de julio de 2009 (RJA 2009/382453), no fue necesario calificar el contrato que tenía por objeto la entrega de una cabina de hidroma-

---

*Comentarios al Texto Refundido Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*» (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Pamplona, 2009, p. 1422.

<sup>25</sup> GÓMEZ POMAR, F., «Directiva 1999/44 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica», *Indret*, 2001, y TORRELLES TORREA, E., «Comentario artículo 115 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de Consumidores* (dir. Cámara Lapuente, S.), Madrid, 2011, p. 1065.

<sup>26</sup> El artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convenio de Viena) considera contratos de compraventa «los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción».

<sup>27</sup> Una explicación de esta progresiva absorción del contrato de obra mueble por el contrato de compraventa se encuentra en el trabajo de PERALES VISCASILLAS, M. P., «Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías hasta y después de la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo», *Actualidad Civil*, 2003, n.º 47. En síntesis, concluye esta autora, que recientes reformas legislativas nacionales (fundamentalmente la reforma del § 651 BGB en 2002) y sobre todo la Directiva 99/44 han superado incluso el concepto expansivo del contrato de compraventa contenido en el artículo 3.1 del Convenio de Viena, de tal manera que en dichos textos es contrato de compraventa incluso aquél en el que el vendedor se compromete a fabricar o producir un bien mueble con materiales proporcionados por el comprador.

saje fabricada con arreglo a especificaciones propias del consumidor como contrato de compraventa o de obra, porque en cualquier caso, en virtud del artículo 115.1 TRLGDCU el régimen aplicable a la falta de conformidad sería el de la compraventa de bienes de consumo.

### 2.2.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN

Al referirse el artículo 115.1 TRLGDCU a los *contratos de suministro (o entrega) de productos que hayan de producirse o fabricarse* queda claro, en primer lugar, que los contratos de obra que consistan en un mero hacer que no vaya acompañado de una obligación de entrega, como los que tienen por objeto la reparación de un bien, quedan fuera de este régimen de garantías<sup>28</sup>. Teniendo en cuenta además que el artículo 6 TRLGDCU equipara el concepto de producto al de bien mueble en los términos definidos por el artículo 335 CC, se aplicará el régimen de garantías de la venta de bienes de consumo a los contratos de obra que tengan por objeto la fabricación o producción de un bien susceptible de apropiación y que se pueda trasladar de un lugar a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a la que estuvieran unidos.

En este sentido, la SAP de Cantabria de 18 de julio de 2005 (JUR 2005/198986) no aplicó el régimen de las garantías de la venta de bienes de consumo al supuesto de la construcción e instalación de una escalera de madera por un ebanista que se derrumbó por un defecto de los largueros. La citada resolución resolvió con un fundamento erróneo pues en el caso la causa de la exclusión del régimen de garantías de la venta de bienes de consumo fue la estimación de que el objeto de la prestación iba «más allá del intercambio de precio por cosa», esto es, más allá del contrato de compraventa, cuando la ratio decidendi debió haberse centrado en la cuestión de si el bien fabricado era o no mueble en el sentido de trasladable sin menoscabo del inmueble al que estuviera unido, siendo indiferente que la calificación del contrato fuera de compraventa o de obra. Por el contrario, en el caso resuelto por la SAP de Cádiz de 26 de enero de 2007 (JUR 2007/156831) se aplicó el régimen de garantías de la venta de bienes de consumo al contrato de obra consistente en la fabricación de varios muebles, entre ellos, un armario empotrado, sin que se suscitaran dudas respecto de la apli-

<sup>28</sup> TORRELLES TORREA, E., «Comentario artículo 115 TRLGDCU», *op. cit.*, pp. 1069 y 1070, considera que el régimen de garantías está pensado para las obligaciones de dar y la problemática con las obligaciones de hacer se debería resolver a través de las reglas generales de la responsabilidad contractual.

cación a este último bien de este régimen de garantías, cuando es más que discutible que un armario empotrado pueda trasladarse sin menoscabo del bien inmueble al que se encuentra incorporado<sup>29</sup>.

Puede resultar problemática la inclusión en el régimen de garantías de la venta de bienes de consumo de los contratos de obra que tengan por objeto la realización de un programa informático. Tal y como ha sostenido Cavanillas, el artículo 115.1 TRLGDCU, a diferencia del precedente artículo 1 de la Ley 23/2003, de Garantías de la Venta de Bienes de Consumo, prescinde del requisito de la *corporeidad*, lo que puede contribuir a reforzar la consideración de que están sujetos a dicho régimen de garantías los archivos informáticos (con independencia de si tienen o no soporte físico), pues, aunque sean incorporeales, son apropiables y transportables y, por ello, calificables como muebles y, por ende, como productos<sup>30</sup>. No obstante, en el ámbito del contrato de obra, hay que tener en cuenta que difícilmente se encargará la producción de un programa informático al margen de una actividad empresarial o profesional, esto es, por un consumidor.

Conviene recordar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 116.2 TRLGDCU está sujeta también al régimen de garantías de la venta de bienes de consumo la actividad de resultado consistente en la instalación de un producto incluida en el contrato de compraventa o suministro a los que se refiere el artículo 115.1 TRLGDCU cuando haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad.

### 2.2.2 FALTA DE CONFORMIDAD

El propio objeto del contrato de obra de bienes muebles, consistente en la entrega de un bien que no tiene existencia previa y que ha de producirse o fabricarse con arreglo a un encargo efectuado por el consumidor, determina que en el juicio de conformidad del bien con las exigencias del contrato alcancen un papel preponderante alguno

---

<sup>29</sup> La cuestión remite a la siempre problemática fijación de la línea divisoria entre la incorporación de un mueble a un inmueble y la mera unión a aquellos de bienes muebles dotados de movilidad, sin que exista en sede jurisdiccional un criterio claro que permita considerar por ejemplo si son bienes muebles ciertos productos dotados de autonomía pero incorporados a un inmueble como inodoros, lavabos, bañeras, calderas, etc.. La cuestión de la aplicación a estos bienes del régimen de garantías de la venta de bienes de consumo ha sido tratada, aunque sin dejar de manifestar sus dudas al respecto, por AVILÉS GARCÍA, J., en *Tratado de Contratos* (dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., coord. Moralejo Imberñón, N., Quicios Molina, S.), Valencia, 2009, Cap. 12 «Contratos con finalidad traslativa del dominio», pp. 1854 y 1855.

<sup>30</sup> CAVANILLAS MÚGICA, S., «El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», *Aranzadi Civil*, 1/2008 BIB 2008/24.



de los criterios previstos en el artículo 116.1 TRLGDCU. Así resultará de gran importancia la conformidad del bien producido con la muestra o modelo presentada por el vendedor [art. 116.1.a) TRLGDCU], al ser ésta la principal referencia de la que dispondrá el consumidor sobre las cualidades del producto. Como ejemplo, la SAP de Madrid de 4 de mayo de 2007 (JUR 2007/210736) no estimó que existiera falta de conformidad por no haberse empleado en la fabricación de un dormitorio juvenil madera tipo Wengue maciza (aunque en el caso si hubiera falta de conformidad por otros defectos), dado que el consumidor pudo contemplar en el establecimiento del vendedor un mueble de las mismas características y advertir allí que el mueble que encargaba no era de dicha calidad. La SAP de Burgos de 26 de diciembre de 2007 (JUR 2008/100754) si apreció que existía falta de conformidad con la muestra, en este caso, contenida en un catálogo, en el caso de un contrato consistente en la fabricación e instalación de una cocina, por los defectos estéticos producidos al montarse un fregadero sobre una encimera con las esquinas redondeadas en lugar de angulares. No obstante en la valoración de la conformidad del producto con las exigencias del contrato, por encima de las cualidades del producto presentadas en forma de muestra prevalecerán las advertencias que haya efectuado el propio vendedor al consumidor sobre la posible divergencia de alguna de estas cualidades en el producto a fabricar, como ha puesto de manifiesto la SAP de Asturias de 28 de octubre de 2008 (JUR 2009/105961) en relación también con un supuesto de compraventa de un mueble de madera, en el que resultó acreditado que el vendedor informó al consumidor de la posible diferencia entre el color de la muestra y el color del mueble fabricado, ya que no todas las piezas de madera natural, aunque sean de la misma calidad y especie, pueden tener el mismo tono.

Igualmente, el criterio de la aptitud del producto para cualquier uso especial requerido por el consumidor que haya sido corroborado por el vendedor [art. 116.1.c)] es más relevante en la valoración del juicio de conformidad cuando los productos hayan de producirse o fabricarse por encargo del consumidor<sup>31</sup>. Son escasos, no obstante, los casos en los que el criterio de la acomodación del bien con la utilización subjetiva prevista por el consumidor ha sido determinante en sede jurisdiccional para valorar la conformidad del bien que ha de producirse o fabricarse, seguramente por la dificultad de probar que el consumidor puso en conocimiento del ven-

---

<sup>31</sup> Como ha señalado ORTÍ VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Granada, 2002, p. 65, este criterio es más habitual en los contratos de obra que en los contratos de compraventa.

dedor sus expectativas sobre el uso del producto y que éste corroboró su aptitud para tal uso. Un ejemplo es el de la SAP de Zaragoza de 24 de noviembre de 2007 (JUR 2008/57817) en la que se dio veracidad al testimonio de un acompañante de la compradora que certificó que en el momento de la venta aquélla exigió que un sofá reuniera unas determinadas características.

Por lo que respecta a los criterios de conformidad objetivos, esto es, la valoración de la aptitud del bien para los usos a que ordinariamente se destina [116.1.b)] y la calidad y prestaciones habituales que se pueda fundadamente esperar de acuerdo con su naturaleza [116.1.d)], el defecto de conformidad puede derivar de una defectuosa ejecución de la fabricación del producto o de la falta idoneidad de los materiales empleados, teniéndose en consideración para fijar el estándar de calidad al que haya de sujetarse el bien, entre otros factores, el precio o la gama a la que pertenece el producto que se encarga [SAP de Cádiz de 26 de enero de 2007 (JUR 2007/156831)]. En relación con la utilización de materiales no idóneos, no habrá defecto de calidad si los mismos fueron proporcionados por el consumidor (art. 116.3 TRLGDCU), salvo, claro está, que los mismos fuesen adquiridos siguiendo indicaciones del contratista o que su falta de idoneidad tuviera que ser percibida por un profesional diligente en el momento de su entrega o en el curso de sus trabajos<sup>32</sup>.

### 2.2.3 DERECHOS DEL CONSUMIDOR COMITENTE ANTE LA FALTA DE CONFORMIDAD

Si el consumidor acredita que el producto fabricado o producido adolece de una falta de conformidad dentro del periodo de dos años de garantía (art. 123 TRLGDCU, con la importante presunción que juega a su favor en los seis primeros meses desde la entrega del producto) tendrá a su disposición el catálogo de acciones o remedios previstos en el artículo 118 TRLGDCU.

Las acciones a disposición del consumidor en caso de falta de conformidad expresan una preferencia por las formas de cumplimiento *in natura* y por la conservación del contrato. Así, en primer lugar podrá optar el consumidor entre exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada y sólo subsidiaria-

---

<sup>32</sup> Tal y como sostiene MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 116 TRLGDCU», *op. cit.*, pp. 1469 y 1470, en estos casos se impone al vendedor la carga de comunicar al consumidor la existencia de los defectos en los materiales y si no lo hiciera no podrá invocar en su favor el artículo 116.3 TRLGDCU para exonerarse de responsabilidad.

mente, cuando la reparación o la sustitución no fueran posibles, no se hubieran llevado a cabo por el vendedor en plazo razonable o no logran poner al producto en conformidad con el contrato puede el consumidor exigir una rebaja del precio o la resolución del contrato y esta última sólo en el caso de que la falta de conformidad fuese grave [art. 120.d) y f) y 121 TRLGDCU].

Respecto a los remedios o acciones de primer grado, esto es, la reparación o la sustitución, en principio el artículo 119 TRLGDCU confiere al consumidor la posibilidad de optar por una u otra, pero dicha facultad de elección se excluye en caso de que una de las dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada, lo que puede ocurrir con frecuencia en relación a la sustitución cuando el objeto del contrato sea la entrega de un bien mueble que haya de producirse o fabricarse. La sustitución será objetivamente imposible cuando se trate de bienes no fungibles [art. 120.g) TRLGDCU] entendidos éstos como aquellos que no son sustituibles por otros de la misma especie y calidad. Del mismo modo, cuando la falta de conformidad tiene lugar en un bien mueble producido o fabricado por encargo del consumidor, la sustitución por otro bien que deba producirse o fabricarse expresamente puede resultar desproporcionada por imponer al vendedor costes que no sean razonables teniendo en cuenta –como exige el art. 119.2 TRLGDCU– el valor del producto, la relevancia de la falta de conformidad y la posibilidad de satisfacer el interés del consumidor sin mayores inconvenientes mediante la reparación. Así la SAP de Madrid de 17 de enero de 2007 (JUR 2007/158981) consideró que la sustitución de un sofá por otro por la falta de relleno en un reposabrazos era desproporcionada, por lo que el derecho del consumidor a la conformidad del bien debería restablecerse mediante su reparación.

Puede ocurrir incluso que tratándose de bienes muebles que se hayan producido o fabricado por encargo del consumidor, ambas formas de reparación *in natura* sean objetivamente imposibles o desproporcionadas. El contrato de obra consistente en la fabricación e instalación de mobiliario de cocina es buena muestra de ello, cuando la reparación o sustitución de algún elemento no conforme por un defecto meramente estético no funcional implique costes desproporcionados, ya sea por imponer la fabricación de nuevo del bien [SAP de Granada de 9 de marzo de 2007 (JUR 2008/27329)] en relación con el defecto de conformidad consistente en la falta de alineación de los muebles que cierran un ángulo de la cocina cuya rectificación obligaría a fabricar muebles nuevos) o por afectar a elementos más costosos del mobiliario que no adolecen de falta de conformidad [SAP de Burgos de 26

de diciembre de 2007 (JUR 2008/100754)] en relación a la defectuosa colocación de un fregadero cuya reparación o sustitución supondría la sustitución completa de la encimera sobre la que estaba encastrado). En estos casos, la única opción disponible para el consumidor para restablecer su interés es una reducción del precio que compense el defecto estético provocado por la falta de conformidad.

Entre los remedios que el artículo 118 TRLGDCU pone a disposición del consumidor en caso de falta de conformidad no se contempla la opción de exigir al vendedor el cumplimiento por equivalente económico, trasladándole los costes de la reparación efectuada por un tercero. Este remedio podría resultar muy útil para el consumidor en caso de que la reparación del bien producido o fabricado no pudiera demorarse por razones de necesidad y el vendedor hubiese incumplido su obligación primaria de reparar o sustituir el objeto. En sede jurisdiccional se admite este remedio, de manera subsidiaria, esto es siempre que el consumidor acredite que ha exigido sin éxito la reparación o la sustitución al vendedor<sup>33</sup>. Algunas veces, la opción del cumplimiento por equivalente económico se ha articulado a través del remedio de segundo grado de la rebaja del precio haciendo una interpretación flexible del mismo [SAP de Madrid de 28 de noviembre de 2006 (AC 2007/712) y SAP de Ávila de 18 de julio de 2007 (AC 2007/2087)] en ambos casos, ante la negativa del concesionario vendedor a reparar un automóvil). Sin embargo conviene tener presente que la forma de calcular la rebaja del precio viene prefijada por el artículo 122 TRLGDCU a partir de la diferencia existente entre el valor del producto de haber sido conforme con el contrato y el valor del producto efectivamente entregado, lo que siendo rigurosos no casa bien con una forma de satisfacción del interés del consumidor consistente en trasladar al vendedor los costes de la reparación con un tercero. Más correcta nos parece la articulación de la acción de cumplimiento por equivalente económico contra el vendedor que se niegue a la reparación o a la sustitución del bien no conforme, por la vía de la indemnización de daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad, de acuerdo con el artículo 117.2 TRLGDCU [SAP de Málaga de 12 de febrero de 2009 (AC 2008/735)].

<sup>33</sup> AVILÉS GARCÍA, J., en *Tratado de Contratos*, op. cit., p. 1879, considera que pese al silencio del legislador, no se observa ninguna razón para negar al consumidor la facultad de encargar la reparación o sustitución a un tercero, si bien la condiciona a «la necesidad del consumidor de volver a disponer de los bienes defectuosos en buen estado, dentro de un plazo que le fuera imposible cumplir al vendedor».

## 2.2.4 COMPATIBILIDAD CON OTRAS ACCIONES

El artículo 117.1 TRLGDCU señala que el ejercicio de las acciones por falta de conformidad es incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa. La falta de claridad de este precepto ha provocado distintas dudas interpretativas. Por un lado, se suscita la duda de si al referirse el precepto a la incompatibilidad del *ejercicio de acciones*, ello implica únicamente una incompatibilidad procesal en el sentido de que no se puedan ejercer simultáneamente en un mismo procedimiento ambas acciones pero se puede optar por ejercer una u otras o si, por el contrario, la incompatibilidad debe entenderse en un sentido más amplio, como un desplazamiento del régimen de saneamiento por vicios ocultos del Código Civil por el régimen de la falta de conformidad de los artículos 114 y ss. TRLGDCU para los productos incluidos en su ámbito de aplicación, de manera que el consumidor no tiene la opción de optar por uno u otro régimen. Por otra parte, se plantea si las acciones excluidas son estrictamente las acciones de saneamiento por defectos ocultos de los artículos 1484 y ss. CC, o si en un sentido más amplio, para los productos abarcados en el ámbito de aplicación del régimen de conformidad de los artículos 114 y ss. TRLGDCU se excluyen también las acciones generales de incumplimiento de las obligaciones del artículo 1124 CC.

En la doctrina, prevalece la tesis de la absoluta incompatibilidad del régimen de la falta de conformidad de los artículos 114 y ss. TRLGDCU con el sistema del incumplimiento del Código Civil, lo que implica principalmente que habiéndose manifestado el defecto con posterioridad al plazo de garantía de dos años previsto en el artículo 123.1 TRLGDCU o habiendo transcurrido el periodo de prescripción del artículo 123.4 TRLGDCU, el consumidor no tiene la posibilidad de fundamentar una acción de responsabilidad por incumplimiento en el artículo 1124 CC<sup>34</sup>. Conviene la explicación formulada por Fenoy Picón, en virtud de la cual, el consumidor debe utilizar el sistema de remedios previsto para la falta de conformidad, puesto que éste es un régimen específicamente diseñado para el problema de las anomalías cualitativas en la concreta relación entre un profesional y un consumidor<sup>35</sup>. En apoyo de esta tesis,

<sup>34</sup> Sin embargo, no siempre se entiende así en sede jurisdiccional. Por ejemplo, la SAP de Pontevedra de 15 de febrero de 2007 (AC 2007/14231) consideró que la existencia del régimen especial de garantías en la venta de bienes de consumo no excluye la aplicación de las normas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones.

<sup>35</sup> FENOY PICÓN, N., «El sistema de protección del consumidor», *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid 2006, pp. 157 y 172, si bien la autora admite excepcionalmente

Torrelles Torrea ha señalado que compatibilizar ambos sistemas sería ir en contra del espíritu del régimen de garantías del TRLGDCU, ya que podría sortearse la jerarquía de remedios prevista, que opta por el *favor contractus*, y los plazos establecidos<sup>36</sup>. Se sostiene incluso la exclusión del régimen general del incumplimiento de las obligaciones en caso de entrega de una cosa distinta a la pactada (*aliud pro alio*), puesto que la entrega de cosa distinta no es más que una hipótesis de falta de conformidad, que debe sujetarse, por lo tanto, al régimen de garantías del TRLGDCU<sup>37</sup>.

Menos problemática resulta la compatibilidad del régimen de garantías de la venta de bienes de consumo con las acciones de anulabilidad por vicio del consentimiento, puesto que la exclusión del artículo 117.1 TRLGDCU no se refiere a estas acciones y además, la nulidad y la falta de conformidad operan en planos distintos: el de la validez del contrato y el del incumplimiento<sup>38</sup>. Si bien no se puede ignorar la dificultad de probar en cada caso concreto los elementos constitutivos del error o del dolo como vicio del consentimiento.

Por último, el artículo 117.2 TRLGDCU reconoce la posibilidad de compatibilizar las acciones del régimen de la falta de conformidad TRLGDCU con la acción de indemnización de los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad del producto, ya sean éstos de naturaleza contractual (costes de sustitución del producto mientras se repara o sustituye, gastos de financiación para la adquisición del producto no conforme en caso de resolución, gastos de reclamación e incluso el coste de la reparación efectuada por un tercero) o de naturaleza extracontractual, de especial importancia en caso de que el producto disconforme sea además defectuoso en el sentido del artículo 137 TRLGDCU.

### 2.3 Las garantías en el ámbito de la reparación de automóviles

Según dispone el artículo 16 del *Real Decreto 1457/1986, de 10 de enero, por el que se regulan la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos automóviles, de sus equipos y componentes*, todas las reparaciones o instalaciones efectuadas en cualquier taller quedarán garantizadas,

---

la compatibilidad del régimen general de incumplimiento de las obligaciones con el régimen de la falta de conformidad, en caso de actuación dolosa del vendedor.

<sup>36</sup> TORRELLES TORREA, E., «Comentario al artículo 115 TRLGDCU», *op. cit.*, p. 1081.

<sup>37</sup> FENOY PICÓN, N., *El sistema...*, *op. cit.*, pp. 182 y 183.

<sup>38</sup> FENOY PICÓN, N., *El sistema...*, *op. cit.*, pp. 247 y ss. A favor de la compatibilidad de la acción de anulabilidad por vicio y de los remedios del artículo 118 TRLGDCU se manifiesta también, entre otros, MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 117 TRLGDCU», *op. cit.*, p. 1477.

al menos por un periodo de tres meses o 2.000 kilómetros recorridos o tratándose de vehículos industriales por un periodo de quince días o 2000 kilómetros.

Ante la limitación de este plazo de garantía se plantea la duda de su posible compatibilidad con el ejercicio de las acciones generales de incumplimiento contractual. En alguna ocasión, en sede jurisdiccional para salvar la rigidez del plazo del artículo 16 del RD 1457/1986 se ha considerado que este régimen de responsabilidad es compatible con el régimen general de responsabilidad contractual del artículo 1101 CC e incluso con el régimen de garantías en la compraventa de bienes de consumo de los artículos 114 y ss. TRLGDCU [*vid.* SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de marzo de 2010 (JUR 2011/12285)]. Otras veces se ha distinguido de manera artificiosa entre reparación defectuosa y reparación incompleta, siendo así que en este último caso el cliente tendría a su disposición las acciones generales de incumplimiento contractual, sin más limitaciones temporales que las que se derivasen de la prescripción quinquenal del artículo 1964 CC [SAP de Salamanca de 13 de octubre de 2004 (RJ 2004/8411)].

A nuestro entender, la referencia del artículo 16 del RD 1457/1986 a una garantía de la que dispondrá el cliente «*en todo caso*», no implica que ésta sea una garantía mínima compatible con otro régimen de satisfacción del interés del cliente en caso de reparación defectuosa del vehículo, pues lo contrario implicaría desvirtuar una norma que atendiendo a las particularidades de su ámbito de aplicación ha pretendido limitar la garantía en términos temporales. El empleo del término «*en todo caso*» debe entenderse como referido a la compatibilidad de la garantía legal con una garantía comercial adicional.

Tampoco es correcto que la condición de consumidor del cliente remita a la aplicación del régimen de garantías en la venta de bienes de consumo de los artículos 114 TRLGDCU y ss., puesto que el ámbito de aplicación de este régimen delimitado en el artículo 115 TRLGDCU al referirse, como ya ha quedado dicho, al contrato de compraventa y suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse excluye a los contratos de obra con consumidores cuyo objeto sea una prestación de hacer.

No obstante, cuando la causa de la reparación defectuosa sea el defecto de las piezas empleadas en la reparación que sean suministradas por el propio taller, según dispone el propio artículo 16 RD 1457/1986, se aplicará el plazo de garantía superior de las piezas incluidas en la reparación, plazo que cuando el cliente sea un consumidor ha de ser el de dos años del artículo 123 TRLGDCU.



Es decir, el propietario del taller responde, como si fuera vendedor, de la falta de conformidad de las piezas incluidas en la reparación del vehículo cuando el cliente sea un consumidor, sin perjuicio de la acción de repetición de la que dispondrá frente al causante de la falta de conformidad en el plazo de un año desde que completó el saneamiento (art. 124.3 TRLGDCU).

Conviene tener en cuenta también que el régimen de garantías del RD 1457/1986 se refiere a las reparaciones del vehículo, lo que remite a una necesidad de la intervención y no a la realización de mejoras voluntarias en el vehículo. Por lo tanto, en los casos en los que tras la intervención del taller el vehículo no adolezca de una falta de idoneidad o aptitud para su uso, pero sí de un déficit respecto de ciertas prestaciones que el taller se había comprometido a proporcionar existirá un defecto de calidad que puede hacer actuar las acciones generales de incumplimiento contractual.

### 3. LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA MEDIANTE CONDICIONES GENERALES

#### 3.1 **Vía exclusión de los derechos legales del consumidor por incumplimiento del contratista**

Dispone el artículo 86.1 TRLGDCU que son abusivas las estipulaciones que prevean «la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario». No cabe duda de que es nula de pleno derecho cualquier cláusula que modifique el régimen de conformidad en la venta de bienes de consumo de los artículos 114 y ss. TRLGDCU excluyendo o limitando los derechos del consumidor, no tanto por lo dispuesto en el artículo 86.1 TRLGDCU, sino por el carácter imperativo en beneficio del consumidor de este régimen (art. 10 TRLGDCU). De este modo sería nula, por ejemplo, la cláusula que contuviera criterios especiales valoración de la conformidad del producto distintos de los previstos en el artículo 116 TRLGDCU; la cláusula que alterase el orden jerárquico de los remedios previstos en el artículo 118 TRLGDCU; la que impusiera en caso de resolución o de reducción del precio la aceptación de un «vale» en lugar de la devolución total o parcial del precio; la que limitase el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad; la que

acortase el plazo de garantía o de presunción de no conformidad o el plazo de prescripción. Por el contrario pueden ser válidas las cláusulas que modulan el régimen de garantías en la venta de bienes de consumo de acuerdo con las excepciones que el mismo admite, por ejemplo, la cláusula que impusiera la preferencia de la reparación del bien frente a la sustitución en casos concretos en los que esta última fuese imposible o desproporcionada en los términos del artículo 120.2 TRLGDCU; la que impusiera directamente como remedio ante la falta de conformidad la disminución del precio para supuestos en los que el cumplimiento in natura (reparación o sustitución) implicase un coste extraordinario en relación a la entidad del defecto; o la que excluyese la resolución en caso de defectos de conformidad que realmente fueran de escasa importancia (art. 121 TRLGDCU)<sup>39</sup>.

También sería nula por contravención de norma imperativa cualquier cláusula que alterase el régimen de responsabilidad por defectos en la construcción previsto en los artículos 17 y ss. de la LOE. Otro tanto cabría decir de las cláusulas que alterasen en perjuicio del consumidor el régimen de garantías previsto en el RD 1457/1986 *regulador de la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos*, o en el Real Decreto 58/1988 *sobre servicios de reparación de aparatos de uso doméstico*.

El enjuiciamiento de la validez de una cláusula con arreglo a los parámetros del artículo 86.1 TRLGDCU sólo tendrá lugar cuando la misma trate de excluir o limitar derechos legales del consumidor en caso de incumplimiento del empresario recogidos en normas de naturaleza dispositiva. En este sentido, el régimen general de remedios contenido en el Código Civil ante las patologías en el cumplimiento del contrato tiene, en general, carácter dispositivo. La principal consecuencia es que mientras que las cláusulas contractuales que excluyan o limiten derechos del consumidor ante el incumplimiento del empresario recogidas en normas imperativas serán nulas siempre, sin ulteriores valoraciones, las cláusulas que excluyan o limiten dichos derechos cuando contenidos en normas de carácter dispositivo, sólo serán nulas, si esta exclusión se produce «*de manera inadecuada*», puesto que el artículo 86.1 TRLGDCU no sanciona con la nulidad cualquier exclusión o limitación de los derechos del consumidor frente al incumplimiento del empre-

---

<sup>39</sup> Todo ello sin perjuicio de la valoración judicial de que lo que el empresario entiende unilateralmente por «imposible», «desproporcionado» o «de escasa importancia» realmente lo sea, como aclara CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al artículo 86 TRLGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (dir. S. Cámara Lapuente), Madrid, 2011, pp. 845 y 846.

sario, sino sólo la que no sea adecuada, lo que implica efectuar una ponderación judicial de su carácter equilibrado o adecuado<sup>40</sup>.

En el ámbito concreto del contrato de obra, cuando el mismo no esté sujeto a un régimen especial de garantía sino al régimen general del incumplimiento de las obligaciones y teniendo en cuenta que los remedios que éste ofrece no resultan siempre los más adecuados, pueden resultar lícitas ciertas cláusulas que modulen dicho régimen atendiendo de manera razonable a los intereses del contratista y del comitente. Puede ser el caso de las cláusulas que para supuestos en los que el cumplimiento devenga excesivamente oneroso para el contratista excluyan el derecho del consumidor a exigir el cumplimiento forzoso *in natura*, sustituyéndolo por una reducción del precio o una indemnización de daños y perjuicios<sup>41</sup>. Igualmente, teniendo en cuenta la amplitud del plazo de prescripción quindennial para el ejercicio de las acciones generales de incumplimiento, puede ser lícita la cláusula que acote este plazo de manera que resulte adecuada con las circunstancias del caso concreto y en especial con la naturaleza del bien o servicio que se trate.

Por el contrario, son abusivas por excluir derechos legales del consumidor en caso de incumplimiento del contratista, las cláusulas que dejen a su arbitrio la valoración de la conformidad de lo ejecutado con lo convenido o las que excluyan la posibilidad del comitente de reclamar al contratista una vez finalizado un plazo de comprobación aun por defectos no aparentes que no pudieran ser verificados en el momento de la entrega.

Igualmente supone una exclusión inadecuada de los derechos del consumidor comitente en caso de incumplimiento del contratista, en este caso del derecho previsto en el artículo 1596 CC, la cláusula que le exonera de responsabilidad por el trabajo mal ejecutado de las personas que ocupase en la obra, ya sean sus propios trabajadores o subcontratistas<sup>42</sup>.

También puede resultar abusiva la cláusula que excluya en todo caso la posibilidad de exigir al contratista el cumplimiento por equivalente económico, ya que aunque en nuestro derecho el recurso directo al cumplimiento por equivalente económico no esté previsto

<sup>40</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al artículo 86 TRLGDCU», *op. cit.*, p. 843.

<sup>41</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al artículo 86 TRLGDCU», *op. cit.*, pp. 849 y 850. Admite también la licitud de esta cláusula por analogía a lo dispuesto para la venta de bienes de consumo por los artículos 119 y 120.d) y f) TRLGDCU. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a los artículos 86 a 89 TRLGDCU», *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 1071.

<sup>42</sup> En relación con la obligación de responder por el trabajo ejecutado por los subcontratistas, *vid.* STS de 2 de julio de 1997 (RJA 1997/5474), STS de 16 de marzo de 1998 (RJA 1998/1570).

expresamente por una norma jurídica (como ya hemos dicho, en virtud del artículo 706 LEC, el remedio se posterga a la fase de ejecución de sentencia con carácter subsidiario al cumplimiento forzoso en natura) sí que es admitido por la jurisprudencia en caso de que la reparación de lo mal ejecutado sea urgente y se haya dado al contratista una posibilidad de cumplimiento en forma específica. Por lo tanto, aunque una cláusula de este tipo no esté excluyendo en sentido estricto un *derecho legal* del consumidor en caso de incumplimiento del empresario y, por lo tanto, técnicamente no puede incardinarse en el supuesto del artículo 86.1 TRLGDCU, la misma puede considerarse abusiva por aplicación de la cláusula general del artículo 82 TRLGDCU. Sí podría ser válida la cláusula que condicionase el recurso a la ejecución correcta de la prestación por un tercero y el correspondiente traslado al contratista de los gastos a la concurrencia de una situación de urgencia o a la concesión al contratista de una oportunidad de cumplir en forma específica mediante un requerimiento previo, siempre que dicho requerimiento no se sometiera a formalidades excesivas, ni se atribuyera al contratista un plazo desproporcionado para reparar lo mal ejecutado.

Por lo que respecta a la cláusula que limita o excluye el derecho a resolver el contrato en caso de incumplimiento del contratista, dispone el artículo 86.5 TRLGDCU que es abusiva, sin más, esto es, sin valorar si esta exclusión o limitación se ha efectuado de manera adecuada. No obstante, de acuerdo con la interpretación consolidada del artículo 1124 CC que exige que el incumplimiento para ser resolutorio sea grave y definitivo, pueden tenerse por válidas las cláusulas que excluyan la posibilidad de resolver el contrato en casos de incumplimientos que puedan valorarse de manera objetiva como de escasa importancia.

### **3.2 Vía cláusulas de modificación unilateral de la obligación del contratista**

El contratista puede pretender exonerarse de responsabilidad por un cumplimiento inexacto de su prestación que le resulte imputable mediante la introducción en el contrato de una cláusula que le permita alterar unilateralmente el resultado comprometido. Una cláusula de este tipo debe ser enjuiciada bajo los parámetros del artículo 85.3 TRLGDCU, en virtud del cual son abusivas «Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurren motivos válidos especificados en el contrato». Por lo tanto, la validez de las cláusulas de modificación unilateral del proyecto

dependerá de que las causas que justifiquen la modificación estén especificadas en el contrato y además obedezcan a motivos válidos. La cuestión es entonces que debe entenderse por «*motivos válidos*» que puedan justificar la modificación unilateral del contrato.

Una interpretación de la norma que sea coherente con la prohibición del artículo 1256 CC de que el cumplimiento del contrato quede a merced de una de las partes y con el principio general de inmutabilidad de los contratos, que impone a las partes de un contrato la asunción de un esfuerzo en el cumplimiento de su prestación superior al inicialmente previsto a consecuencia del acaecimiento de un riesgo imprevisible, lleva a entender la expresión «*motivos válidos*» de manera restrictiva. Los motivos válidos a los que alude el artículo 85.3 TRLGDCU se refieren a obstáculos surgidos en la ejecución de la prestación que sean ajenos al ámbito de control del contratista, cuyo acaecimiento no fuera previsible en el momento de la celebración del contrato de obra con una planificación diligente y que, además, imposibiliten el cumplimiento conforme a lo pactado, o sólo lo hagan posible a costa de un sacrificio excesivo para el contratista<sup>43</sup>.

Por otra parte, la necesidad de especificar en el contrato los motivos válidos, como condición de la licitud de las cláusulas que atribuyen al empresario una facultad de modificación unilateral, hace directamente abusivas cláusulas que formulan dichos motivos con extrema vaguedad, como las que se refieren a la concurrencia de «*motivos graves*», «*causas imprevistas*», «*circunstancias sobrevenidas*». Sin embargo, de acuerdo con las circunstancias y naturaleza de cada contrato de obra, sobre todo cuando se trate de obras complejas, la descripción de los motivos válidos que permitan modificar unilateralmente el proyecto inicial, por su carácter imprevisible, sólo podrá hacerse a partir de su pertenencia a categorías genéricas, como «*circunstancias imprevistas de naturaleza jurídica, técnica, administrativa, etc.*». Es cierto que dentro de unas categorías descritas con tal amplitud pueden englobarse motivos que sean válidos y otros que no lo sean, por no ser ajenos al ámbito de control del contratista, resultar previsible su acaecimiento en el contrato concreto con una mínima diligencia o por suponer simplemente obstáculos al cumplimiento cuya superación sea exigible, pero en tal caso, el juicio sobre la concurrencia de un motivo válido sólo puede hacerse *a posteriori*, atendiendo a la concreta razón jurídica, técnica, económica, administrativa, etc., en la que se pretende amparar el ejercicio del *ius variandi*. Es decir, no debe trasladarse al juicio de abusividad de la cláusula

<sup>43</sup> Vid. con más detalle, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Comentario al artículo 85 TRLGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (dir. S. CÁMARA LAPUENTE), Madrid, 2011, pp. 801 a 805.

que atribuya al contratista una facultad de modificación unilateral del contrato lo que a nuestro juicio es un problema de aplicación de dicha cláusula a un caso concreto. Si la razón concreta de naturaleza jurídica, técnica, administrativa, etc., con la que el contratista pretende justificar una modificación de su prestación no tiene la consideración de motivo válido –de conformidad con la caracterización de dichos motivos válidos efectuada con anterioridad– lo que se habrá producido es un incumplimiento contractual, puesto que la modificación de los términos de la ejecución del contrato no puede estar amparada en la cláusula que atribuye al empresario un *ius variandi*, pero ello no quiere decir que la cláusula en sí sea nula por no haberse especificado con mayor concreción los motivos válidos que pueden facultar legítimamente al empresario para modificar el contenido del contrato, si de acuerdo con la naturaleza y las circunstancias del contrato estos motivos no pudieron especificarse con mayor concreción.

### 3.3 Vía calificación de la obligación como de medios

La calificación de la obligación del contratista como de medios o de resultado dependerá del pacto de las partes y en ausencia de éste de la naturaleza de la prestación.

La condición general que excluya la responsabilidad del contratista por la no consecución de un resultado puede resultar abusiva por sorpresiva para el consumidor cuando, de acuerdo con las circunstancias y muy especialmente con las manifestaciones previas efectuadas por el empresario o de acuerdo con la naturaleza de la prestación, aquél podía legítimamente confiar en que el contratista se comprometía a la producción de un resultado y no solamente a desplegar una actividad con la máxima diligencia.

Especialmente problemática resulta la cláusula de inexigibilidad de responsabilidad por la no consecución de un resultado en los tratamientos de medicina satisfactiva. La jurisprudencia recientemente se ha inclinado por considerar que la obligación de los profesionales médicos, incluso en el ámbito de la medicina voluntaria, no puede ser calificada como de resultado por el componente aleatorio inherente a toda intervención médica, salvo que el resultado se hubiera pactado o garantizado expresamente [SSTS de 21 de octubre de 2005 (RJA 2005/8547) y 22 de noviembre de 2007 (RJA 2007/8651), STS de 20 de noviembre de 2009 (RJA 2010/138) y STS de 27 de septiembre de 2010 (RJA 2010/5155)]<sup>44</sup>. De la

<sup>44</sup> En este mismo sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, A., «El resultado garantizado o pactado en los tratamientos de medicina estética», *Aranzadi Civil*, n.º 10/2011 (Westlaw BIB 2010/2949), entiende que la obligación del médico en la cirugía estética y en los

referida doctrina se debe concluir que las cláusulas de inexigibilidad de responsabilidad por la no consecución del resultado no han de reputarse abusivas en las intervenciones de medicina voluntaria cuando el resultado no hubiera sido pactado o garantizado, puesto que dicha cláusula es conforme con la natural aleatoriedad de la intervención sanitaria, que hace depender la responsabilidad del profesional sanitario sólo de su falta de diligencia.

Sin embargo, también se ha puesto de manifiesto por la Jurisprudencia que la garantía del resultado en las intervenciones o tratamientos de medicina satisfactoria puede derivar no solamente de un pacto expreso entre las partes del contrato, sino también de la publicidad, cuando la misma ha podido generar en el consumidor una expectativa legítima al respecto, teniendo en cuenta el carácter integrador del contrato que la normativa de protección de consumidores ha conferido a la publicidad (en el art. 8.1 LGDCU y en el actual art. 61.2 TRLGDCU). En este sentido, la STS de 4 de octubre de 2006 (RJA 2006/6428), consideró responsable a un centro de dermatología capilar por la no consecución del resultado previsto por un tratamiento de alopecia y por los distintos daños que el tratamiento produjo al cliente, por la difusión de una campaña publicitaria previa que por su escaso rigor llevó al cliente a la conclusión de que «el tratamiento es sencillo y sin resultado negativo posible.» De acuerdo con ello, la condición general, que de una manera inadvertida para el consumidor, excluyese la responsabilidad del profesional médico por la no consecución del resultado que se inducía de la publicidad podría reputarse sorpresiva por frustrar las legítimas expectativas del consumidor derivadas de aquélla. En este contexto, la validez de la cláusula de inexigibilidad del resultado dependerá de su transparencia, esto es, de que se haya garantizado su conocimiento efectivo por el consumidor antes de la celebración del contrato, de tal manera que el mismo no pueda seguir confiando en la expectativa que se deriva de la publicidad.

---

tratamientos estéticos no quirúrgicos es de medios, aunque con una intensificación del deber de diligencia «en cuanto a que se han de extremar los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la actuación médica».



# La influencia del Derecho europeo de defensa del consumidor en la delimitación jurídica entre el contrato de compraventa y el contrato de obra según el § 651 BGB\*

**DR. CHRISTOPH BUSCH**

Maître en Droit European Legal Studies Institute  
Osnabrück

## RESUMEN

*La distinción entre los diferentes tipos de contratos es uno de los rasgos tradicionales del Derecho contractual en España y Alemania. Por el contrario, a nivel del Derecho contractual europeo, es un sistema de tipos de contratos que todavía está en desarrollo. Además, las categorías tipológicas utilizadas a nivel europeo no son exactamente las mismas que las usadas en los Estados miembros. Las divergencias son particularmente obvias en la frontera entre los contratos de compraventa y los contratos de obra. El artículo muestra cómo la implementación de la Directiva sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo ha transformado las relaciones entre las leyes sobre la compraventa y los contratos de obra en Alemania. Se hace hincapié en que las categorías tipológicas usadas en la Directiva sobre bienes de consumo no son las adecuadas como modelo para reformar el Derecho contractual en los Estados miembros, ni sirven de base para el desarrollo de un sistema de tipos contractuales en el Derecho privado europeo.*

## PALABRAS CLAVE

*Derecho contractual; contrato de obra; contrato de servicios; contrato de venta; Directiva de las garantías en la venta de bienes de consumo; Derecho privado europeo.*

---

\* La traducción ha sido realizada por Rafael ZAMBRANA KUHN, Profesor colaborador de la Facultad de Traducción e Interpretación de la Universidad de Granada.

**ABSTRACT**

*The distinction between different contract types is a traditional feature of contract law both in Spain and Germany. In contrast, at the level of European contract law such a system of contract types is still under development. In addition, the typological categories used at the European level are not exactly the same as in the Member States. The divergences are particular obvious at the borderline between contracts for sale and contracts for works. The article shows how the implementation of the Consumer Sales Directive (1999/44/EC) has changed the relationship between sales law and contracts for works in Germany. The point is made that the typological categories used in the Consumer Sales Directive are neither suitable to serve as a model for a reform of contract law in the Member States nor as a basis for the development of a system of contract types in European Private Law.*

**KEY WORDS**

*Contract law; contract for works; contract for services; contract for sale; Consumer Sales Directive; European Private Law.*

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Redefinición de la relación entre el contrato de compraventa y el contrato de obra en el marco de la Reforma del Derecho de Obligaciones.*—III. *¿Existen el contrato de compraventa y el contrato de obra como tipos contractuales en el *acquis communautaire*?:* 1. La Directiva sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. 2. Nueva Directiva sobre derechos de los consumidores. 3. Derecho Procesal Civil europeo.—IV. *La interpretación del § 651 BGB desde la óptica del *acquis communautaire*:* 1. Tipos de contratos en el Derecho de obligaciones y el régimen de atribución según el Derecho de cosas: a) Cosas muebles. b) Adquisición de la propiedad de la cosa fabricada. 2. Contratos de suministro con obligación de prestación de servicios: a) Prestaciones intelectuales. b) Prestaciones de planificación. c) Servicio de instalación.—V. *Conclusiones.*

**I. INTRODUCCIÓN**

El Derecho de las obligaciones contractuales, tanto en Alemania como en España, viene determinado por la caracterización de distintos tipos contractuales. La adscripción de un contrato a un determinado tipo contractual cumple, ante todo, dos funciones: es relevante, tanto para la integración de aquellos contratos que presenten lagunas, como para servir de referencia en el control del contenido contractual<sup>1</sup>. El *acquis communautaire* solamente dispone, por el momento, de una sistematización fragmentaria de

<sup>1</sup> V. OECHSLER, «Vertragstypen», en *Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlín 2008, p. 540.

tipos contractuales. Las categorías tipológicas empleadas allí no coinciden con las de los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. La transposición de los preceptos del Derecho de la Unión Europea a los sistemas contractuales tradicionales de los Estados miembros supone un reto importante. Esto es particularmente evidente en aquella zona fronteriza entre el Derecho del contrato de compraventa y el Derecho del contrato de obra. En el marco de la Reforma del Derecho de Obligaciones, el legislador alemán ha modificado la línea divisoria entre el Derecho del contrato de compraventa y el Derecho del contrato de obra, tomando como referencia las categorías tipológicas contempladas en la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. A continuación veremos en detalle las diferencias existentes entre los tipos contractuales del *acquis communautaire* y el Derecho alemán. Abordaremos la cuestión en tres fases: En primer lugar haremos una exposición esquemática de las relaciones existentes entre el Derecho del contrato de compraventa y el Derecho del contrato de obra en Alemania, las cuales fueron modificadas en el marco de la Reforma del Derecho de Obligaciones (epígrafe II). A continuación ofreceremos una breve visión panorámica de algunos de los pilares del sistema europeo de tipos contractuales (epígrafe III). Finalmente, con ayuda de algunos ejemplos seleccionados, profundizaremos en la influencia que el Derecho comunitario ha ejercido en la delimitación entre el Derecho del contrato de compraventa y el Derecho del contrato de obra en Alemania (epígrafe IV). Sobre la base del conflicto normativo que dicho análisis deja patente, defenderemos la siguiente tesis: las categorías tipológicas que encontramos en el Derecho europeo de defensa del consumidor no ofrecen un modelo adecuado para la reforma del sistema de tipos contractuales en los Estados miembros, ni sirven como fundamento para crear un sistema contractual propio del Derecho privado europeo.

## II. REDEFINICIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE EL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y EL CONTRATO DE OBRA EN EL MARCO DE LA REFORMA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES

Mientras que el contratista se obliga a la *producción o fabricación* de una obra, el vendedor se obliga a la entrega y transmisión de

la propiedad –en definitiva: al *suministro*– de una cosa<sup>2</sup>. Surgen así solapamientos entre el contrato de compraventa y el de obra en aquellos casos en que el contratista ha de suministrar una cosa que él mismo ha de producir previamente. La línea divisoria entre el Derecho del contrato de compraventa y el Derecho del contrato de obra está establecida en el Código Civil alemán, concretamente en el § 651 BGB<sup>3</sup>. Hasta la Reforma de Modernización del Derecho de Obligaciones del año 2002, en los casos de suministro de cosas que previamente habían de ser fabricadas (los llamados *contratos de obra con suministro de materiales*) la diferenciación entre ambos tipos contractuales se hacía, atendiendo, por una parte, a la procedencia de los materiales de partida y, por otra, a la distinción entre bienes fungibles y no fungibles<sup>4</sup>. Al contrato de fabricación de un bien fungible a partir del material suministrado por el contratista se le aplicaba el Derecho de compraventa, según el § 651, apartado 1, inciso 2, 1.ª parte, BGB (versión antigua; en lo sucesivo, v.a.). Por el contrario, si el contrato tenía por objeto un bien *no fungible*, entonces el § 651, apartado 1, inciso 2, 2.ª parte, BGB, mediante una referencia bastante enrevesada, preveía la aplicación del Derecho de compraventa, en algunos casos, y del Derecho del contrato de obra, en otros. Si el contratista sólo había de suministrar las cosas accesorias, entonces, según el § 651, apartado 2, BGB, se aplicaba exclusivamente el Derecho relativo al contrato de obra.

El tenor de esta disposición fue totalmente modificado, con motivo de la transposición de la Directiva 1999/44/CE. En su nueva redacción, el § 651 BGB ya no distingue en función de la procedencia de los materiales. Además, la distinción entre cosas fungibles y no fungibles no tiene ya tanta importancia. Los contratos de suministro de cosas muebles, las cuales hayan de ser previamente producidas o fabricadas, quedan sometidos en su totalidad al Derecho de compraventa. Se hace, pues, preciso abandonar –también terminológicamente– la categoría del *contrato de obra con suministro de materiales* y rebautizar los contratos contemplados en el

<sup>2</sup> LOOSCHELDERS, *Schuldrecht, Besonderer Teil*, 4.ª ed, Colonia, 2010, nota marginal 625.

<sup>3</sup> Más extensamente, RUDOLPH, *Die Abgrenzung zwischen Kauf und Werkvertragsrecht gemäß § 651 BGB*, Baden-Baden, 2009.

<sup>4</sup> El § 651 BGB (versión antigua) decía: «(1) Si el contratista se obliga a realizar una obra con los materiales aportados por él mismo, entonces entregará la cosa fabricada al comitente y le traspasará la propiedad de la cosa. A este contrato se aplicarán las disposiciones relativas a la compraventa; si se trata de fabricar una cosa no fungible, en lugar del § 433, del § 446, apartado 1, inciso 1.º, y de los §§ 447, 459, 460, 462 a 464 y 477 a 479, se aplicarán las disposiciones relativas al contrato de obra, con excepción de los §§ 647 a 648a.

(2) Si el contratista se obliga exclusivamente a la aportación de ingredientes o de otros accesorios, entonces serán exclusivamente de aplicación las disposiciones relativas al contrato de obra».

§ 651 BGB (versión nueva) como *contratos de fabricación*<sup>5</sup>, o bien como *contratos de suministro de mercaderías*<sup>6</sup>.

Algunas constelaciones de casos que antes de la Reforma eran prototipos<sup>7</sup> para la aplicación del Derecho del contrato de obra –por ejemplo, la confección de un traje a medida con la tela proporcionada por el cliente<sup>8</sup>– pasan a encuadrarse, según el nuevo Ordenamiento, en el Derecho de compraventa. La considerable ampliación del Derecho de compraventa que todo esto suponía, en detrimento del Derecho del contrato de obra, ya fue objeto de crítica a lo largo del proceso legislativo. Por esta razón, y a iniciativa del Consejo Federal alemán, *Bundesrat*, se incluyó el § 651, inciso 3, BGB, el cual, para los contratos de fabricación de bienes *no fungibles*, contempla, junto con el Derecho del contrato de compraventa, la aplicación de algunas disposiciones del Derecho del contrato de obra<sup>9</sup>. Las disposiciones del Derecho del contrato de obra no restringen, en estos casos, a aquellas del Derecho de compraventa, sino que ambas se aplican conjuntamente<sup>10</sup>. Las disposiciones del Derecho del contrato de obra siguen siendo de aplicación exclusiva, como ya lo eran antes, en aquellos casos de construcción de edificios, de realización de meras labores de reparación, o de producción de obras intelectuales, tales como planos arquitectónicos o informes<sup>11</sup>.

En contra de la estimación del legislador, que en la Exposición de Motivos del § 651 BGB subraya la profunda semejanza entre el Derecho del contrato de obra y el Derecho del contrato de compraventa –llegando a afirmar que la delimitación precisa entre ambos tipos contractuales ha perdido relevancia<sup>12</sup>– sigue existiendo una serie de marcadas diferencias entre el Derecho del contrato de compraventa y el Derecho del contrato de obra, de las cuales sólo mencionaremos las principales<sup>13</sup>. La clasificación de un determi-

<sup>5</sup> RÖTHEL, «Herstellungsverträge und Eigentumsordnung §§ 651, 950 nach der Schuldrechtsreform», *NJW*, 2005, p. 625.

<sup>6</sup> MANKOWSKI, «Werkvertragsrecht-Die Neuerungen durch § 651 BGB und der Abschied vom Werklieferungsvertrag», *MDR*, 2003, pp. 854 y 856; HAGEN, «Der neue Warenlieferungsvertrag-ein unbequemer Kauf», *JZ*, 2004, pp. 713 y 714.

<sup>7</sup> Así, PETERS, «Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts nach fünf Jahren», *NZBau*, 2007, 1.

<sup>8</sup> V. el ejemplo clásico en HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, Tubinga, 1929, p. 348.

<sup>9</sup> V. BT-Drucks. 14/6857, pp. 38, 68.

<sup>10</sup> BGH NJW 2009, 2877, 2878, fundamento número 8.

<sup>11</sup> Así en la exposición de motivos del § 651 BGB (versión nueva), BT-Dr 14/6040, p. 268; también BGH NJW 2009, 2877, 2879, fundamento número 21.

<sup>12</sup> BT-Drucksache 14/6040, p. 268. Críticamente, METZGER, «Der neue § 651 BGB -Primat des Kaufrechts oder restriktive Auslegung?», *AcP* 204 (2004), pp. 231 238.

<sup>13</sup> Más sobre las diferencias entre el Derecho del contrato de compraventa y el del contrato de obra, VOIT, «Die Bedeutung des § 651 BGB im Baurecht nach der Schuldrechtsmodernisierung», *BauR* 2009, pp. 369, 371 y ss.; METZGER, *AcP* 204 (2004), pp. 231, 234 y ss.

nado contrato, ya sea como contrato de obra, o bien, en virtud del § 651 BGB, como contrato de compraventa, produce un resultado diferente, por ejemplo, con respecto a la *transmisión del riesgo*. Si la cosa que ha de ser suministrada sufre un deterioro con anterioridad al momento de la recepción, entonces, según las disposiciones del Derecho del contrato de obra, es el contratista quien soporta el riesgo de la prestación (§ 644, apartado 1, inciso 1, BGB). Por el contrario, según las disposiciones del Derecho de compraventa, el riesgo se transmite con la entrega de la cosa (§ 446, inciso 1, BGB). También resultan diferencias en relación con el *derecho de elección* entre los posibles remedios por vicios. Mientras que el Derecho de compraventa otorga básicamente al comprador la elección entre la reparación y el suministro de una cosa nueva (§ 439, apartado 1, BGB), el Derecho del contrato de obra reserva esta elección al contratista (§ 635 BGB). Otra peculiaridad del Derecho del contrato de obra, desconocida en el Derecho de compraventa, se refiere al derecho que tiene el comitente a la autoejecución. Según el § 637 BGB, el comitente puede, una vez expirado un plazo razonable, subsanar por sí mismo el vicio y reclamar la restitución de los gastos ocasionados<sup>14</sup>. La posición del comitente queda reforzada por el § 637, apartado 3, BGB, que le garantiza la pretensión de un anticipo de los gastos necesarios para la reparación y le evita el riesgo de la ejecutabilidad en su pretensión de restitución de gastos. Por el contrario, el Derecho del contrato de compraventa no reconoce el derecho a la autoejecución por parte del comprador, ni tampoco su derecho al correspondiente anticipo<sup>15</sup>. Asimismo surgen diferencias en lo relativo al *devengo de la remuneración*<sup>16</sup> y al *comienzo del plazo de prescripción*<sup>17</sup>.

La distinción entre el contrato de compraventa y el contrato de obra adquiere especial relevancia en el tráfico mercantil. Cuando un contrato es considerado contrato mercantil, la infracción por parte del comerciante de su deber de inspeccionar las mercaderías y denunciar los vicios puede ocasionarle a éste la pérdida de sus derechos derivados del vicio. Según el § 381, apartado 2, HGB, las disposiciones relativas a la compraventa mercantil, y especialmente los §§ 377 y ss. HGB, son también de aplicación a los contratos de fabricación y suministro de cosas muebles. La previsión contractual de inspección y denuncia queda, pues, restringida. Una

<sup>14</sup> Según los requisitos de los §§ 637, apartado 2, y 323, apartado 2, BGB, resulta prescindible la fijación de un plazo de cumplimiento posterior.

<sup>15</sup> Más en VOIT, BauR 2009, pp. 369 y 376; METZGER, AcP 204 (2004), pp. 231 y 240.

<sup>16</sup> Sobre esto, METZGER, AcP 204 (2004), pp. 231, 235 y ss.

<sup>17</sup> V. VOIT, BauR 2009, 369, 378; LEUPERTZ, «Baustofflieferung und Baustoffhandel: Im juristischen Niemandsland», BauR 2006, pp. 1648 y 1655.

exclusión de los §§ 377 y 378 HGB mediante condiciones generales se tiene por ineficaz<sup>18</sup> (al menos, en el caso de que existan vicios aparentes).

### III. ¿EXISTEN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y EL CONTRATO DE OBRA COMO TIPOS CONTRACTUALES EN EL *ACQUIS COMMUNAUTAIRE*?

En el *acquis communautaire* sólo existe hasta ahora un sistema fragmentario de tipos contractuales. Las categorías empleadas dependen de los respectivos contextos normativos. Mientras que en el Derecho europeo del consumidor los distintos tipos contractuales determinan el ámbito de aplicación de los respectivos instrumentos de defensa del consumidor, en el Derecho procesal civil europeo los tipos contractuales delimitan el ámbito de aplicación de diferentes reglas para el establecimiento de la competencia. Los diversos actos jurídicos secundarios del Derecho comunitario recurren frecuentemente al concepto del contrato de compraventa, pero no lo oponen al contrato de obra, sino a otro concepto, más amplio y desconocido en el Derecho alemán: el *contrato de prestación de servicios*<sup>19</sup>.

#### 1. LA DIRECTIVA SOBRE DETERMINADOS ASPECTOS DE LA VENTA Y LAS GARANTÍAS DE LOS BIENES DE CONSUMO

La Directiva 1999/44/CE emplea repetidamente el término contrato de compraventa<sup>20</sup>, pero no lo define. La sistemática de la Directiva permite reconocer, no obstante, que dicho término se puede extender al sentido más general posible del Derecho de defensa del consumidor. Abarca también algunos contratos que en las tipologías tradicionales del Derecho alemán y español se encuadran como contratos de obra. Esto es especialmente evidente en el artículo 1, apartado 4, Directiva 1999/44/CE, que establece que también se considerarán contratos de compraventa, en el sentido de la Directiva, los «contratos de suministro de bienes de consumo

<sup>18</sup> BGH, NJW 1991, 2633.

<sup>19</sup> Sobre el contrato de servicios europeo, más en WENDEHORST, «Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht», *AcP*, 206 (2006), pp. 205 ss.; UNBERATH, «Der Dienstleistungsvertrag im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens», *ZEuP*, 2008, pp. 745 y ss.; v. también las aportaciones en ZIMMERMANN (ed.), *Service Contracts*, Tübinga, 2010.

<sup>20</sup> V. artículo 1, apartado 4 y artículo 2, apartado 1, 5, Directiva 1999/44/CE.



que hayan de fabricarse o producirse». El conjunto de contratos sujetos a esta Directiva queda algo reducido al incluir la condición de bien de consumo, que, según el artículo 1, apartado 2, letra b), Directiva 1999/44/CE, sólo comprende los bienes muebles corpóreos. Los contratos de edificación de bienes inmuebles no quedan sujetos a la Directiva.

Del artículo 2, apartado 3, Directiva 1999/44/CE se puede deducir indirectamente que el ámbito de aplicación también queda abierto cuando los materiales necesarios para la fabricación de los bienes de consumo no son aportados por el comerciante, sino por el consumidor<sup>21</sup>. La Directiva se aparta aquí de lo dispuesto en la CNUCIM<sup>22</sup>, a la cual se reconoce, en general, una gran influencia en la promulgación de la Directiva<sup>23</sup>. Según el artículo 3, apartado 1, CNUCIM, muchos contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas se asimilan al contrato de compraventa, «a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción». La Propuesta de Directiva, en su versión de la posición común del Consejo, preveía, en el artículo 1, apartado 4, Directiva 1999/44/CE, todavía otra restricción pertinente, la cual se apoyaba firmemente en el tenor del artículo 3, apartado 1, CNUCIM<sup>24</sup>. Sin embargo, por iniciativa del Parlamento Europeo, esta restricción fue suprimida en la redacción final de la Directiva<sup>25</sup>.

El artículo 2, apartado 5, Directiva 1999/44/CE establece claramente que también quedan sometidos a dicha Directiva aquellos contratos en los que el suministro conlleva una obligación de instalación —es decir, una prestación de servicios. La Directiva elude la cuestión de si dicha obligación a la prestación de un servicio puede, dependiendo de su magnitud, privar al contrato de su consideración como *contrato de compraventa* en el sentido de la Directiva 1999/44/CE. También aquí encontramos una diferencia con la reglamentación de la CNUCIM. Según el artículo 3, apartado 2, CNUCIM, la Convención no se aplicará a «los contratos en los que la parte principal de las obli-

<sup>21</sup> El artículo 2, apartado 3, Directiva 1999/44/CE establece: «Se considerará que no existe falta de conformidad a efectos del presente artículo si [...] la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor».

<sup>22</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, del 11 de abril de 1980, BGBl. 1989 II, 588.

<sup>23</sup> Sobre los paralelismos entre la Directiva 1999/44/CE y la CISG, v. STAUDENMAYER, «Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf», NJW 1999, pp. 2393 y ss.; MANKOWSKI, MDR 2003, 854 y 855; STADIE/NIETZER, «Das UN-Kaufrecht in der Anwaltspraxis», MDR 2002, 428 ss.

<sup>24</sup> Posición común del Consejo, del 24 de septiembre de 1998, DOCE 1998 C 333/46.

<sup>25</sup> Sobre el origen del artículo 1, apartado 4, Directiva 1999/44/CE, v. LUNA SERRANO, en «Grundmann/Bianca», *EU-Kaufrechtsrichtlinie*, Colonia, 2002, artículo 1, nota marginal 16; v. también MANKOWSKI, MDR 2003, pp. 854, 855.

gaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios».

## 2. NUEVA DIRECTIVA SOBRE DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

A diferencia de la Directiva 1999/44/CE, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, de 25 de octubre de 2011<sup>26</sup>, ofrece una definición del *contrato de venta*. De conformidad con el artículo 2, apartado 5, de la Directiva, este término se aplica a «todo contrato en virtud del cual el comerciante transfiera o se comprometa a transferir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, con inclusión de cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios». A esta definición, muy amplia, del *contrato de venta* se contraponen el *contrato de servicios*, el cual es definido *a contrario sensu* en el artículo 2, apartado 6, de la Directiva, aplicable «a todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el comerciante provee o se compromete a proveer un servicio al consumidor y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio»<sup>27</sup>.

## 3. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO

La dependencia contextual de los tipos contractuales en el *acquis communautaire* soslaya el Derecho Procesal Civil europeo. Aquí la distinción entre contrato de venta y contrato de servicios es importante para la determinación de las jurisdicciones especiales y facultativas, contempladas en el Reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento (CE) 44/2001)<sup>28</sup>. Para ambos tipos contractuales, de «compraventa de mercaderías» y de «prestación de servicios», el artículo 5, número 1, letra b), Reglamento (CE) 44/2001 establece una única competencia jurisdiccional en el lugar de realización de la prestación característica, el cual será fijado de manera autónoma. En el caso de la venta de

<sup>26</sup> Más sobre esto, TWIGG-FLESNER, «Fit for purpose? The proposals on Sales», en HOWELLS/SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Múnich, 2009, pp. 147, 152.

<sup>27</sup> *Ídem*.

<sup>28</sup> Reglamento (CE) número 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil.

bienes muebles, la competencia jurisdiccional queda establecida en el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías. En cuanto a la prestación de servicios, la competencia jurisdiccional queda establecida en el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios. La determinación de la competencia jurisdiccional, en virtud del artículo 5, número 1, letra b, Reglamento (CE) 44/2001, requiere, pues, la determinación del tipo contractual<sup>29</sup>.

En el ámbito del Derecho Procesal Civil europeo, no así en el Derecho europeo de Defensa del Consumidor, el TJCE ya había tenido varias veces ocasión de formular directrices para la delimitación entre el contrato de compraventa y el contrato de servicios; así, por última vez, en febrero de 2010, mediante la Sentencia en el asunto *Car Trim*<sup>30</sup>. Los criterios desarrollados por el TJ en dicha ocasión tienen aplicación primaria en el Derecho procesal civil europeo; sin embargo, también ofrecen una cierta orientación a la hora de perfilar los tipos contractuales en el Derecho material del *acquis communautaire*, por cuanto el propio TJCE, en la interpretación del Reglamento (CE) 44/2001, traza un paralelismo con los modelos contractuales de la Directiva 1999/44/CE. El fondo del asunto *Car Trim* era un contrato celebrado entre un fabricante italiano de sistemas de *airbag* para automóviles y un proveedor alemán de dichos sistemas. La fabricación de los componentes se realizaba siguiendo instrucciones detalladas del comitente italiano, para garantizar la compatibilidad con los demás componentes en el proceso de fabricación. Tras la rescisión del contrato por el comitente italiano, el suministrador reclamó indemnización por daños ante la jurisdicción alemana. Puesto que la competencia de los Tribunales alemanes sólo podía entenderse en virtud del artículo 5, número 1, letra b), Reglamento (CE) 44/2001, se planteaba la cuestión de si el contrato había de calificarse como contrato de compraventa, o como contrato de servicios, y, en caso de considerarse contrato de compraventa, cuál sería el lugar de cumplimiento del contrato. A instancia del Tribunal Supremo Federal alemán, el TJCE resolvió la primera cuestión –de interés aquí solamente a efectos de mayor abundamiento– a favor del contrato de compraventa<sup>31</sup>. Especial interés reviste la argumentación del

<sup>29</sup> La interpretación de los conceptos de «prestación de servicios» y «compraventa de mercaderías», en el sentido del Reglamento (CE) número 44/2001, es también fundamental para la interpretación de dichos conceptos en el artículo 4, apartado 1, Reglamento Roma I (cfr. Considerando número 17, Reglamento Roma I).

<sup>30</sup> TJCE, 25 de febrero de 2010, C-381/08-*Car Trim GmbH/KeySafety Systems Srl*, NJW 2010, 1059.

<sup>31</sup> En cuanto a la segunda cuestión sobre la determinación autónoma del lugar de cumplimiento del contrato, en el marco del artículo 5, número 1, letra b) Reglamento (CE)

TJCE, que formula *tres directrices* para la delimitación entre los contratos de compra y los de servicios.

*En primer lugar*, el TJCE subraya que a la calificación del contrato como de compraventa no se opone el hecho de que la mercancía que ha de entregarse deba ser fabricada o producida previamente<sup>32</sup>. Como fundamentación, el TJCE aduce el artículo 1, apartado 4, Directiva 1999/44/CE y el artículo 3, apartado 1, CNUCIM, así como el artículo 6, apartado 2, de la Convención de Naciones Unidas sobre Prescripción<sup>33</sup>. No obstante, el TJCE no aborda las diferencias, mencionadas más arriba<sup>34</sup>, entre los respectivos conceptos del contrato de obra: muy amplio en la Directiva 1999/44/CE y algo más estricto en la CNUCIM<sup>35</sup>. Queda, pues, abierta la cuestión de si los contratos excluidos del artículo 3, apartado 1, CNUCIM, en los que el propio comitente es el proveedor de una parte considerable de los materiales necesarios para la fabricación o la producción del bien, han de ser calificados como contratos de compra o como contratos de servicios, en virtud del artículo 5, número 1, letra *b*), Reglamento (CE) 44/2001.

*En segundo lugar*, no obstante, el TJCE destaca que, con vistas a la clasificación del contrato, es de absoluta importancia considerar la procedencia de los materiales que han de emplearse<sup>36</sup>. Si el comitente es el proveedor de todos, o de la mayoría de los materiales con los que ha de fabricarse el bien, esta circunstancia puede suponer un criterio para considerar el contrato como un «contrato de prestación de servicios». Por el contrario, el caso inverso, en el que el comitente no sea el proveedor de los materiales, puede ofrecer un indicio claro de que se trata de un «contrato de suministro de cosas muebles». El factor determinante, para el TJCE, es el *peso relativo de la prestación del servicio* en el contrato, en comparación con el suministro de la cosa. Según la procedencia de los materiales, este peso relativo puede resultar mayor o menor. Un criterio semejante encontramos también en el artículo 3, apartado 1,

número 44/2001, v. METZGER «Zum Erfüllungsortgerichtsstand bei Kauf- und Dienstleistungsverträgen gemäß der EuGVVO», IPRax 2010, pp. 420, 423 y ss.; MITTMANN, «Die Bestimmung des Lieferortes beim Versendungskauf im Rahmen von art. 5 nr. 1 lit. b EuGVVO nach der Entscheidung "Car Trim" des EuGH», IHR 2010, pp. 146 y ss.

<sup>32</sup> TJCE, NJW 2010, 1059, notas marginales 33-39.

<sup>33</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, del 14 de junio de 1974 (no ratificada por Alemania), UN Doc. A/CONF. 63/15. El TJCE se remite también a su jurisprudencia en la interpretación del concepto de *contratos públicos de suministro* en el artículo 1, apartado 2, letra *c*), sub-apartado 1, de la Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (2004/18/CE), *cf.*: TJCE, 11. 6. 2009, C-300/07 (*Hans & Christophorus Oymanns*), NJW 2009, 2427.

<sup>34</sup> V. epígrafe I.1.

<sup>35</sup> Críticamente, METZGER, IPRax 2010, 420, 422.

<sup>36</sup> TJCE, NJW 2010, 1059, notas marginales 40 s.

CISG, el cual ha sido obviamente adoptado por el TJCE para la interpretación del Reglamento (CE) número 44/2001.

*En tercer lugar*, el TJCE señala que la responsabilidad del proveedor, en cuanto a la calidad y conformidad al contrato de la prestación, permite pensar en un contrato de compraventa, mientras que la responsabilidad del receptor, en cuanto a la recepción, permite asumir que se trata de un contrato de servicios<sup>37</sup>. Semejante recurso al compromiso de aportar una determinada calidad como criterio de delimitación entre contrato de compraventa y contrato de servicios ha encontrado, no obstante, una justificada crítica<sup>38</sup>. Este compromiso de calidad no parece un criterio convincente para la calificación del contrato como contrato de compraventa, pues un deber semejante existe también en aquellos contratos que, en el Derecho alemán, son considerados contratos de obra (p. ej., la elaboración de un informe) y que, según opinión generalizada, podrían encuadrarse como contratos de servicios, en el sentido del artículo 5, número 1, letra *b*), Reglamento (CE) 44/2001<sup>39</sup>.

#### IV. LA INTERPRETACIÓN DEL § 651 BGB DESDE LA ÓPTICA DEL *ACQUIS COMMUNAUTAIRE*

La nueva redacción del § 651 BGB ha sido objeto de considerable crítica en la literatura<sup>40</sup>. En algunas constelaciones de casos la aplicación del Derecho de compraventa no parece justa. Como consecuencia, no escasean las propuestas con vistas a una interpretación lo más restrictiva posible del § 651 BGB, todas las cuales contribuyen a frenar la expansión del Derecho de compraventa<sup>41</sup>. A continuación se ofrece un breve esquema de algunos casos problemáticos en esa zona fronteriza entre el Derecho del contrato de compraventa y el Derecho del contrato de obra. Las soluciones propuestas en la literatura deben ser contrastadas con las disposiciones del Derecho de la Unión. Este Derecho comunitario es relevante, no sólo para los contratos sobre bienes de consumo, contem-

<sup>37</sup> TJCE, NJW 2010, 2059, nota marginal 42.

<sup>38</sup> METZGER, IPRax 2010, 420, 422; Leible, EuZW 2010, pp. 303, 304.

<sup>39</sup> V. las referencias en METZGER, IPRax 2010, pp. 420, 422.

<sup>40</sup> Acusadamente PETERS, NZBau 2007, 1, quien considera que la Reforma del Derecho de Obligaciones «amputa» el Derecho del contrato de obra. POPESCU, BauR 2010, 1485, 1493, considera que el § 651 BGB es «fallido».

<sup>41</sup> V. sólo METZGER, AcP 204 (2004), 231y 263, y más recientemente POPESCU, «Der Anwendungsbereich des § 651 BGB im Lichte der BGH-und EuGH-Rechtsprechung», BauR 2010, pp. 1485, 1492 y ss., quien se declara a favor de interpretar el § 651 BGB, *a sensu contrario*. Sin embargo esto es difícilmente compatible con el tenor de la Ley y con la voluntad unívoca del legislador.

plados en la Directiva 1999/44/CE, sino también para el ámbito de aplicación de la transposición, que va más allá de la Directiva<sup>42</sup>. Aquí no existe una obligación basada en el Derecho de la UE de hacer una interpretación conforme a la Directiva. La decisión del legislador nacional de someter al régimen regulatorio establecido por la Directiva algunos contenidos ajenos al ámbito de aplicación de la misma, permite suponer que busca una interpretación uniforme, sobre la base de dicha Directiva<sup>43</sup>.

## 1. TIPOS DE CONTRATOS EN EL DERECHO DE OBLIGACIONES Y EL RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN SEGÚN EL DERECHO DE COSAS

La nueva delimitación entre el Derecho del contrato de compraventa y el Derecho del contrato de obra ha originado una serie de tensiones entre el sistema de tipos contractuales del Derecho de obligaciones y las reglas del Derecho de cosas. Los conflictos normativos resultantes de la adopción del concepto amplio de contrato de compraventa en la Directiva 1999/44/CE son especialmente evidentes en la interpretación del concepto de *cosa mueble*, recogido en el § 651 BGB, y en la cuestión de la importancia que tiene la adquisición de la propiedad por el fabricante, en el sentido del § 950 BGB, en cuanto a la aplicación del 651 BGB.

### a) Cosas muebles

El § 651 BGB habla simplemente de «cosas muebles». A primera vista, este concepto parece hacer referencia a la diferenciación que se hace en el Derecho de cosas alemán entre bienes inmuebles, es decir, fincas, y partes integrantes de la finca (§ 94 BGB), y bienes muebles, entre los que también se encuentran los elementos temporales de la finca (§ 95 BGB)<sup>44</sup>. En realidad se trata de un término procedente del Derecho europeo y hace refe-

<sup>42</sup> Fundamental al respecto, HABERSACK/MAYER, «Die überschießende Umsetzung von Richtlinien», JZ 1999, p. 913; v. también MAYER/SCHÜRNBAND, «Einheitlich oder gespalten?—Zur Auslegung des nationalen Rechts bei überschießender Umsetzung von Richtlinien», JZ 2004, p. 545.

<sup>43</sup> HABERSACK/MAYER en Riesenhuber (ed.): *Europäische Methodenlehre*, Berlín 2006, § 15, nota marginal 39; v. también SCHULTE-NÖLKE/BUSCH: «Die mittelbare horizontale Direktwirkung umgesetzter EU-Richtlinien», en *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Múnich 2007, pp. 795, 810 y ss.

<sup>44</sup> Así, por ejemplo, RAAB en Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (eds.), *Das neue Schuldrecht*, Heidelberg 2002, § 9, nota marginal 8; Sienz: «Die Neuregelungen im Werkvertragsrecht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz», BauR 2002, 181, 190 y s.; también, con respecto a la Directiva 1999/44/CE, THODE, «EG-Richtlinie zu bes-



rencia al concepto de *bien de consumo* contemplado en el artículo 1, apartado 4, Directiva 1999/44/CE, y que se hace extensivo, según la propia definición del artículo 1, apartado 2, letra *b*), Directiva 1999/44/CE, a cualquier «bien mueble corpóreo»<sup>45</sup>.

El origen del § 651 BGB, basado en el Derecho de la Unión, requiere por ello una interpretación conforme con la Directiva para el concepto de cosa mueble recogido en la misma. El recurso a las categorías del Derecho de cosas en el Derecho nacional queda, por el contrario, excluido. La propia Directiva apenas ofrece criterios para la aplicación del Derecho. Ni siquiera el estudio del *acquis communautaire* ofrece una aclaración, puesto que hasta la fecha carecemos de un Derecho de cosas europeo con un cierto desarrollo<sup>46</sup>. Por esta razón tan sólo cabría plantearse una consideración naturalista, basada en la movilidad real de la cosa<sup>47</sup>. El concepto de movilidad concretado de esta forma es más estricto, pero a la vez más amplio que el concepto alemán de *cosa mueble*.

Las cosas que, bajo la denominación de elementos aparentes de la finca, en el sentido del § 95 BGB, sólo están unidas a la finca con una finalidad temporal, no se consideran partes integrantes de la finca, sino que se incluyen en las cosas muebles. Si tomamos esta clasificación como base para la interpretación del § 651 BGB, entonces habría que aplicar el Derecho de compraventa a un contrato para construir un edificio en el ejercicio de un derecho arrendaticio o un derecho de superficie. Y sin embargo existe unanimidad en que la aplicación de las disposiciones del Derecho de compraventa no sería equitativa en estas constelaciones de casos<sup>48</sup>. Con razón, pues, atendiendo a las disposiciones de la Directiva 1999/44/CE, se excluyen estos casos del ámbito de aplicación del § 651 BGB.

Más difícil de valorar es la clasificación de los contratos de suministro de cosas que han de fabricarse o producirse y que —como, por ejemplo, las cocinas modulares o las puertas y ventanas, que han de fabricarse individualmente— han de ser *integradas*

---

timmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter», ZfBR 2000, 363, 365, 367.

<sup>45</sup> No comprende los bienes ejecutados, ni los sujetos a otras medidas judiciales, ni el agua o el gas, cuando no se vendan en volumen o cantidad determinados, ni la energía eléctrica [art. 1, apartado 2, letra *b*), guiones 1 a 3, Directiva 1999/44/CE].

<sup>46</sup> También, SCHUHMAN, «Werkvertrag oder Kaufvertrag?—§ 651 BGB im Lichte der Verbrauchsgüter-kaufrichtlinie», ZGS 2005, 250, 252; RUDOLPH, p. 79.

<sup>47</sup> RUDOLPH, p. 80, con otras notas.

<sup>48</sup> Leupertz, en Prütting/Wegen/Weinreich: § 651 BGB, nota marginal 8; Voit, BauR 2009, 369, 370; NITSCHKE, BauR 2004, 1340, 1341; THODE: «Die wichtigsten Änderungen im BGB-Werkvertragsrecht: Schuldrechts-modernisierungsgesetz und erste Probleme-Teil 2», NZBau 2002, 360, 362; POPESCU: «Der Anwendungsbereich des § 651 BGB im Lichte der BGH- und EuGH-Rechtsprechung», BauR 2010, 1485, 1487.



en un edificio. Puesto que estos elementos, una vez integrados en el edificio, pierden su condición de cosa mueble y que, según el § 94 BGB, desde el punto de vista del Derecho de cosas, constituyen partes esenciales del edificio y, por tanto, de la finca, algunos autores excluyen dichos contratos del ámbito de aplicación del § 651 BGB<sup>49</sup>. Esta opinión queda avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán sobre el § 651 BGB (v.a.), según la cual la delimitación entre el Derecho de compraventa y el Derecho del contrato de obra dependería de la finalidad de la cosa, por lo que estos contratos quedarían sujetos al Derecho del contrato de obra<sup>50</sup>.

Sin embargo, el Alto Tribunal contradice claramente esta opinión en su Sentencia del 23 de julio de 2009<sup>51</sup>. El asunto de esta Resolución era un contrato de fabricación y suministro de los componentes de un depósito destinado al almacenamiento de pastillas de biocombustible. El contratista solamente estaba obligado al suministro de los componentes, los cuales fueron luego montados por el propio comitente sobre un soporte que él mismo había instalado. Dado que los componentes presentaban un grosor de chapa insuficiente y, por tanto, no tenían la rigidez necesaria, el comitente exigía una reparación posterior. El contratista se negó, alegando que el contrato se regía por el Derecho de compraventa, según el § 651 BGB y, por tanto, el comitente habría estado obligado, según los §§ 377 y 381, apartado 2, HGB, a revisar la mercancía y a denunciar los vicios; deber que dicho comitente no habría cumplido. Tanto el *Landgericht* como el *Oberlandesgericht* consideraron que el contrato se debía considerar contrato de obra y fallaron a favor del contratista. Sin embargo, el Tribunal Supremo alemán asumió la argumentación del comitente y falló que el contrato había de regirse por el Derecho del contrato de compraventa, en virtud del § 651 BGB. Según el criterio del Alto Tribunal, a la consideración de los componentes del depósito como cosas muebles, en el sentido del § 651 BGB, no se opone el que dichos componentes estuvieran destinados a ser montados sobre otros elementos, que finalmente serían instalados definitivamente en la finca. En opinión del Alto Tribunal, el único criterio determinante es el de si las cosas son cosas muebles en el *momento del suministro*<sup>52</sup>. No

<sup>49</sup> ULBRICH/ULBRICH, «Probleme der kaufmännischen Rücepflcht bei Werklieferungsverträgen in Verbindung mit Bauwerken», en *Festschrift für Thode*, 2005, pp. 149 y 150; SCHUDNAGIES, «Das Werkvertragsrecht nach der Schuldrechtsreform», NJW 2002, pp. 396, 398; OETKER/MAULTZSCH, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, 3.<sup>a</sup> ed., 2007, § 8, nota marginal 11; cuestionándolo MANKOWSKI, MDR 2003, pp. 854, 856.

<sup>50</sup> BGH, NJW 1980, 2081; BauR 1990, 603, 604.

<sup>51</sup> BGH, NJW 2009, 2877.

<sup>52</sup> BGH, NJW 2009, 2877, nota marginal 13; y también SCHUMANN, ZGS 2005, pp. 250, 251; RUDOLPH, p. 82.

resulta, pues, determinante la utilización prevista del objeto, sino únicamente el contenido de la obligación contractual<sup>53</sup>.

El fallo del Tribunal Supremo Federal tiene como consecuencia que aquellos contratos celebrados con una parte que se obliga a construir el edificio y también a fabricar y suministrar los componentes del mismo, se regirán por el Derecho del contrato de obra, mientras que aquellos contratos celebrados con quien meramente fabrica y suministra los componentes, se regirán fundamentalmente por el Derecho del contrato de compraventa. Puesto que en ambas constelaciones de casos se trata de contratos sujetos a un cierto resultado, la aplicación de regímenes diferentes puede parecer injustificada<sup>54</sup>. La contradicción implícita en esta valoración es asumida incluso por el Alto Tribunal, pero tiene su origen en la intención unívoca del legislador, que no da lugar a una reducción teleológica<sup>55</sup>. Una interpretación que dependiese de la finalidad de la instalación de los componentes suministrados tampoco sería muy acorde con la Directiva 1999/44/CE, pues ésta no ofrece argumentos para tal subjetivización del concepto de cosa mueble<sup>56</sup>.

## b) Adquisición de la propiedad de la cosa fabricada

El § 651 BGB rige para contratos que tienen por objeto es el *suministro* de cosas muebles que han de fabricarse o producirse. Análogamente a lo que ocurre en la interpretación del concepto de cosa mueble, algunos autores también abogan por una interpretación del concepto de *suministro* desde el punto de vista del Derecho de cosas<sup>57</sup>. El concepto de *suministro*, en el sentido del § 651 BGB, hace referencia a una transmisión negocial de la propiedad. De aquí se desprende que el § 651 BGB no es de aplicación a aquellos contratos en los del § 950 BGB, en los que el comitente adquiere la propiedad de la cosa fabricada por fuerza de Ley, pues aquí no

<sup>53</sup> Voit, LMK 2009, 291387.

<sup>54</sup> Así también, RUDOLPH, p. 83.

<sup>55</sup> BGH, NJW 2009, 2877, argumentos número 16 y s.

<sup>56</sup> BGH, NJW 2009, 2877, argumento número 17; asimismo, RUDOLPH, p. 84, quien también señala que una tal interpretación del concepto de «mueble», independiente del uso a que esté destinado, se ciñe a la interpretación del concepto de «mercadería» según la CISG, la cual, por otra parte, habría apadrinado la concepción de la Directiva 1999/44/CE. En cuanto al concepto de mercadería en la CISG, v. STAUDINGER/MAGNUS (2005), Art. 1 CISG, nota marginal 50, con otras notas; v. también *Rechtbank Zwolle*, 29. 1. 2003, en <http://www.cisg.law.pace.edu>, junto con PILTZ, «Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht», NJW 2005, 2126, 2127.

<sup>57</sup> Voit, BauR 2002, 145; Ídem en: BeckOK, § 651; Jauernig/Mansel, 13.<sup>a</sup> ed. 2009, § 651 BGB, nota marginal 1; similarmente, Konopka/Acker, «Schuldrechtsmodernisierung-Anwendungsbereich des § 651 BGB im Bau-und Anlagenbauvertrag», BauR 2004, 251, 255.

ha lugar a la adquisición negocial de la propiedad, necesaria según el § 651 BGB. Esta solución tiene como consecuencia que a los contratos de fabricación de cosas muebles, cuyos materiales de partida sean proporcionados por el comitente –como ya ocurría en el Derecho antiguo– se aplica con toda propiedad el Derecho del contrato de obra.

Existen, sin embargo, dos argumentos de peso en contra de una interpretación del concepto de suministro conforme al Derecho de cosas. Por una parte, esto tendría como consecuencia que el ámbito de aplicación del § 651, apartado 2, BGB –que precisamente contempla aquellos casos en que los materiales de partida son proporcionados por el comitente– quedaría fuertemente restringido. Esto es difícilmente compatible con el tenor de la Ley y con la voluntad del legislador<sup>58</sup>. Por otra parte, una tal interpretación tampoco cumple los requisitos de una interpretación del § 651 BGB conforme a la Directiva. El concepto de «suministro» contemplado en el artículo 1, apartado 4, de la Directiva 1999/44/CE exige una interpretación autónoma para el Derecho europeo, independiente del Derecho de cosas de los Estados miembros. La aplicación de los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros permitiría a éstos ampliar o restringir el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/44CE para los contratos de fabricación de cosas muebles, mediante la correspondiente adaptación del régimen de atribución<sup>59</sup>.

Contra una interpretación que tenga como resultado que el § 651, inciso 2, BGB, se vea en gran medida privado de su ámbito de aplicación habla también el hecho de que dicha disposición fue creada expresamente como transposición del artículo 2, apartado 3, alternativa 2.<sup>a</sup>, Directiva 1999/44/CE. No es de suponer que, por una parte, al elaborar la Directiva se haya pretendido, en el artículo 2, apartado 3, alternativa 3.<sup>a</sup>, Directiva 1999/44/CE, una regulación expresa para los casos de vicios en los materiales aportados por el comprador [sic] para, a continuación, excluir estos casos de su ámbito de aplicación mediante una interpretación del concepto de suministro, en el artículo 1, apartado 4, de dicha Directiva, propia del Derecho de cosas<sup>60</sup>. Por esta razón, la única solución lógica es que la interpretación del concepto de suministro no sea la del Derecho de cosas, sino, antes bien, una de índole *económica*<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> MANKOWSKI, MDR 2003, 854, 855.

<sup>59</sup> HAGEN, JZ 2004, 713, 714; en el mismo sentido, KRUG, *Die Verweisung von Bau- und Anlagenverträgen in das Kaufrecht durch § 651 BGB*, Würzburg 2009, p. 108.

<sup>60</sup> KRUG, p. 108; en sentido similar, SCHUHMAN, ZGS 2005, pp. 250 y 255.

<sup>61</sup> HAGEN, JZ 2004, 713, 715; Staudinger/Peters/Jacoby (2008), § 651 nota marginal 13.

Aun así, esta solución sigue siendo insatisfactoria con respecto a la garantía del contratista. Si es el comitente quien aporta los materiales de partida, entonces, según la opinión dominante, el comitente será considerado el «fabricante» en el sentido del § 950 BGB, y adquirirá, por fuerza de Ley, la propiedad de la nueva cosa fabricada. Esto tendrá como consecuencia que el contratista no podrá garantizarse su pretensión al precio de venta mediante una reserva de dominio. Sin embargo –a diferencia de lo que ocurre en el contrato de obra– no tiene legalmente el derecho de pignoración sobre la nueva cosa fabricada, puesto que el § 651, inciso 2, BGB no remite al § 647 BGB. Las garantías podrían ser atendidas mediante la pertinente adaptación del concepto de fabricante en el § 950 BGB, haciendo coincidir esta figura, no con el comitente, sino con el contratista<sup>62</sup>. El conflicto normativo entre el § 651 BGB y el § 950 BGB no puede resolverse mediante el Derecho de obligaciones, sino mediante el Derecho de cosas. Si se rechaza esa «irradiación del Derecho de cosas sobre la interpretación del § 651 BGB conforme a la Directiva, sólo quedaría como alternativa la recomendación al contratista de reservarse, mediante acuerdo contractual, el derecho de pignoración sobre la cosa nueva que ha de ser fabricada<sup>63</sup>.

## 2. CONTRATOS DE SUMINISTRO CON OBLIGACIÓN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

También es objeto de controversia la cuestión de si el § 651 BGB incluye aquellos contratos, cuyo programa obligacional comprende, junto con el suministro de una cosa mueble, elementos esenciales de prestación de servicios, en especial los relativos a planificación e instalación.

### a) Prestaciones intelectuales

La cuestión anterior tiene fácil respuesta en aquellos contratos, en los que una cosa mueble ha de ser fabricada y suministrada, pero en los que el peso del contrato recae sobre una prestación inte-

<sup>62</sup> Así, RÖTHEL, NJW 2005, 625; aún va más allá Zirkel: «Sind Ausschlussfristen für erkennbare Mängel in AGB für werkvertragliche Leistungen passé?», NZBau 2006, pp. 412 y 414: La adaptación del concepto de fabricante en el § 950 BGB sería, incluso, recomendable con vistas a una interpretación conforme a la Directiva. Sin embargo, esto nos llevaría demasiado lejos, puesto que la Directiva no regula cuestiones relativas al Derecho de cosas.

<sup>63</sup> Cfr. HAGEN, JZ 2004, pp. 713 y 718.

lectual, por ejemplo, la elaboración de un informe, de un plano arquitectónico o de un folleto publicitario<sup>64</sup>. De hecho, en estos casos la prestación suele tener realizarse sobre un objeto corpóreo, por ejemplo una versión impresa del informe. Sin embargo, la caracterización tipológica del contrato, no debe depender del hecho de que la obra intelectual sea suministrada al comitente en forma corpórea o incorpórea, por ejemplo en versión electrónica.

Este mismo argumento debería permitir rechazar la aplicación del § 651 BGB a los casos de elaboración de software individual, independientemente de que éste sea suministrado en un soporte físico<sup>65</sup>. También en este caso es la prestación de un servicio de programación, y no el suministro de una cosa mueble, el factor relevante<sup>66</sup>. La cuestión sobre la aplicabilidad del § 651 BGB se plantea asimismo en los contratos relativos a la producción de obras artísticas (por ejemplo, un retrato de encargo). Con toda razón rechaza la literatura predominante la aplicación del § 651, inciso 1, BGB, con el argumento de que la obra de arte, como cosa mueble<sup>67</sup>, es una mera manifestación de una prestación intelectual, la cual constituye el verdadero núcleo del programa obligacional del contrato<sup>68</sup>.

## b) Prestaciones de planificación

Algunos autores también excluyen del ámbito de aplicación del § 651 BGB a aquellos contratos relativos a la fabricación y suministro de bienes de inversión típicos que conllevan una *considerable planificación*<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> Palandt/Sprau, 69.<sup>a</sup> ed. 2010, § 651 BGB, nota marginal 5; METZGER, AcP 204 (2004), pp. 231 y 247; Leistner: «Die "richtige" Auslegung des § 651 BGB im Grenzreich von Kaufrecht und Werkvertragsrecht», JA 2008, pp. 81 y 83.

<sup>65</sup> Oetker/Maultzsch, § 8, nota marginal 11; METZGER, AcP 204 (2004), pp. 231 y 247; v. también Mankowski, MDR 2003, pp. 854 y 857. Una panorámica sobre la opinión común, en Rudolph, pp. 240 y ss.

<sup>66</sup> Sobre la larga discusión acerca de si el software informático debe ser considerado como cosa, v. SCHWEINICH, «Geänderte Vertragstypen in Software Projekten», CR 2010, 1; MAUME/WILSER: «Viel Lärm um nichts? Zur Anwendung von § 651 BGB auf IT-Verträge», CR 2010, 209; BARTSCH: «Software als Rechtsgut», CR 2010, p. 553; v. también LEISTNER, JA 2008, pp. 81, 86 y ss., con otras notas.

<sup>67</sup> Sobre obras de arte no movibles y en aquellos contratos que sólo tengan por objeto la transformación de una obra de arte preexistente, se excluye la aplicación del § 651 BGB; cf. RUDOLPH, p. 231.

<sup>68</sup> V. sólo Palandt/Sprau, 69.<sup>a</sup> ed. 2010, § 651, nota marginal 5; Staudinger/Peters/Jacoby (2008), § 651, nota marginal 14; en otro sentido, Metzger, AcP 204 (2004), pp. 231, 248 y 263, quien señala que, según la regla de presunción del § 44, apartado 1, UrhG, el comitente no adquiere, por lo general, el derecho de usufructo de patente, sino meramente la obra en sí. Se trataría en estos casos, también, de la propiedad de la cosa misma.

<sup>69</sup> METZGER, AcP 204 (2004), pp. 231 y 263; en el mismo sentido, Palandt/Sprau, 69.<sup>a</sup> ed. 2010, § 651, nota marginal 5. Considera especialmente los contratos sobre fabricación de prototipos de máquinas complejas.

Esta opinión ha sido rebatida por el Tribunal Supremo Federal en la mencionada Sentencia del 23 de julio de 2009<sup>70</sup>. El contrato objeto del litigio estipulaba que el contratista no sólo debía fabricar y suministrar los componentes para la construcción del silo, sino también había realizado un estudio técnico. Atendiendo a esta labor de planificación por parte del contratista, que va más allá de la mera fabricación y suministro, el *Oberlandesgericht* de Nuremberg asumió que el contrato debía regirse por el Derecho del contrato de obra. Sin embargo, en opinión del Tribunal Supremo Federal alemán, este elemento de planificación no era suficiente para que el núcleo de este contrato quedase sometido al Derecho del contrato de obra. Aquellas prestaciones de planificación que supongan meramente una *fase previa* para la prestación fundamental del contrato de fabricación de componentes no se oponen, en opinión del Alto Tribunal, a la aplicación del Derecho de compraventa como norma general<sup>71</sup>. En caso contrario, el § 651 BGB quedaría en gran medida vacío de contenido, pues toda fabricación de una cosa no fungible requiere una cierta labor de planificación<sup>72</sup>. Consideración distinta es la que hay que hacer cuando la prestación de planificación domina en tal grado que constituye el *núcleo del contrato* y, por tanto, requiere la aplicación del Derecho del contrato de obra<sup>73</sup>.

La sentencia del Alto Tribunal debería ser conforme con la Directiva 1999/44/CE. La Directiva no especifica a partir de qué punto las prestaciones adicionales a la fabricación y suministro de una cosa mueble hacen que el contrato en cuestión quede fuera del ámbito de aplicación de la Directiva. Precisamente carece de una disposición semejante al artículo 3, apartado 2, CISG, el cual establece que la CISG no rige para aquellos contratos «en los que la parte *principal* de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios». La comparación de ambos textos avala el argumento de que el umbral de aplicación de la Directiva 1999/44/CE –en interés de una defensa del consumidor lo más eficaz posible– ha de ser más alto que el contemplado en la CNUCIM. Únicamente aquellos contratos en los que la prestación de servicios constituya un elemento *claramente predominante* en el conjunto de las obligaciones deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva.

<sup>70</sup> BGH, NJW 2009, p. 2877.

<sup>71</sup> BGH, NJW 2009, p. 2877, nota marginal 25.

<sup>72</sup> Así también, Messerschmidt/Leidig, en Messerschmidt/Voit: *Privates Baurecht* (2008), § 651 BGB, nota marginal 49.

<sup>73</sup> BGH, NJW 2009, 2877, nota marginal 25. El Alto Tribunal aduce como ejemplo un contrato, en el que lo fundamental es la planificación de un problema de construcción.



### c) Servicio de instalación

La cuestión de si la asunción de una obligación en cuanto a la prestación de un servicio, que se suma a la fabricación y suministro de una cosa mueble, se opone a la aplicación del § 651 BGB, se plantea no sólo en relación con aquellas prestaciones que se realizan *antes* de la fabricación, sino también con respecto a aquellas que se realizan después, o *en el momento* o *después* del suministro. En estos casos se trata fundamentalmente de contratos de suministro con obligación de realizar la instalación.

A primera vista, la respuesta a la cuestión de la clasificación tipológica de estos contratos parece encontrarse en el § 434, apartado 2, inciso 1, BGB. Según esta disposición, existe vicio material también cuando la instalación acordada por el vendedor o sus auxiliares no resulte conforme. La regulación de los contratos de suministro con obligación de instalación, contemplada en el § 434, apartado 2, inciso 1, BGB, avala, podría pensarse, la inclusión de dichos contratos en el régimen del contrato de compraventa. Sin embargo, esta conclusión es errónea. El § 434, apartado 2, inciso 1, BGB no regula por sí mismo la adscripción tipológica de los contratos. Su aplicación presupone, más bien, la consideración del contrato como contrato de compraventa. En otras palabras: el § 434, apartado 2, inciso 1, BGB forma meramente parte del *programa de consecuencias jurídicas* del Derecho de compraventa<sup>74</sup>. A favor de esta interpretación de la norma cabe invocar también el artículo 2, apartado 5, Directiva 1999/44/CE, cuya transposición encontramos en el § 434, apartado 2, inciso 1, BGB. El tenor del artículo 2, apartado 5, Directiva 1999/44/CE requiere que «la instalación esté incluida en el contrato de compraventa». Así, pues, los casos relativos a la instalación sólo quedan comprendidos en la Directiva cuando el núcleo del contrato se centra en la obligación de prestar un servicio<sup>75</sup>.

Al igual que en el caso de las prestaciones de planificación previa a la fabricación, el umbral de aplicación debe ser aquí más alto que el establecido por el artículo 3, apartado 2, CNUCIM. Fuera del ámbito de aplicación de la Directiva quedarían, entonces, solamente aquellos casos en que las prestaciones relativas a la instalación supondrían una parte claramente predominante del programa obligacional del contrato. La Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán, del 3 de marzo de 2004 (adoptada según el antiguo Derecho de obligaciones), según la cual un contrato de suministro

<sup>74</sup> Coincide RUDOLPH, p. 188, con otras notas.

<sup>75</sup> SCHUHMAN, ZGS 2005, pp. 250, 252 y ss.; en este mismo sentido, RUDOLPH, p. 190.



e instalación de una placa solar era considerado un contrato de compraventa, puesto que la remuneración por la instalación suponía una parte relativamente pequeña, aproximadamente entre el 20 y el 25 por 100, de la remuneración total, seguiría siendo plenamente convincente, desde el punto de vista del Derecho actual.

## V. CONCLUSIONES

La nueva delimitación de la frontera entre el Derecho de compraventa y el Derecho del contrato de obra, en el marco de la Reforma del Derecho de Obligaciones, ha dado lugar a una serie de contradicciones en la valoraciones y conflictos normativos, tanto dentro del propio Derecho de obligaciones como en su relación con el Derecho de cosas. La causa de estas tensiones tectónicas se halla esencialmente en la decisión del legislador alemán de colocar el concepto de contrato de compraventa de la Directiva 1999/44/CE, muy imbuido del principio de protección al consumidor, en la base del nuevo sistema contractual nacional. Sin embargo, al hacerlo no ha prestado suficiente atención al hecho de que el sistema de clasificación contractual en el Derecho europeo secundario persigue fines distintos que los correspondientes sistemas de clasificación de los tipos contractuales que encontramos en los ordenamientos de los distintos Estados miembros. Así, el empleo del término *contrato de compraventa* en la Directiva 1999/44/CE sólo sirve para determinar el ámbito material de aplicación de las disposiciones relativas a la defensa del consumidor, contenidas en dicha Directiva. La inclusión en un sistema de tipos contractuales –aún inexistente a nivel europeo– no está directamente relacionada con la clasificación de un contrato como *contrato de compraventa*. Por esta razón también crea incertidumbre el intento del TJCE de crear un sistema de tipos contractuales extensivo de todos los ámbitos de aplicación, a modo de puente entre el Derecho Procesal Civil europeo y el Derecho europeo de defensa del consumidor. Dada la fuerte dependencia contextual de los conceptos de *contrato de compraventa* y *contrato de servicios* tal como aparecen en los actos jurídicos secundarios, resulta dudoso que realmente puedan encontrarse criterios uniformes para estos términos. Las experiencias mixtas en la adopción del amplio concepto del Derecho de compraventa, plasmado en la Directiva 1999/44/CE, deberían ser tenidas en consideración al abordar los próximos pasos legislativos en el camino hacia la ampliación del sistema en el marco del *acquis communautaire*, especialmente

en los actuales trabajos tendentes a consolidar un Marco Común de Referencia y un Derecho contractual europeo de carácter opcional. En cualquier caso, parece dudoso que la amplia definición del concepto de contrato de compraventa, tal como aparece recogida en el artículo IV.A.-1:102 DCFR, evidentemente inspirada en el modelo de la Directiva 1999/44/CE, y en la que se echan en falta las restricciones derivadas del artículo 3, apartados 1 y 2, CNUCIM, constituya un fundamento adecuado para ello.



# Los límites temporales de la responsabilidad por defectos en la obra

**MARÍA LUISA PALAZÓN GARRIDO**

Profesora contratada doctora de Derecho civil  
Universidad de Granada

## RESUMEN

*Este trabajo analiza los límites temporales de la responsabilidad por defectos de la obra, con una perspectiva de Derecho comparado entre los ordenamientos jurídicos español y alemán.*

*El estudio evidencia que mientras el Derecho alemán opta por el sistema de plazo único de garantía y prescripción para todos los defectos de la obra y todos los tipos de bienes; el Derecho español articula regímenes distintos, según se trate de bienes muebles o inmuebles. Así pues, para las obras relativas a bienes muebles, se sigue la línea alemana del plazo único, pero en materia de responsabilidad por defectos de la construcción en inmuebles, el Código civil y la Ley de Ordenación de la Edificación establecen un doble plazo de garantía y prescripción. El plazo de garantía es el período de tiempo durante el cual puede nacer la acción de responsabilidad a favor del comitente y el plazo de prescripción es el tiempo de que dispone el perjudicado para ejercitar la acción.*

*El análisis de estas diferentes opciones legislativas se realiza desde el sistema del caso, con el objetivo de dejar patente cómo los límites temporales en la responsabilidad por defectos determinan el grado de protección de los sujetos intervinientes.*

## PALABRAS CLAVE

*Contrato de obra; responsabilidad por defectos en la obra; contrato de obra de bienes muebles; contratos de obra celebrados con consumidores; contrato de obra sobre vehículos a motor; contrato de obra de bienes inmuebles; ruina de edificios; plazo de garantía, plazo de prescripción.*

**ABSTRACT**

*This paper examines the temporal limits on the liability for defects of the works, with a perspective of comparative Law between Spanish and German legal systems.*

*The study shows that while the German Law provides an only period of warranty and prescription for all defects in the works and all types of property; the Spanish Law regulates different regimes, depending on whether real or personal property. So, for the works contract affecting personal property, follows the German line of single period, but for the defects relating real property (building contracts), the Civil Code and the Building Management Law established a double period of warranty and prescription. The warranty term is the period in which the action of liability may be born for the principal, and the prescription term is the period in which this action is available for the injured party.*

*The analysis of the different legislative options is made using the case system, in order to display how the temporal limits on liability for defects determine the degree of protection of the involved parties.*

**KEY WORDS**

*Works contract; liability for defects on the works; work execution contract on personal property; works contracts concluded by consumers; contract of works on motor vehicles; work execution contract on real property; ruin of buildings; warranty term; prescription term.*

**SUMARIO:** I. *Límites temporales del ejercicio de las acciones de responsabilidad por defectos en el ordenamiento jurídico español: carencia de un régimen legal uniforme.*—II. *El régimen aplicable a la responsabilidad por defectos en el contrato de obra de bienes muebles:* 1. Régimen general. 2. Regímenes especiales: 2.1 Plazo de prescripción que debe aplicarse a las acciones derivadas de contratos mercantiles de obra. 2.2 La prescripción en los contratos de obra celebrados con consumidores. En especial, la ejecución de obra sobre vehículos a motor.—III. *El régimen aplicable a la responsabilidad por defectos en el contrato de obra de bienes inmuebles:* 1. La disciplina del artículo 1591 CC. La construcción jurisprudencial de la responsabilidad por ruina de edificios: 1.1 La responsabilidad extracontractual y la responsabilidad decenal: sus diferentes plazos de prescripción. 1.2 La responsabilidad por ruina y saneamiento por vicios. 1.3 Los plazos de garantía y prescripción de la acción decenal del artículo 1591 CC. 1.4 La prescripción de la acción de reclamación: inicio del cómputo y su interrupción. 1.5 Acción de repetición. 2. La responsabilidad por daños materiales en los edificios derivados de defectos de construcción en la Ley de ordenación de la edificación: 2.1 Daños que dan lugar a responsabilidad conforme a la LOE: daños materiales causados en el edificio. Los plazos de garantía: 2.2.1 La diversidad de plazos de garantía en la LOE. 2.2.2 Cómputo. 2.3 Los plazos de prescripción de las acciones: 2.3.1 Prescripción de las acciones del artículo 17 LOE. 2.3.2 Prescripción de la acción de regreso.—IV. *Conclusiones.*

## I. LÍMITES TEMPORALES DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: CARENCIA DE UN RÉGIMEN LEGAL UNIFORME

A la hora de disciplinar los límites temporales al ejercicio de las acciones de responsabilidad por defectos, los ordenamientos pueden optar por un único plazo de prescripción o por el establecimiento de un doble plazo de prescripción y garantía.

Eligen la primera opción (plazo único de garantía y prescripción) el Derecho francés (arts. 1792-4-1 y 1792-4-2 *Code civil*: diez o dos años) o el Proyecto de modificación del contrato de obra en el Código civil de 1994 (art. 1595, plazo de tres años), así como el Código civil alemán (§ 634) y el Código civil español en materia de obras relativas a bienes muebles. Semejante sistema es menos protector para el comitente perjudicado ya que, aparte de que el tiempo para acudir a los tribunales es mayor en unos casos que en otros, trae como consecuencia, respecto de los daños evidenciados en la época final del plazo, la ineffectividad de la responsabilidad<sup>1</sup>.

La segunda opción es la preferida por el Derecho español en materia de responsabilidad por defectos de la construcción en bienes inmuebles y concretamente, en edificios, tanto en la regulación del Código civil como en la de la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre, en adelante, LOE). A grandes rasgos, ello supone el establecimiento de un plazo de garantía, esto es, un tope temporal dentro del cual se deben manifestar los defectos. Una vez surgidos, se dispondrá del pertinente plazo de prescripción para reclamar su reparación *in natura* o por equivalente.

En consecuencia, el plazo de garantía es el período de tiempo durante el cual puede nacer la acción de responsabilidad a favor del comitente y el plazo de prescripción es el tiempo del que dispone el perjudicado para ejercitar dicha acción<sup>2</sup>. Durante el lapso temporal denominado «de garantía» el ordenamiento jurídico presume que las deficiencias son originarias e imputables a los participantes en la actividad constructiva (presunción de culpa),

<sup>1</sup> Vid. G. GARCÍA CANTERO, «La responsabilidad por ruina de los edificios *ex artículo 1591 del Código civil*», en *ADC*, 1963, p. 1108; y J. M. RUIZ RICO y M. L. MORENO TORRES, *La responsabilidad civil en la Ley de ordenación de la edificación*, Comares, Granada, 2002, p. 185.

<sup>2</sup> Vid. por todas, las SSTS de 13 de diciembre de 2007 (*RJ* 2008/52); 23 de mayo de 2005 (*RJ* 6362); 20 de julio de 2002 (*RJ* 7473); 8 de octubre de 2001 (*RJ* 7549), etc.

así como también se presume la existencia del nexo causal<sup>3</sup>. Es decir, si los daños se manifiestan en el período de garantía hay que conectarlos necesariamente con la actividad defectuosa o inactividad de los agentes de la construcción. Por consiguiente, el comitente (o su causahabiente) sólo tendrá que probar el daño sufrido y que éste se manifestó en el período de garantía para que, automáticamente, la Ley asigne o atribuya la responsabilidad a los agentes de la construcción. Será, pues, a esos agentes a quienes corresponda probar la inexistencia de ese nexo o de esa culpa presunta<sup>4</sup>.

En el Derecho alemán, sin embargo, al no existir plazo alguno de garantía, el comitente deberá probar no sólo el daño, sino que el defecto que lo ha causado es de carácter originario (salvo en los casos en que sea de aplicación la Directiva 99/44), y oportunamente demostrados ambos extremos, será de aplicación la presunción de culpa del § 280.1 BGB (norma de la parte general) por remisión expresa del § 634 BGB.

A pesar de que los fines a los que sirve la fijación del doble plazo temporal están presentes en todo contrato de obra, cualquiera que sea su objeto, y los beneficios que de la distinción se derivan son patentes, un simple vistazo a la legislación española pone de manifiesto la falta de uniformidad en la materia, al articularse regímenes distintos según se trate de bienes muebles o inmuebles. E incluso, dentro de estos tipos de bienes, hay que discriminar dependiendo de la fecha de la licencia de edificación, en el caso de obra inmueble, o de la clase de bien mueble ante la que se esté.

Por esta causa, a continuación, intentaremos exponer el régimen jurídico aplicable a los distintos bienes. A estos efectos y con el fin de evidenciar las consecuencias prácticas de las diferentes opciones legislativas, acudiremos en ocasiones al sistema del caso, utilizando para ello la prolija jurisprudencia de nuestros Tribunales. Dado que la finalidad de este trabajo es la comparación entre regímenes, se analizará en primer lugar el supuesto a la vista del ordenamiento español, para después exponer brevemente la solución desde el Derecho alemán. El objetivo de la comparación es dejar patente cómo los límites temporales en la responsabilidad por defectos determinan el grado de protección de los sujetos intervinientes.

---

<sup>3</sup> El Tribunal Supremo, en sentencia de 2 junio 2005 (*RJ* 5308), tiene declarado que estamos ante «una responsabilidad objetiva pura y durísima; no se trata tanto de una presunción de culpa, sino de una imputación de responsabilidad a cargo de unas personas a quienes se atribuye la ruina por darse el nexo causal, siempre que el vicio se dé en el plazo de garantía»

<sup>4</sup> *Vid.* RUIZ RICO y MORENO TORRES, *op. cit.*, pp. 9 y ss.



## II. EL RÉGIMEN APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS EN EL CONTRATO DE OBRA DE BIENES MUEBLES

### 1. RÉGIMEN GENERAL

El problema es que en la normativa del Código civil español respecto del contrato de obra mueble no existe ningún precepto atinente a la responsabilidad por defectos en la construcción.

Una posible solución es el recurso al artículo 1553 CC que dispone que «son aplicables al contrato de arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa». Esta remisión al contrato de compraventa, supondría la aplicación de las acciones por saneamiento por vicios ocultos, reguladas en el artículo 1484 y siguientes del Código civil. En principio, la aparición de vicios ocultos en bienes muebles objeto del contrato de obra (construcción o reparación), parece caber en el supuesto de hecho de la norma: defectos ocultos que tuviere la cosa y que la hacen impropia para el uso a que se la destina, o disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comitente, no habría aceptado la cosa o habría dado menos precio por ella; exclusión hecha de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista o aquellos que no lo estuvieren, si el comitente es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos.

A pesar de ello, la aplicabilidad de esta normativa por remisión del artículo 1553 CC es discutible, pues dicho precepto se encuentra situado en la regulación del contrato de arrendamiento de cosas (fincas urbanas y rústicas); así pues, sólo podría sustentarse mediante el recurso a la analogía (art. 4 CC). Sin embargo, esta solución, además de ser forzada, tendría el inconveniente del reducido plazo de estas acciones: seis meses a contar desde la entrega (art. 1490 CC), siendo considerado por la jurisprudencia dominante como plazo de caducidad<sup>5</sup>.

Por ello, la doctrina se inclina por considerar que se está ante una ejecución defectuosa de su prestación por parte del contratista, que deberá tratarse según las reglas generales de las obligaciones<sup>6</sup>.

Habría, pues, en estos casos, cumplimiento defectuoso de la prestación por el deudor. El comitente no pudo descubrir la falta de

<sup>5</sup> Vid. L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 9.ª edición, Tecnos, Madrid, p. 384.

<sup>6</sup> L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *op. et loc. cit.* Y, en la misma línea, vid. R. LINARES NOCI, *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código civil*, Editorial Trivium, Madrid, 2001, pp. 104 y ss.

conformidad en el trámite de la verificación previa a la recepción propiamente dicha, por tratarse de un defecto oculto. Para poder ejercitar los remedios por incumplimiento, deberá demostrar que el defecto era originario y no sobrevenido, es decir, le incumbe la prueba del vicio. Y los remedios disponibles serán fundamentalmente el cumplimiento específico, esto es, la reparación del defecto y la indemnización de daños y perjuicios. Ambos remedios se someterán a un único plazo de garantía y prescripción, la general de quince años de las acciones personales (art. 1964, segundo inciso CC).

Son escasos los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia, si bien podemos encontrar algunos ejemplos en la jurisprudencia menor. A estos efectos, destaca la SAP Salamanca de 13 octubre 2004<sup>7</sup>, en un supuesto de reparación de un vehículo a motor, que poco tiempo después de salir del taller mecánico sufre una avería en trayecto, que supone la paralización del vehículo por existencia de exceso de aceite en el motor<sup>8</sup>. En su fundamentación jurídica, la Audiencia Provincial de Salamanca, sostiene que se está ante una reparación incompleta y no defectuosa, «con la consiguiente posibilidad de acudir a la protección de los artículos 1101 y ss. del Código civil. Se trataría, por tanto, de un incumplimiento contractual, y no de vicio redhibitorio, en cuanto a que lo denunciado no es que la reparación realmente efectuada fuese defectuosa, sino que la reparación no se completó en la medida que el estado del vehículo requería tras el accidente sufrido... El artículo 1553 CC, se refiere al vicio o defecto oculto que se halla ínsito en la cosa misma, independientemente de su uso o del caso fortuito o la fuerza mayor, caso éste en el que el vicio no da derecho al arrendatario a exigir una reparación (aunque ésta es posible), sino que origina consecuencias distintas. Evidentemente, ello no es lo que acontece en el presente supuesto, y de ahí que se compartan aquí las tesis declaradas en la sentencia recurrida, en tanto que, por defectuoso cumplimiento del taller reparador, la acción puesta en juego es la responsabilidad contractual por cumplimiento negligente de las obligaciones derivadas de un contrato de obra, la cual prescribe a los quince años. Con ello se descarta cualquier alusión a la caducidad de la acción».

Como se extrae del Fundamento de Derecho transcrito, la Audiencia, quizás sirviendo a la finalidad útil de evitar la extinción de la acción de reclamación por el transcurso del tiempo, crea un artificio consistente en distinguir entre ruina del vehículo debido a

<sup>7</sup> JUR 2005/8411.

<sup>8</sup> Analizada *infra*, epígrafe (II) 2.2.

una defectuosa reparación y ruina debida a reparación incompleta. Según argumenta, el régimen jurídico de la misma vendría dado por la aplicación de los artículos referentes al saneamiento en la compraventa, por remisión del artículo 1553 CC; mientras, que en el segundo, son aplicables las reglas generales del incumplimiento de las obligaciones. La distinción no se comprende, ya que ambos supuestos caben en el concepto de cumplimiento defectuoso, lo que exigiría la elección de uno u otro régimen y su aplicación uniforme en ambos supuestos.

La aplicación de los remedios generales frente al incumplimiento es, no obstante lo anterior, la solución preferida por los Tribunales, como demuestra la STS de 28 de mayo de 1985<sup>9</sup>, también en un caso de reparación defectuosa de vehículo a motor: «es claro que los litigantes estaban vinculados por un contrato de ejecución de obra, en el que la demandante figuraba como dueña de la obra y el demandado como contratista, por lo que, se dice, de existir responsabilidad por la deficiente reparación se trataría de la contractual con la consecuencia de que serían aplicables los artículos mil ciento uno y siguientes...»

La situación es muy distinta en el ordenamiento jurídico alemán, donde la norma recogida en el § 634a BGB disciplina de modo expreso y general, la prescripción de la acción por vicios o defectos en la obra sobre bienes muebles. Dicho precepto, en su párrafo primero, inciso 1, establece el plazo uniforme de dos años a contar desde la recepción, ya se trate de la construcción o reparación de una cosa mueble, o de la realización de proyectos destinados a ese fin.

Puede, pues, comprobarse la gran diferencia existente entre los plazos previstos en un ordenamiento y otro, quince y dos años, aunque no debemos olvidar, como se expondrá en las conclusiones, que la mayor duración de plazos no significa necesariamente una mayor protección del perjudicado.

## 2. REGÍMENES ESPECIALES

### 2.1 **Plazo de prescripción que debe aplicarse a las acciones derivadas de contratos mercantiles de obra**

Las normas del Código civil sobre el arrendamiento de obra, se han de aplicar supletoriamente y como Derecho común en el con-

---

<sup>9</sup> RJ 2818.

trato de obra mercantil, merced a la remisión del artículo 2 del Código del comercio.

Sin embargo, sobre la base de contratos cuyo objeto lo constituía la ejecución de una obra en un buque, el Tribunal Supremo ha determinado que la aplicación supletoria de las normas del Código civil a los contratos de ejecución de obra mercantil, en nada obsta al citado carácter mercantil<sup>10</sup>, ni desplaza las específicas normas que sobre prescripción pueda contemplar el Código de comercio. En ese sentido, se establece la aplicación del artículo 952.1 C. Com. para las acciones personales derivadas de la perfección de un contrato de obra mercantil y se rechaza, dada la existencia del referido precepto específico, la aplicación del artículo 1964 CC. El plazo de ejercicio de la acción será, pues, de un año y no de quince<sup>11</sup>.

Abundando en esta dirección, la STS de 21 de febrero de 1994<sup>12</sup> rechaza la equiparación de buques y edificios, a efectos de la aplicación a aquéllos de la presunción de cumplimiento defectuoso para el caso de ruina previsto en el artículo 1591 CC.

## 2.2 La prescripción en los contratos de obra celebrados con consumidores. En especial, la ejecución de obra sobre vehículos a motor

A estos contratos es de aplicación la regulación establecida por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (en ade-

<sup>10</sup> STS de 1 de diciembre de 1988 (RJ 9284).

<sup>11</sup> STS de 10 de febrero de 1984 (RJ 588): «Que si a tenor del artículo 2.º del C. Com. son actos de comercio, entre otros, los especificados en dicho texto, y si el contrato de construcción de buques está recogido o especificado en el artículo 574, de dicho cuerpo legal es indudable la naturaleza jurídico-mercantil de tal contrato, naturaleza que subsiste aunque, como consecuencia de la casi total ausencia de regulación mercantil al respecto, deban aplicarse como supletorias las normas del CC relativas al contrato de arrendamiento de obras, en cuanto la construcción de un buque no supone más que una modalidad de dicho genérico contrato derivada de las particularidades del objeto a construir; sin que tal aplicación supletoria alcance el tema de la prescripción suscitado en el presente recurso, pues aunque es cierto que la teoría general de la prescripción en materia civil es trasladable al campo mercantil, ello lo es salvo las singularidades establecidas en el C. Com., y entre las cuales se encuentra la que señala el plazo de prescripción de un año para las acciones nacidas de servicios u obras destinadas a la construcción de buques, plazo prescriptivo aplicable tanto al contrato de construcción celebrado entre el empresario y el comitente o dueño de la obra, como al nuevo contrato celebrado entre aquel empresario y un segundo contratista para la instalación o ejecución de particulares elementos del buque, pues este último contrato participa de la naturaleza mercantil del primero y está sometido a su misma normativa legal relativa a la prescripción de las acciones para reclamar el importe de las obras o servicios prestados en cuanto tales obras o servicios tienen, también, por objeto la construcción parcial del buque, objeto que es, precisamente, el que da carácter mercantil a ambos contratos».

<sup>12</sup> RJ 1107.

lante, TRLGDCU). Sin embargo, no encontramos en esta norma una reglamentación específica del contrato de obra con consumidores, lo que nos obliga a bucear en sus preceptos a la búsqueda de la normativa aplicable.

En sede de «Protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios» (capítulo V, título I, libro I), el artículo 21.1 TRLGDCU declara que «el régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, deberá permitir que el consumidor y usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del bien o servicio; *pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación ofrecidos, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del bien o servicio, total parcialmente, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso*. La devolución del precio del producto habrá de ser total en el caso de falta de conformidad del producto con el contrato, en los términos previstos en el título V del libro II»<sup>13</sup>.

Esta norma enuncia las obligaciones legales de garantía que asume, en todo caso, el empresario o profesional frente al consumidor o usuario, al tiempo que determina la compatibilidad de las específicas acciones derivadas de la Ley (arts. 114 a 127 TRLGDCU), con las generales de responsabilidad contractual previstas para los supuestos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso<sup>14</sup>.

El ámbito objetivo de la aplicación de este artículo 21.1 es muy amplio, amparando cualquier contrato en el que un profesional o empresario ponga a disposición del consumidor un producto –con independencia de su condición de bienes muebles o inmuebles y tanto de naturaleza consumible como duradera– o servicio, y cualquier vicio o defecto que puedan presentar éstos<sup>15</sup>. Abarcaría, pues, el contrato de obra mueble. El problema es que el precepto no acompaña a la declaración de responsabilidad una remisión a las normas de desarrollo, por lo que hemos de buscar en el TRLGDCU las concretas normas reguladoras de la materia.

Una de las posibilidades podría ser la aplicación de los artículos 147 a 149 TRLGDCU, que regulan la responsabilidad por servicios defectuosos, entendiendo «prestación de servicios» de modo no técnico-jurídico, pues la misma puede derivar de distintos tipos

<sup>13</sup> La cursiva es nuestra.

<sup>14</sup> Vid. J. M. BUSTO LAGO, «Comentario del artículo 21», en la obra colectiva (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO): *Comentario del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*, Aranzadi-Thomson, Pamplona, 2009, p. 294..

<sup>15</sup> Vid. BUSTO LAGO, *op. cit.*, pp. 295-296.

contractuales: de contratos de servicios, de contratos de obra, de mandato de depósito, transporte, etc.<sup>16</sup>.

Sin embargo, no parecen aplicables estos preceptos pues el planteamiento del TRLGDCU enlaza con la política legislativa que considera que, en materia de responsabilidad por los servicios, no se trata tanto de los problemas de insatisfacción del acreedor –contratante de un servicio– por la falta de calidades o cualidades, por la ausencia de idoneidad o de utilidad del mismo para el fin para el que se contrató, sino de garantizar la seguridad de las personas<sup>17</sup>. Por consiguiente, se considera defectuoso el servicio en cuanto es inseguro o puede resultar potencialmente.

Quedarían, pues, fuera del sistema de responsabilidad diseñado en el TRLGDCU los daños ocasionados por el incumplimiento de un contrato cuando el servicio no se presta o se presta de modo defectuoso o insatisfactorio, pero sin que afecte a la seguridad, sin causar daños en la persona o en otros bienes. Para tales daños ha de estarse a los específicos regímenes jurídicos de responsabilidad (del arrendador, del contratista) o a las reglas generales<sup>18</sup>.

Por último, dentro del TRLGDCU, es preciso examinar la aplicabilidad de los artículos 114 y siguientes, procedentes de la Directiva 99/44.

El artículo 115, cuando define el ámbito de aplicación objetivo de la Ley, dice en su apartado primero que «están incluidos en el ámbito de aplicación de este título los contratos de compraventa de productos y los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse». La norma copia la redacción del artículo 1.4 de la Directiva 99/44. La expresión literal utilizada, puede llevar a pensar que el precepto se está refiriendo, junto con la compraventa, a los contratos de suministro. Sin embargo, como ha advertido la doctrina, su verdadero significado se comprende cuando se advierte que el legislador comunitario utiliza el término «suministro» como sinónimo de «entrega». En consecuencia, la Directiva no designa en este artículo un tipo contractual, sino que contiene una mera descripción de hechos a los que atribuye relevancia jurídica, en el sentido de equiparar su tratamiento al del contrato de compraventa<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Vid. M. A. PARRA LUCÁN, «Comentario del artículo 147», en la obra colectiva (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO), *Comentario del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*, Aranzadi-Thomson, Pamplona, 2009, p. 1726.

Señala la autora que, desde la óptica de la norma, constituirían servicios las actividades de construcción y las de la reparación ( *op. cit.*, pp. 1725-1726).

<sup>17</sup> Vid. PARRA LUCÁN, *op. cit.*, p. 1723.

<sup>18</sup> *Ibidem*

<sup>19</sup> Vid. M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 115», en la obra colectiva (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO), *Comentario del texto refundido de la Ley*

De lo anterior se deduce que el contrato de obra mueble con consumidores está sometido a la regulación de los artículos 114 y ss. Y ello con independencia de que los materiales necesarios para la fabricación o construcción del bien hayan sido suministrados por el empresario (contratista), en todo o en parte, o por el propio consumidor (comitente)<sup>20</sup>. Cosa distinta es que el vendedor esté exonerado de responsabilidad si la falta de conformidad tiene su origen en los materiales suministrados por el consumidor (art. 116.3 TRLGDCU)<sup>21</sup>.

Por aplicación de esta normativa, en el supuesto de que la obra mueble presente alguna falta de conformidad, el comitente-consumidor tendrá a su disposición los remedios previstos en el artículo 118.1 TR: la reparación del bien, su sustitución, la rebaja del precio o la resolución del contrato.

El comitente responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en el plazo de garantía de dos años desde la entrega del bien (cómputo objetivo). La entrega se entiende hecha en el día que figure en la factura o tique, o en el albarán de entrega correspondiente si éste fuera posterior.

El artículo 123.1 segundo párrafo, establece una presunción de que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses siguientes a la entrega del producto, existían ya cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de esta falta de conformidad. Pasados esos seis meses, corresponde al comitente-consumidor la carga de la prueba de que el defecto era originario.

La acción para reclamar prescribe a los tres años, a contar también desde la entrega del bien. Dentro de dicho período, el consumidor tiene la obligación de informar al contratista-empresario de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de la misma. Sin embargo, el incumplimiento de este plazo no supondrá la pérdida del derecho al saneamiento que corresponde, siendo responsable el consumidor y usuario de los daños y perjuicios efectivamente ocasionados por el retraso en la comunicación. Salvo prueba en contrario, se entenderá que la comunicación ha tenido lugar en el plazo establecido.

---

*General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias*, Aranzadi-Thomson, Pamplona, 2009, p. 1422.

<sup>20</sup> En este punto se separa la Directiva 99/44 de la Convención de Viena, que en su artículo 3.1 considera compraventa los contratos de suministro de mercaderías que hayan de producirse o fabricarse, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.

<sup>21</sup> *Vid.* MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 1423.



Dentro de los contratos de obra celebrados con consumidores, es preciso destacar, por su frecuencia y su especialidad de régimen, los de reparación de vehículos a motor.

Junto a la citada regulación del TRLGDCU y con un ámbito subjetivo más amplio, al resultar también aplicable a contratos que no sean de consumo, hay que tener en cuenta el Real Decreto 1457/1986, de 10 de enero, que regula la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos, de sus equipos y componentes<sup>22</sup>. Se trata de un Reglamento de carácter sectorial, en el sentido de que aspira a reglamentar en bloque y desde distintos puntos de vista, un sector de la actividad económica. Por consiguiente, para la delimitación de su aplicación recurre a un criterio objetivo: basta que se acuda a un taller pidiendo la ejecución de una obra en un vehículo para que el Real Decreto entre en juego<sup>23</sup>. Por esta causa, sólo en presencia de consumidores, la regulación del Real Decreto deberá compaginarse con la del TRLGDCU.

Lo destacable de este Real Decreto en lo atinente a la materia que aquí nos ocupa, es que establece unos plazos de garantía a cargo del taller respecto de la reparación o instalación efectuadas en el vehículo (art. 16 RD 1457/1986).

De lo anterior se extrae que en relación a la obra sobre un automóvil, tres son las normativas que deberemos conjugar: Código civil, RD 1457/1986 y TRLGDCU (cuando el contratante tenga la consideración de consumidor). ¿Cómo ha de articularse este marco normativo? En un intento de resolver la cuestión, proponemos a discusión este sencillo caso:

*El día 5 de octubre de 2005, el Sr. López tuvo un accidente de circulación cuando conducía un automóvil de su propiedad. Dio varias vueltas de campana, a resultas de las que el vehículo resultó afectado con cuantiosos daños. El coche tenía en el momento del siniestro 19.204 Km.*

*El citado vehículo entró en Talleres Macías, S.L., en fecha 6 de octubre de 2005, a fin de que le realizasen las reparaciones precisas de los desperfectos habidos en el siniestro mencionado. Ya reparado, el Sr. López recepciona el vehículo el 6 de enero de 2006.*

*El día 1 de marzo de 2006, el automóvil del Sr. López sufre una avería en trayecto, que supone la paralización del mismo, tras*

<sup>22</sup> Para la Comunidad Autónoma andaluza, *vid.* también el RD 9/2003, de 28 de enero, con idéntica regulación en tema de garantías (art. 18).

<sup>23</sup> *Vid.* R. CASAS VALLÉS, «La ejecución de obra sobre vehículos (El RD 1457/86 de 10 de enero, “BOE” n.º 169, de 16 de julio: un desarrollo sectorial, en el marco de la LGDC, de la regulación civil del contrato de arrendamiento de obra)», en *Estudios sobre consumo*, n.º 10, abril 1987, pp. 92 y ss.

*aparecer una intensa humareda de color blanco, procedente del motor. El vehículo tenía, en ese momento, 20.354 Km.*

*La reparación a llevar a efecto consistió, fundamentalmente en la revisión del motor y operaciones adicionales y la causa aducida de la avería fue la existencia de exceso de aceite en el motor.*

*De las periciales no se desprende, de forma indudable, que la referida avería imposibilite al vehículo para andar 1000 Km.; o lo que es lo mismo, que el exceso de aceite en el motor paralice el vehículo de forma inmediata.*

Los hechos narrados corresponden, en lo esencial, al supuesto fáctico que dio lugar a la *supra* citada SAP de Salamanca de 13 de octubre de 2004<sup>24</sup>, para cuya solución la Audiencia acude a la aplicación de las normas generales del Código civil sobre las obligaciones y, en concreto a los remedios frente al incumplimiento y al plazo de quince años aplicable a éstos.

La solución elegida por la Audiencia, sin embargo, conlleva una pesada carga para el propietario del vehículo averiado: la de la prueba de la existencia de nexo causal y de la negligencia del contratista. Esto es, demostrar que la segunda avería fue debida a una defectuosa reparación por parte del taller.

Nótese que en este caso concreto estamos en presencia de un consumidor, por lo que es aplicable el artículo 123.1 TRLGDCU que, como hemos dicho, en los seis meses siguientes a la entrega presume que los daños se deben a la falta de conformidad originaria, imputando la responsabilidad directamente al empresario. Y si este precepto lo completamos con el RD 1457/1986, la solución es aun más favorable al Sr. López, pues le sería de aplicación la garantía que esta norma establece.

El artículo 16 RD dispone que la garantía «caducará a los tres meses o 2.000 Km recorridos»; y tratándose de vehículos industriales, «a los quince días o 2.000 Km recorridos». Todo ello a salvo de que las piezas incluidas en la reparación tengan un plazo de garantía superior, en cuyo caso y para éstas regirá el de mayor duración. Como puede verse, para fijar la duración de la garantía, el Real Decreto se sirve de dos criterios: el temporal y el kilométrico, que se presenta de forma disyuntiva. Basta alcanzar uno de los dos para producir la extinción de la garantía<sup>25</sup>. El plazo de la garantía empieza a contar desde la fecha de entrega del vehículo.

Por consiguiente, no habiendo sobrepasado el Sr. López ninguno de estos límites (han transcurrido dos meses escasos y ha recorrido apenas 1.150 Km), la avería estaría garantizada, lo que le

<sup>24</sup> RJ 2005/8411.

<sup>25</sup> Vid. CASAS VALLÉS, *op. cit.*, p. 132.

relevaría igualmente de la prueba de la culpa y del nexo, aunque no existiera el artículo 123.1 TRLGDCU.

¿Qué ocurriría si el daño en el vehículo se hubiera manifestado una vez transcurrido el plazo de garantía del artículo 16 RD 1457/1986? Para responder a la pregunta hemos de tratar de ajustar las disposiciones del TRLGDCU y del citado Real Decreto. La tarea no es fácil, ya que el Real Decreto no es un reglamento de desarrollo de la antigua Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, sino un «reglamento regulador de una actividad» (la de talleres)<sup>26</sup>. En nuestra opinión, la solución viene de la mano de distinguir en estos casos según se trate de un consumidor o no.

En presencia de un consumidor, son de aplicación los artículos 114 y ss. TRLGDCU, a cuyo tenor hemos visto que la garantía legal dura dos años, presumiéndose el carácter originario de las faltas de conformidad durante los seis primeros meses. Por tanto, si la avería se hubiere producido durante dicho plazo de garantía legal, el consumidor estaría amparado, con independencia de la necesidad de prueba de la falta de conformidad transcurrido el plazo semestral.

Por el contrario, si el perjudicado es un empresario o profesional, sólo disfruta de la protección del RD 1457/1986 y de las normas del Código civil, así que finalizado el plazo de la garantía que objetiviza la responsabilidad del taller, podrá reclamar, pero le incumbirá la carga de probar el incumplimiento del contratista, para utilizar los remedios generales del Derecho común de contratos frente al mismo.

La garantía del artículo 16 RD 1457/1986 otorga al dueño del vehículo el derecho a ser atendido por el taller con carácter preferente (art. 13.1, segundo inciso RD 1457/1986) y a la reparación gratuita de la avería (art. 16.4 RD). Se trata de deberes ineludibles del taller, que la norma excluye sólo en tres casos:

- a) Manipulación o reparación del vehículo por terceros (art. 16.2 *in fine* RD)<sup>27</sup>.
- b) Aportación de piezas por el usuario (art. 16.5 RD), es supuesto de limitación, no de exclusión, de la garantía.
- c) Negativa por el usuario a reparar averías o anomalías detectadas por el taller en el curso de la obra (art. 16.6 RD).

<sup>26</sup> Vid. CASAS VALLÉS, *op. cit.*, p. 94-97.

<sup>27</sup> Para CASAS VALLÉS (*op. cit.*, p. 130), «un efecto tan grave como la exclusión de la garantía sólo debieran producirlo aquellas manipulaciones que guarden relación directa con la obra o reparación efectuada por el taller. Por otra parte, en muchas ocasiones la intervención de otro taller es inevitable (así cuando el vehículo se avería en el curso de un viaje) [...] La no aceptación por el taller de las responsabilidades derivadas de la garantía sólo podrá admitirse cuando la intervención del tercero, además de innecesaria, dificulte o agrave considerablemente la reparación. Una interpretación literalista del precepto podría llevar con frecuencia a eximir al taller que efectuó una reparación del deber de garantizarla».

No obstante, la enumeración legal de supuestos de exclusión no es exhaustiva, por ello además de en los referidos, Casas Vallés plantea la posibilidad que no rija la garantía en las siguientes hipótesis<sup>28</sup>:

1.<sup>a</sup> Uso inadecuado del vehículo u omisión de precauciones por parte del cliente.

2.<sup>a</sup> ¿Qué ocurre en caso de que el vehículo cambie de propietario? En puridad de conceptos, el principio de relatividad de los contratos (art. 1257.1 CC) exigiría la exclusión de la garantía; aunque el autor estima más razonable la solución contraria. El taller garantiza la obra de manera objetiva durante el tiempo mínimo legal, por lo que el cambio de propietario no le exime del deber legal de garantía, aunque sí extingue la que voluntariamente y mediante pacto hubiere concedido el taller.

3.<sup>a</sup> ¿Cabe la renuncia de la garantía? La voluntaria lo es con los límites del artículo 1255 CC y el TRLGDCU (para los consumidores). Para Casas Vallés, en cambio, la legal mínima no parece renunciabile<sup>29</sup>. A nuestro juicio, lo que no se permite es la renuncia previa a la garantía, pero sí cuando se haya manifestado el defecto, pues sería renuncia de derechos, admisible siempre cuando no contrarie el interés o el orden público ni perjudique a terceros (art. 6.2 CC).

Por último, si bien hemos visto que la avería sufrida por el Sr. López ha tenido lugar en el tiempo de garantía, hemos de cuestionarnos de qué plazo dispone aquél para realizar su reclamación.

El RD 1457/1986 sólo ha establecido límites para las reclamaciones administrativas, que deberán formularse en el plazo máximo de dos meses desde la entrega del vehículo o desde la finalización de la garantía (art. 17.3 RD). Por consiguiente habrá de entenderse que a la finalización de los iniciales tres meses de garantía o 2.000 Km recorridos, el Sr. López cuenta con otros dos meses para realizar la reclamación administrativa, ya que no se dice que este tiempo deba contarse desde que se produjo la avería en plazo garantizado.

No dice nada el Real Decreto acerca de las reclamaciones en vía judicial. Consecuentemente, habrá de entenderse que el plazo es el quinquenal del artículo 1964 CC.

Conforme al sistema alemán, la resolución del caso no ofrecería dudas. Siendo el Sr. López un consumidor, serían de aplicación las normas del BGB derivadas de la Directiva 99/44, idénticas en lo sustancial a la normativa española, por lo que la solución sería

<sup>28</sup> *Vid. op. cit.*, p. 131.

<sup>29</sup> *Ibidem.*

equiparable a la que hemos expuesto. No tratándose de un consumidor, se aplica el § 634a BGB, teniendo el perjudicado dos años para ejercitar los remedios previstos en el § 634 BGB.

### III. EL RÉGIMEN APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS EN EL CONTRATO DE OBRA DE BIENES INMUEBLES

#### 1. LA DISCIPLINA DEL ARTÍCULO 1591 CC. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD POR RUINA DE EDIFICIOS

Establece el artículo 1591 CC: «1. El contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección. 2. Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años».

Como ha puesto de manifiesto el Prof. Albiez en su trabajo «Los sistemas de garantías en el contrato de obra por defectos o vicios en el ordenamiento jurídico español», el régimen de responsabilidad por ruina inmobiliaria que los Tribunales aplican a partir del artículo 1591 CC poco tiene que ver con este precepto. Se trata de una materia que ha sido objeto de una auténtica «construcción jurisprudencial» con el objetivo de proteger a los compradores de viviendas.

En relación al concepto de ruina, presupuesto de la responsabilidad, y a los sujetos responsables, nos remitimos a lo expuesto por Albiez Dohrmann, siendo nuestro cometido el análisis de los límites temporales de dicha responsabilidad. Para ello, en la línea de lo realizado en el epígrafe anterior, partiremos de la formulación de unos supuestos de hecho, que nos permitirán exponer con mayor agilidad y atractivo la doctrina jurisprudencial al respecto.

##### 1.1 La responsabilidad extracontractual y la responsabilidad decenal: sus diferentes plazos de prescripción

*Durante el proceso de construcción de un bloque de edificios (A), y como consecuencia de las características del terreno*

*(arenas limosas), se produjo el desplazamiento de las zapatas del muro de contención medianero, ante lo cual se adoptaron por parte de los arquitectos soluciones de urgencia, con el fin de evitar el deslizamiento del inmueble y otras patologías mayores: colocación de mallazos y armaduras contra el terreno, encofrados de muros de contención a una cara y hormigonado inmediato del conjunto. Quedó probado en autos que la causa del derrumbamiento había radicado en una falta de previsión por parte de los arquitectos, al no haber efectuado un adecuado estudio geotécnico.*

*La recepción del edificio se produjo en el año 2001.*

*En septiembre de 2002 y como consecuencia de las operaciones relatadas, se produjeron daños en el muro medianero que afectaban incluso a la finca colindante (B), provocando protuberancias de hormigón y mallazo que aparecen en la medianería a la altura de las plantas sótanos y que impiden llevar a cabo la construcción en todo el perímetro del solar.*

*En el mes de febrero de 2004, la comunidad de propietarios del edificio (A) interpuso demanda contra Construcciones Puza (constructora y promotora) y contra los arquitectos y aparejadores, intervinientes todos en el proceso constructivo, en reclamación de cantidad por los importes de los trabajos de picado, demolición y reconstrucción del muro medianero.*

*Los demandados alegaron que la pretensión actora no tiene encaje en la responsabilidad decenal, debiendo incardinarse en los artículos 1902, 1907 y 1909 CC, al tratarse de responsabilidad extracontractual. Asimismo, manifestaron que el edificio de la comunidad actora (A) no presenta ningún vicio susceptible de ser calificado como ruinoso, que fundamente la aplicación del artículo 1591 CC, tratándose tan solo de una inmisión en finca ajena.*

Los hechos expuestos constituyen el supuesto fáctico de la SAP Burgos de 10 noviembre 2005<sup>30</sup> y nos permiten discriminar entre la responsabilidad extracontractual contemplada en el artículo 1909 CC<sup>31</sup> y la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC.

Nuestro legislador civil ha distribuido equitativamente la responsabilidad por los daños causados por la ruina un edificio:

– En el artículo 1591 CC hace responder a los sujetos de la construcción frente al comitente, por los vicios ruinosos originarios de la obra.

– En el artículo 1907 CC impone al propietario la obligación de responder frente a terceros por los daños producidos por defectos sobrevenidos de la construcción, que tenga su causa en la falta de las reparaciones necesarias.

<sup>30</sup> JUR 2006/10070.

<sup>31</sup> «Si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto, o, en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal.»

– Y en el artículo 1909 CC hace responder frente a terceros a los agentes de la construcción de los daños producidos por defectos originarios. Se presume que son originarios los defectos surgidos durante el plazo decenal.

En este punto, el Derecho español se separa de la solución acogida en otros ordenamientos, que imputan la responsabilidad al propietario, no ya cuando la ruina provenga de la falta de reparaciones necesarias, sino incluso cuando sea debida a defectos de construcción: § 836 BGB<sup>32</sup>; artículo 1386 *Code civil*<sup>33</sup> o artículo 2053 *Codice civile*<sup>34</sup>. Nuestras leyes, con mejor criterio, hacen responder de este último tipo de defectos únicamente a los agentes de la construcción<sup>35</sup>.

En el supuesto que analizamos, la demandante –comunidad de propietarios del edificio (A)– lo es por defectos ruinosos de éste, por lo que decide correctamente la Audiencia Provincial de Burgos al estimar que «la existencia de esa responsabilidad extracontractual entre tercero perjudicado y los intervinientes en el proceso constructivo, no impide que el propietario del edificio pueda formular contra éstos reclamación por responsabilidad decenal, cuando concurren los presupuestos configuradores de la acción del artículo 1591 del C. civil, cuyo plazo de prescripción es el de quince años del artículo 1964 del C. civil una vez que la ruina se ha producido, aunque coexista con un plazo de garantía de diez años que se cuenta desde la recepción de la obra. En el presente caso, el plazo prescriptivo no ha transcurrido [...]». «El defecto descrito debe ser incardinado en el concepto de ruina teniendo en cuenta la interpretación que jurisprudencialmente se viene dando al concepto de ruina, que supera el concepto restrictivo de destrucción total o parcial de la obra, y le atribuye un sentido mucho más amplio que bajo la denominación de “ruina funcional” alcanza a toda construcción o parte de los elementos de la misma, que por exceder de las imper-

<sup>32</sup> «(1) Wird durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstück verbundenen Werkes oder durch die Ablösung von Teilen des Gebäudes oder des Werkes ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Besitzer des Grundstücks, sofern der Einsturz oder die Ablösung die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung ist, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Besitzer zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.»

<sup>33</sup> «Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.»

<sup>34</sup> «Il proprietario di un edificio o di altra costruzione è responsabile dei danni cagionati dalla loro rovina, salvo che provi che questa non è dovuta a difetto di manutenzione o a vizio di costruzione.»

<sup>35</sup> Vid. RUIZ RICO y MORENO TORRES, *op. cit.*, p. 289.



fecciones corrientes configuran una violación del contrato o inciden en la habitabilidad del edificio».

El pretendido encuadre de la reclamación en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, con el fin de alegar la prescripción de la acción (un año, art. 1968.2.º CC), está fuera de toda lógica jurídica, pues caso de tratarse de esta acción, la propietaria del edificio (A) carecería de legitimación para su ejercicio, estando legitimada la propiedad del solar colindante (B).

El dueño de la finca vecina (B) podría haber reclamado contra los sujetos de la construcción por los daños sufridos en su parcela, vía artículo 1909, sin tener que probar que su origen estaban en un defecto constructivo, ya que ello se presume si el daño tiene lugar dentro del plazo de los diez años. A partir de tener conocimiento del daño, cuenta con un año para reclamar la responsabilidad, transcurrido el cual, la acción prescribe (art. 1968.2.º CC).

## 1.2 Responsabilidad por ruina y saneamiento por vicios

*Don Carlos adquirió con carácter ganancial de doña María un chalet por escritura pública de 8 de agosto de 1996. El comprador ya poseía la vivienda desde 1991, en virtud de sucesivos contratos de arrendamiento.*

*No consta claramente cuál es la fecha de construcción del chalet. La licencia de obras para su construcción fue otorgada el 17 de abril de 1972, y si bien la escritura de obra nueva no se inscribió en el Registro de la Propiedad, del conjunto de la prueba aportada al litigio se deduce que la finca fue construida al menos antes del 6 de junio de 1991, fecha en que la vivienda se arrendó por primera vez a don Carlos.*

*En el año 2002 aparecieron malos olores en la planta baja del inmueble.*

*El 13 de abril de 2004, don Carlos presenta demanda contra la vendedora doña María y contra el arquitecto don David en reclamación de cantidad por vicios ruinógenos en el inmueble.*

*Se alega que se adquirió mediante escritura pública de compra-venta como libre de cargas y gravámenes, un chalet en cuyo jardín y muy próxima a la vivienda, resultó existir una fosa séptica<sup>36</sup>.*

Es preciso diferenciar entre la responsabilidad decenal, consagrada en el artículo 1591 CC, que nace en virtud del contrato de obra, y es imputable al constructor y a otros sujetos de la construcción (arquitectos, aparejadores, promotores, etc.); de la obligación de saneamiento por los defectos y gravámenes ocultos que pudiera tener la cosa vendida. Esta obligación, consagrada en los artícu-

<sup>36</sup> Supuesto de hecho de la SAP de Madrid de 11 de septiembre de 2008 (RJ 2294).

los 1461, 1474 y 1484 y siguientes del Código civil, dimana del contrato de compraventa a cargo del vendedor.

En el supuesto que comentamos puede apreciarse netamente la distinción entre ambas acciones. Pues, como dice la SAP de Madrid de 11 de septiembre de 2008, «mientras que la acción decenal recogida en el artículo 1591 del Código civil es una responsabilidad legal, y el plazo de garantía es de diez años desde que se entregó la obra, la acción por vicios o defectos ocultos es una acción que dimana del contrato de compraventa y tiene un plazo de caducidad de seis meses, tal y como establece el artículo 1490 CC». Don Carlos no puede alegar vicios ruinógenos frente a la demandada doña María, pues ni siquiera consta que haya intervenido en el proceso constructivo, apareciendo como simple transmitente. El otro demandado, don David, sí intervino como arquitecto, pero la demanda no prosperará contra él, ya que la existencia de la fosa aséptica no es vicio ruinógeno, ni siquiera en la concepción amplia elaborada por el Tribunal Supremo.

En el ordenamiento jurídico alemán, serían de aplicación los remedios previstos para el incumplimiento en la compraventa (§ 437), siendo el plazo de prescripción para el caso de tratarse de un edificio, de cinco años (§ 438.1, párrafo segundo). Esto es, don Carlos carecería ya de acción para reclamar, por haber ésta prescrito (han transcurrido ya siete años y siete meses desde la fecha de la escritura pública).

Efectivamente, se trata de un vicio oculto de la cosa vendida, frente a los cuales arbitra el Código civil los remedios resolutorio (acción redhibitoria) o de reducción de la contraprestación (acción estimatoria o *quantum minoris*), amén de la correspondiente indemnización de daños en el primer caso, si el vendedor conocía los vicios y no los reveló al comprador (art. 1486 CC). Estas acciones «se extinguirán a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida», plazo que a pesar de las vacilaciones jurisprudenciales, suele considerarse de caducidad. Por consiguiente, don Carlos nada podrá reclamar de doña María, debido a que las acciones han caducado con creces, computado el plazo con generosidad desde la fecha de la escritura pública, de 8 de agosto de 1996. Aunque el actor venía ya poseyendo como arrendatario, por lo que en puridad de conceptos, podría computarse el plazo desde el propio contrato, siendo un caso de tradición consensual (*traditio brevi manu*).

En el caso podría haberse alegado también que el contrato es anulable por vicio del consentimiento (error o dolo). Pero el plazo para el ejercicio de la acción también habría transcurrido, ya que

ésta dura cuatro años (de caducidad) desde la consumación del contrato (art. 1301 CC).

En otras ocasiones, sin embargo, no es tan clara la distinción entre los regímenes de responsabilidad y puede apreciarse en la jurisprudencia una tendencia a ampliar el ámbito de la responsabilidad decenal a costa del saneamiento, en el afán de proteger a los sucesivos adquirentes del inmueble, indefensos a veces debido al corto plazo de duración de las acciones del artículo 1486 CC. En este sentido, la STS 22 marzo 1993<sup>37</sup> expone la doctrina al respecto, al decir: «a la norma del artículo 1490 relativa al contrato de compraventa en su regulación de carácter general, se antepone la relativa a la responsabilidad por obras realizadas que declara el artículo 1591 del mismo Código; norma ésta de carácter especial, de aplicación preferente y, sobre todo, tal anteposición viene apoyada en que si el comprador, como declara la S de 17 de octubre de 1974 no tuviese más que la acción de saneamiento por vicios ocultos del artículo 1490, resultaría que se habrían extinguido las responsabilidades que determinadamente establece el artículo 1591 para el constructor o contratista y el arquitecto y los a ellos asimilados, cuando la ruina de la obra se manifestase después de los seis meses siguientes a la compraventa, aunque no hubiesen transcurrido los diez años desde la conclusión de la obra; habiéndose declarado también (SS, entre otras, de 12 de febrero, 25 y 14 de noviembre de 1988) que los vicios que acarrear la ruina están sujetos al régimen especial del artículo 1591 y al general del incumplimiento obligacional, en vez de al establecido por los artículos 1484 y siguientes».

Esta compatibilidad entre las acciones generales del incumplimiento y la de responsabilidad decenal se proclama asimismo en la STS de 21 de marzo de 1996, a cuyo tenor: «al margen de la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC, puede producirse responsabilidad por incumplimiento contractual, cuya acción está sometida directamente al plazo prescriptivo de quince años del artículo 1964 del Código civil. Afecta exclusivamente al vendedor y puede resultar compatible con el artículo 1591, por referirse a que la cosa enajenada debe ser apta para la finalidad con que es adquirida (SSTS de 13 de julio de 1987<sup>38</sup> y 3 de diciembre de 1992<sup>39</sup>)».

<sup>37</sup> RJ 2527. Puede verse, también, la STS de 12 de febrero de 1988 (RJ 1941).

<sup>38</sup> RJ 5461.

<sup>39</sup> RJ 10000.

### 1.3 Los plazos de garantía y prescripción de la acción decenal del artículo 1591 CC

*Mediante documento privado de fecha 24 de agosto de 1976, don Enrique, en su calidad de propietario de la parcela número 1472 de la urbanización «Parque de las Castillas», contrató con la entidad mercantil «Promociones Martínez Boix, S.A.» (PROMABSA) la construcción por ésta, sobre la referida parcela, de un chalet familiar, por el precio alzado de 1.033.642 pesetas.*

*En la cláusula quinta del contrato de obra se estipuló lo siguiente: «La legalización o proyecto (honorarios de arquitecto y aparejador y licencia de obras) serán por cuenta del titular, encargando a PROMABSA la gestión de todo ello, cuyo importe queda incluido en el precio alzado figurado al principio»*

*Sin embargo, del examen de las actuaciones se deduce inequívocamente que la mercantil no utilizó los servicios de profesional alguno o, al menos, no se confeccionó proyecto, ni existe prueba documental alguna de dirección técnica de obras. La referida constructora no obtuvo tampoco la preceptiva y previa licencia municipal de obras.*

*PROMABSA terminó la construcción del chalet y lo entregó al dueño de la obra el día 4 de agosto de 1977.*

*En el año 1984, aparecieron en los tabiques y techos del referido chalet numerosas grietas de suelo a techo, de más de un centímetro de anchura, encontrándose igualmente afectados los muros de cerramiento. A juicio de perito, tales vicios ruinógenos eran debidos a una pésima construcción y resultaba absolutamente necesaria la realización de obras, para dejar al inmueble en unas condiciones mínimas de seguridad y habitabilidad (informe técnico del arquitecto Sr. S.P., de 28 de marzo de 1989).*

*Son hechos probados que, en fecha anterior a 1984, don Enrique, por su propia y exclusiva decisión, construyó una obra adosada al chalet, formada por dos plantas, la inferior para almacén y garaje y la superior, con escalera exterior, para vivienda. Pero no consta que la aludida obra adosada haya perjudicado al chalet, ni siquiera influido en los defectos ruinógenos manifestados en el mismo.*

*En el año 1989, don Enrique promovió proceso judicial contra la entidad mercantil «Promociones Martínez Boix, S.A.», ejercitando la acción derivada del artículo 1591 CC; oponiendo aquélla la caducidad del derecho<sup>40</sup>.*

En su defensa, alega la mercantil que los defectos se han manifestado fuera del plazo decenal de garantía, pues la terminación y entrega del chalet se produjo en 1977 y el informe del arquitecto («única constancia real de la existencia de las grietas», según se aduce) es de fecha de 28 de marzo de 1989. El argumento es débil,

<sup>40</sup> Los hechos narrados corresponden a los que dieron lugar a la STS de 6 de abril de 1994, (RJ 2940).

ya que tiene declarado el Tribunal Supremo que no puede tomarse como manifestación de los defectos la certificación de vicios expedida por un técnico (STS de 19 de mayo de 2006<sup>41</sup>). En el pleito aparece probado que los vicios ruinógenos aparecieron en el año 1984, como así lo evidencia la carta de fecha de 18 de septiembre del mismo año, por la que el don Enrique lo participa a la entidad demandada.

Por consiguiente, habiendo aparecido los vicios dentro del plazo de garantía (a los siete años), la acción ha sido oportunamente ejercitada (a los cinco años), por no haber transcurrido el plazo quinquenal de prescripción, a contar desde que aparecieron los vicios ruinógenos. En el ordenamiento jurídico alemán, sin embargo, no habría derecho ya a reclamar, pues el § 634a (1) BGB, en su párrafo segundo, fija el plazo de prescripción para las pretensiones por vicios ruinógenos en obra inmueble en cinco años, contados desde la recepción.

En España es abundantísima la jurisprudencia del Tribunal Supremo que insiste en la necesidad de distinguir entre el plazo de garantía y el de prescripción en relación con las obras inmuebles. La doctrina del Tribunal Supremo al respecto puede resumirse del modo siguiente: «el plazo que establece el párrafo primero del artículo 1591 CC no es de prescripción, ni de caducidad, sino de garantía, en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad *ex lege* (conocida como decenal), que dicho precepto establece, ha de producirse la ruina desde la terminación de la obra («si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción», dice el precepto); de tal manera que si el expresado plazo transcurre sin haber ocurrido el referido evento, la acción ya no podrá nacer, por haber precluido el mencionado plazo de garantía. En cambio, una vez nacida la acción, por haberse producido o exteriorizado la ruina dentro de dicho período de tiempo, el plazo de prescripción de la misma es el general de quince años que, para las acciones personales que no tengan señalado un término especial de prescripción, establece el artículo 1964 CC, siendo el *dies a quo* de dicho plazo prescriptivo la fecha en que se produjo o se manifestó el vicio ruinógeno, conforme a la doctrina de la *actio nata* que proclama el artículo 1961 del mismo Cuerpo legal» (STS de 4 de diciembre de 1989<sup>42</sup>, e igualmente, SSTS de 14 de febrero y 30 de julio de 1991; 15 de mayo de 1995; 28 de diciembre de 1998; 29 de diciembre de 1998; 23 de mayo de 2005; SAP de

<sup>41</sup> RJ 2371.

<sup>42</sup> RJ 8793.

Madrid de 31 de octubre de 2005; y STS de 13 de diciembre de 2007<sup>43</sup>).

Conforme a lo anterior, el vicio ruinógeno puede manifestarse en cualquier momento dentro de los diez años, de forma que la cláusula que impusiera la obligación de denunciar el defecto en un determinado plazo inferior al decenal sería inoperante por ser nula, al contradecir una norma imperativa (art. 6 CC en relación con el art. 1591 CC)<sup>44</sup>.

En cuanto al cómputo del tiempo de la garantía, puede plantear un problema el momento de inicio del mismo, ya que el artículo 1591 CC dice de modo atécnico: «desde que concluyó la construcción». La cuestión se complica porque no encontramos en la jurisprudencia un criterio uniforme<sup>45</sup>. Lo lógico sería comenzar a contar el tiempo desde la recepción definitiva de la obra; pero no faltan las sentencias que lo computan desde la fecha de los certificados finales de obra; o desde la terminación de la construcción de la obra (SSTS de 14 de febrero y 15 de octubre de 1991<sup>46</sup>); aunque alguna sentencia, como la de 1 de octubre de 1992<sup>47</sup>, se refiere a la entrega.

Por otra parte, en el supuesto de hecho se observa que el comitente construyó por su cuenta otra obra que adosó a la originaria. Algún comentario merece este hecho, que podría suponer la pérdida de la garantía por transformación de la obra o su manipulación por el propietario. No obstante, quedó demostrado en autos que la

<sup>43</sup> *RJ* 1267; *RJ* 5424; *RJ* 4237; *RJ* 10160; *RJ* 10140; *RJ* 6362; *JUR* 257645; *RJ* 2008/529.

Y, a tenor de la STS de 29 de diciembre de 1998 (*RJ* 10140): «El contratista o el arquitecto responde de los daños porque tiene obligación de reparar. Es una obligación legal. Y los damnificados ostentarán el correlativo derecho para exigir la reparación del perjuicio. Pero los derechos y obligaciones son especies vivas (jurídicamente hablando) que nacen y mueren. Nace el derecho a la indemnización en el momento en que se manifiesta el desperfecto y muere (en perspectiva jurídica) quince años después de haber nacido (art. 1964 CC). El plazo decenal no es un plazo de prescripción, sino de garantía. El deterioro que se produzca dentro de los diez años siguientes a la terminación del edificio está garantizado. Producido el daño dentro de ese espacio temporal, nace el derecho a la indemnización en el mismo momento en que el vicio se hace patente; y una vez nacido, han de transcurrir quince años para que pueda darse por extinguido a causa de su prescripción».

La misma doctrina la encontramos en la SAP de Valencia de 26 de marzo de 2002 (*JUR* 142154).

<sup>44</sup> En el supuesto de hecho de la SAP de Sevilla de 14 de septiembre de 2006 (*JUR* 2007/124230), se incluía en el contrato de obra una cláusula (la sexta) estableciendo que la reclamación sobre las deficiencias constructivas debía efectuarse en el plazo de seis meses desde la recepción la obra. La Sala argumentó que «la cláusula no puede tenerse en consideración por cuanto el artículo 1591 del CC es determinante: el contratista de un edificio que se arruine por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviese lugar dentro de los diez años, contados desde que concluyó la construcción».

<sup>45</sup> *Vid.* STS de 13 de diciembre de 2007 (*RJ* 2008/529).

<sup>46</sup> *RJ* 1267 y 7449.

<sup>47</sup> *RJ* 7515.

obra adosada no contribuyó ni tuvo influencia alguna en los vicios manifestados en el chalet.

Por último, y dado que la mercantil incumplió la cláusula quinta del contrato, prescindiendo de los servicios técnicos profesionales en la construcción la obra, así como de las oportunas licencias; el dueño de la obra podría ejercitar las acciones pertinentes por incumplimiento de contrato y concretamente, el remedio indemnizatorio, pues no ha transcurrido aún el plazo de prescripción (quince años, *ex* artículo 1964 CC).

#### 1.4 La prescripción de la acción de reclamación: inicio del cómputo y su interrupción

*Don Antonio, como promotor constructor; don Vicente, como arquitecto y don Germán, como aparejador, realizaron la construcción de un edificio de viviendas y bajos comerciales. El 26 de mayo de 1970, se elevó a escritura pública la declaración de obra nueva y configuración de propiedad horizontal, siendo adquiridas las viviendas y locales comerciales por los diversos propietarios que componen la Comunidad.*

*Poco después de la entrega de la obra, ya en 1971 comenzaron los desprendimientos de las baldosas que cubrían la fachada y por ello, la Comunidad de propietarios requirió a don Antonio, el 24 de septiembre de 1971 y el 13 de diciembre de 1972; quien procedió a colocar unas plaquetas en la fachada, sin practicar revisión general.*

*La repetición de los desprendimientos condujo a los propietarios a requerir a don Antonio por conducto notarial en fecha de 20 de septiembre de 1974, dándole cuenta del peligro existente y exigiéndole la realización de las obras necesarias. El promotor, por toda respuesta, repuso las baldosas caídas, pero no repasó el estado general de la fachada; por lo que los propietarios por acta notarial de 16 de diciembre de 1974, manifestaron su disconformidad por la forma en que se estaba haciendo la reparación.*

*Ante la falta de solución del problema, el 11 de marzo de 1985, se levantó acta notarial, con obtención de fotografías sobre el estado de las fachadas. Y al objeto de conocer la cuantía de la obra de reparación a ejecutar, se solicitó presupuesto, que ascendió al total de 5.856.300 pesetas.*

*En Junta General Extraordinaria de 20 de diciembre de 1986, la Comunidad de propietarios adoptó el acuerdo de reclamar judicialmente contra los responsables de la situación descrita, facultando al presidente para el ejercicio de las acciones oportunas. La demanda fue finalmente interpuesta el 25 de febrero de 1987.*



*En el juicio, los demandados opusieron la excepción de prescripción de la acción*<sup>48</sup>.

Tal y como el Tribunal Supremo ha manifestado en numerosas ocasiones, la prescripción es una institución que no está fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de la seguridad jurídica, por lo que su aplicación por los tribunales debe ser cautelosa y restrictiva (SSTS de 13 de marzo de 2007, 29 de octubre de 2003 y 19 de diciembre de 2001<sup>49</sup>).

Por consiguiente, la cuestión controvertida es si habiéndose manifestado los daños en el período decenal de garantía, la tardanza de los afectados en reaccionar ha provocado la extinción de la acción por prescripción.

Punto clave es la determinación del *dies a quo* para el cómputo, esto es, el día inicial a partir del cual comenzará a correr la prescripción. Sobre este particular, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es uniforme al afirmar que debe estarse «a la fecha en que se produjo la ruina o manifestó el vicio ruinógeno (SSTS de 28 de diciembre de 1998 y 15 de octubre de 1990<sup>50</sup>), desde la de la aparición de los vicios de la construcción (SSTS de 6 de abril de 1994 y 3 de mayo de 1996<sup>51</sup>), desde que se aprecie la ruina (STS de 17 de septiembre de 1996<sup>52</sup>), o desde el momento en que se detecta el desperfecto en que el vicio se hace patente (STS de 29 de diciembre de 1999<sup>53</sup>). Recogen esta doctrina las SSTS de 13 de marzo de 2007, 2 de junio de 2005 y 23 de mayo de 2005<sup>54</sup>.

Se defiende de lo expuesto y a pesar de la multiplicidad de momentos (no siempre coincidentes) señalados por el Alto Tribunal que, de acuerdo con la doctrina de la *actio nata* proclamada en el artículo 1969 CC, el momento en que la acción pudo ejercitarse nunca puede ser anterior a aquél en que los indicios de ruina se manifestaron/detectaron/hicieron patentes o, más claramente, cuando el perjudicado tuvo conocimiento de la aparición de los vicios ruinosos<sup>55</sup>.

<sup>48</sup> Con algunas modificaciones, este relato fáctico constituye el supuesto de hecho de la STS de 14 de febrero de 1991 (RJ 1267).

<sup>49</sup> RJ 2569; 7773 y 2002/249.

<sup>50</sup> RJ 10160; 7867.

<sup>51</sup> RJ 2940 y 3775.

<sup>52</sup> RJ 6724.

<sup>53</sup> RJ 9381.

<sup>54</sup> RJ 2569; 5308 y 6362.

<sup>55</sup> STS de 15 de octubre de 1991 (RJ 7449).

Vid. E. CORDERO LOBATO, «Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de edificación», en A. CARRASCO PERERA, E. CORDERO LOBATO y M. C. GONZÁLEZ CARRASCO, *Régimen jurídico de la edificación: Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007, p. 348.

En el caso que analizamos, las fechas a tener en cuenta serían el 24 de septiembre de 1971, momento en que se realizó el primer requerimiento al promotor, dándole cuenta de los desperfectos; y el 25 de febrero de 1987, día de interposición de la demanda. Comenzando el plazo el 24 de septiembre de 1971, finalizaría el 24 de septiembre de 1986; por lo que, considerados aisladamente los datos temporales expresados, la demanda debería inadmitirse por haber prescrito el derecho a reclamar.

No obstante, hay que traer a colación el fundamento de la prescripción antes expuesto: la inactividad del titular del derecho. En el supuesto en estudio, los titulares nunca permanecieron inactivos, requiriendo al titular en repetidas ocasiones, incluso por conducto notarial; interrumpiendo con ello la prescripción (el último acto es del año 1974); asimismo, también la reparación de los desperfectos por parte de don Antonio puede entenderse como interrupción, por significar reconocimiento de la obligación (art. 1973 CC).

Tales actos interruptivos, aunque realizados únicamente frente a uno de los responsables, don Antonio, afectan a todos los obligados, pues como se desprende del artículo 1974 CC: «la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias, aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores».

Por todo lo anterior hemos de concluir que la acción de reclamación no ha prescrito.

Y, como argumento meramente *ad abundantiam*, podría plantearse la posibilidad de la existencia de daños continuados, puesto que los desprendimientos de las baldosas de la fachada no cesaron de producirse desde el año 1971. Para estos daños de producción sucesiva o ininterrumpida, el cómputo de la acción no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, si bien se exige que no sea posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida; mostrándose el daño continuado como algo vivo, latente y concordante precisamente con la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección (STS de 25 de junio de 1990<sup>56</sup>).

## 1.5 Acción de repetición

Dada la solidaridad que se predica para los agentes del daño en el caso en que no se pudiese concretar el grado de responsabilidad imputable a cada uno, el que pagó adquiere un crédito frente a los

<sup>56</sup> RJ 4889.

demás obligados. Dicho crédito se ejercitará mediante la acción de repetición (a la que el art. 1591 CC no alude), que nace en el momento del pago y cuyo plazo de prescripción, a falta de uno específico, será de nuevo el general de quince años del artículo 1964 CC<sup>57</sup>.

*En el año 1974 se concluyó la construcción de unas viviendas, participando como promotora una Caja de Ahorros y la constructora benéfica de ella dependiente, que encargó el proyecto y dirección de la construcción a un estudio de arquitectos, participando además un aparejador y otros profesionales.*

*A los pocos meses de la edificación, aparecieron en las viviendas graves defectos ruinógenos, por lo que tras varios intentos de arreglo amistoso, en el año 1986, la Comunidad de propietarios presenta demanda contra la constructora benéfica y los profesionales intervinientes. Las acciones entabladas en la demanda fueron dos: la primera por incumplimiento de contrato frente a la promotora; y la segunda, subsidiaria a la anterior, frente a todos los intervinientes en el proceso constructivo, al amparo del artículo 1591 CC.*

*En la sentencia recaída se estimó la acción principal ejercitada, sin entrar a conocer de la acción por ruina; por lo que resultó condenada tan sólo la constructora a realizar las reparaciones dictaminadas por un perito judicial, así como al pago de una indemnización.*

*En 1994, en un pleito posterior, pretende la Caja de Ahorros repercutir la total cantidad por ella satisfecha a los demás sujetos participantes en la construcción. Los demandados solicitan la desestimación de la pretensión de la actora «por repetir ahora al amparo de una acción por la que no fue condenada»; y alegan además la prescripción de la acción, por remisión al momento en que comenzaron a aparecer los vicios ruinógenos (año 1974)<sup>58</sup>.*

La pregunta obligada en relación con este relato fáctico es si estamos verdaderamente ante una acción de repetición.

A nuestro juicio la respuesta debe ser negativa. Las responsabilidades de los agentes intervinientes en el proceso constructivo tuvieron que aclararse en el litigio que mantuvo la comunidad de propietarios frente a los posibles responsables de los vicios constructivos. Es en dicho procedimiento cuando la Caja de Ahorros debió haber demostrado que no toda la responsabilidad era suya, probando la participación en el daño de otros agentes<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Vid., por todas, STS de 29 de diciembre de 1998 (RJ 10140).

<sup>58</sup> Los hechos están tomados de la STS de 13 de marzo de 2007 (RJ 2569), en cuya solución creemos que no acierta el Tribunal Supremo, al plantearla como si de la acción de reclamación por daños constructivos se tratase, en lugar de una acción de repetición.

<sup>59</sup> C. FUENTESECA DEGENEFTE, Comentario de la STS de 13 de marzo de 2007, CCJC, n.º 75/2007, pp. 1467-1469.

Por tanto, si en el pleito que siguió la comunidad de propietarios frente a la constructora-promotora y los demás participantes en la edificación, no resultaron estos últimos condenados, no puede ahora la promotora repetir contra ellos lo pagado. La condena de la Caja de Ahorros lo fue por incumplimiento de contrato y no por responsabilidad por ruina, que es lo que aquélla pretende repercutir en el segundo pleito.

Admitido lo anterior, huelga intentar dilucidar si hubo o no prescripción de la acción, pues no se trata de una verdadera acción de repetición. Y si de ella se tratare, no habría prescrito, ya que el *dies a quo* del cómputo hay que fijarlo en la fecha en que uno de los corresponsables solidarios realiza el pago debido.

## 2. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS MATERIALES EN LOS EDIFICIOS DERIVADOS DE DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN EN LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

### 2.1 Daños que dan lugar a responsabilidad conforme a la LOE: daños materiales causados en el edificio<sup>60</sup>

La Ley de ordenación de la edificación contiene el régimen de la responsabilidad por defectos de la construcción en sus artículos 17 y 18.

Hasta en cuatro ocasiones insiste el artículo 17.1 LOE en señalar que los daños resarcibles conforme al régimen de responsabilidad del artículo 17 son los *daños materiales causados en el edificio* por los vicios o defectos que se especifican en el citado número 1. Ello no significa que los restantes daños no sean indemnizables, sino sólo que a los mismos no se les aplica el régimen de responsabilidad de la LOE<sup>61</sup>.

Además, los daños deberán estar causados por defectos ocultos, excepto los que tengan su origen en defectos que afecten a elementos de terminación o acabado (art. 17.1, *in fine*, LOE).

Por otra parte, los defectos causantes del daño deberán ser originarios, quedando excluidos los defectos sobrevenidos. Ahora bien, la LOE ha acogido un concepto de «defecto originario» claramente favorable al comitente, al calificar como tal, automáticamente y sin necesidad de prueba, a todo el que se manifieste dentro de los plazos legales<sup>62</sup>. De modo que para liberarse de la responsa-

<sup>60</sup> Vid. un más amplio tratamiento de la cuestión en el trabajo del Prof. ALBIEZ, incluido en esta obra.

<sup>61</sup> Vid. CORDERO LOBATO, *op. cit.*, pp. 300 y 302.

<sup>62</sup> Vid. RUIZ RICO Y MORENO TORRES, *op. cit.*, pp. 189-190.

bilidad, será el obligado quien deberá probar que se trata de defecto sobrevenido.

## 2.2 Los plazos de garantía

### 2.2.1 LA DIVERSIDAD DE PLAZOS DE GARANTÍA EN LA LOE

A diferencia de lo que sucede en el artículo 1591 CC, donde el plazo de garantía se aplica con independencia del tipo de vicio o defecto de la obra, la LOE, en claro paralelismo con el sistema francés, ha establecido tres plazos diversos de garantía en función del tipo de daño. Estos plazos son:

1.º Diez años para los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos estructurales. Éstos son los que afectan a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio [art. 17.1.a) LOE].

2.º Tres años para los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos constructivos, que afectan a los elementos constructivos o a las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad [art. 17.1.b) LOE].

3.º Un año para los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras (art. 17.1, *in fine*, LOE).

Siendo estos lapsos temporales de garantía, las reclamaciones de los propietarios ni los interrumpen ni los suspenden, si bien sobre la reparación efectuada por el responsable, en su caso, se abrirá un nuevo plazo de garantía que, por analogía y aunque la obra no tenga la entidad a la que se refiere el artículo 2.2 LOE, debe estar sujeto al mismo régimen que la obra defectuosa (esto es, el art. 17 LOE). Si lo que se manifiesta en el plazo de garantía no es un defecto o vicio del artículo 17, sino otra «imperfección corriente» no hay lugar a la aplicación del precepto, aunque más allá del plazo de garantía esa imperfección degenerare en uno de los vicios o defectos del artículo 17 LOE<sup>63</sup>.

Cada fase de la obra, si fue objeto de un acto de recepción propia e independiente, tiene su propio plazo de garantía, aunque el técnico director de las distintas fases fuera el mismo<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> CORDERO LOBATO, *op. cit.*, p. 338.

<sup>64</sup> SAP de las Islas Baleares de 23 de abril de 2001 (AC 2002/233).

### 2.2.2 CÓMPUTO

En la línea marcada por otros ordenamientos europeos<sup>65</sup>, el legislador español establece como *dies a quo* del cómputo, en principio y para todos los tipos de defectos, la fecha de la recepción de la obra<sup>66</sup>.

Sin embargo, si en la recepción el comitente no estuviera plenamente conforme con la obra ejecutada y formulara reservas, el día inicial del cómputo no está tan claro en la LOE, al contener ésta normas contradictorias al respecto.

En efecto, a diferencia del Código civil francés, en el que se dice tajantemente que la recepción es «el acto por el cual el propietario de la obra declara aceptar la obra con o sin reservas» (art. 1792-6 *Code*), fecha desde la cual comienza el cómputo del plazo; en nuestro ordenamiento, tras disponer el artículo 6.5 LOE que «el cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en esta Ley se iniciará a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, o cuando se entienda ésta tácitamente producida»<sup>67</sup>, el artículo 17.1 LOE indica que los plazos deberán contarse «desde la fecha de la recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas<sup>68</sup>».

Como indica Cordero Lobato<sup>69</sup>, el promotor puede recibir la obra, con o sin reservas, y en ambos casos se suscribirá el «acta de recepción» que regula el artículo 6.2 LOE. Mas, si la recepción fue con reservas, cuando éstas se subsanen se extenderá otro acta, que puede denominarse «acta de subsanación», que se firmará aparte [art. 6.2 *d*] LOE]. En consecuencia, la cuestión es ¿en cuál de estos momentos se considera que comienza el plazo de garantía? La duda es si habrá de estarse al momento de la firma del acta de

<sup>65</sup> El BGB señala en su § 634a que el cómputo de la prescripción comienza la recepción, con excepción de los casos de obras sobre bienes incorporales, en las que el plazo comenzará cuando se tuvo conocimiento del daño (cómputo subjetivo).

En el Código civil francés, el día de comienzo del cómputo es también el de la recepción de la obra (arts. 1792-3, 1792-6, párrafo segundo y 2270). Igualmente ocurre en el Código Suizo de obligaciones (art. 371.2).

<sup>66</sup> Un sector de la doctrina ha estimado que hubiera sido más coherente con el significado y función asignados por la LOE a los plazos de garantía, determinar que el cómputo debía iniciarse, para los defectos estructurales, en el momento de la conclusión efectiva de la obra; para los defectos de habitabilidad, en la fecha en que la edificación comience a ser utilizada; y para los de acabado en la de la entrega al promotor (*vid. RUIZ RICO y MORENO TORRES, op. cit.*, p. 217).

<sup>67</sup> Y previamente, el párrafo primero del mismo artículo define la recepción de la obra, al modo francés, como «el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptada por éste. Podrá realizarse con o sin reservas y deberá abarcar la totalidad de la obra o fases completas y terminadas de la misma, cuando así se acuerde por las partes».

<sup>68</sup> El inciso final no constaba en el Proyecto inicial (*vid. BOCG. Congreso, serie A, n.º 163, de 15 de marzo de 1999*).

<sup>69</sup> *Vid. op. cit.*, p. 339.

recepción, como parece indicar el artículo 6.5 LOE, o deberá tenerse en cuenta para el cómputo el acta de subsanación de las deficiencias sobre las que versó la reserva, como se desprende del artículo 17.1 LOE.

Las interpretaciones posibles a esta discordancia son dos<sup>70</sup>:

1.<sup>a</sup> El plazo de garantía se computa a partir de la fecha en que se suscriba el acta de recepción, pero no habrá responsabilidad conforme a la LOE por los daños del artículo 17.1 que tengan su causa en las deficiencias que fueron objeto de las reservas que el promotor formuló en el acta de recepción. Estas deficiencias, o mejor, los daños que de ellas se deriven sólo estarán sujetos a responsabilidad *ex* artículo 17 cuando las mismas se corrijan y se suscriba la correspondiente acta de subsanación<sup>71</sup>.

2.<sup>a</sup> La segunda forma de interpretar la solución del problema es entender que, como dice claramente el artículo 17.1 LOE, los plazos de garantía se inician con la recepción sin reservas o con el acta de subsanación de las mismas<sup>72</sup>.

En nuestra opinión, es preferible entender que el plazo de garantía de la obra comienza desde la recepción, pero si se han formulado reservas por deficiencias apreciadas en la construcción, una vez subsanadas éstas comenzará el plazo de garantía respecto de dicha reparación, computando el plazo desde el acta de subsanación. Esta es la solución que parece seguir el *Code civil* francés al establecer: «La garantía de perfecta terminación, a la que está obligado el contratista durante el plazo de un año, se extiende a la reparación de todas las anomalías señaladas por el propietario de la obra mediante reservas mencionadas en el acta de recepción o por vía de notificación escrita para las reveladas posteriormente a la recepción» (art. 1796-2, segundo párrafo).

## 2.3 Los plazos de prescripción de las acciones

### 2.3.1 PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DEL ARTÍCULO 17 LOE

El párrafo primero del artículo 18 LOE establece que: «las acciones para exigir la responsabilidad prevista en el artículo anterior por daños materiales dimanantes de vicios o defectos, prescribirán en el plazo de dos años a contar desde que se produzcan

<sup>70</sup> *Vid.* CORDERO LOBATO, *op. cit.*, p. 340.

<sup>71</sup> Esta es la solución preferida por CORDERO LOBATO, *vid. op. cit.* pp. 340-341.

<sup>72</sup> RUIZ-RICO y MORENO TORRES, *op. cit.* p. 219-220.



dichos daños, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual».

En contraste con el largo plazo quinquenal existente con anterioridad a la LOE, en ésta el plazo de ejercicio es de dos años, sin que se prevea legalmente la posibilidad de su alteración mediante pacto (alargar o acortar el tiempo mediante pacto expreso entre las partes).

El cómputo de este plazo bianual comenzará, según dispone el artículo 18.1 LOE, «desde que el daño se produjo». Se decanta, consiguientemente, por un cómputo de carácter objetivo.

¿Modifica este artículo 18.1 LOE sensiblemente la jurisprudencia tradicional sobre el cómputo del tiempo de prescripción en la acción por defectos ruinógenos que hemos visto con anterioridad?

Señala Cordero Lobato que, de acuerdo con la tesis de la *actio nata*, el plazo no puede comenzar antes de que la acción pueda ejercitarse y esto tiene lugar, según la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 1969 CC, cuando es objetivamente posible que el perjudicado conozca el daño, pues otra solución lo colocaría en situación de indefensión. No quiere esto decir que se aplique el sistema subjetivo de computación del artículo 1968 CC, basta que el perjudicado pueda objetivamente tomar conocimiento del daño (aunque no lo haya hecho por circunstancias personales en él concurrentes)<sup>73</sup>.

Hay que plantearse si esta regla general sobre el *dies a quo* del plazo de prescripción sufre alguna variación en el caso de que se esté en presencia de daños continuados. Como se ha advertido *supra*, la jurisprudencia ha entendido que en estos supuestos el plazo comienza el día de la verificación total del daño, esto es, el día en que el total resultado dañoso sea cuantitativamente conocido por el perjudicado, siempre y cuando no fuera posible fraccionar en etapas diferenciadas la serie de actos que producen la ruina. Si bien hay que aclarar que esta doctrina ha sido desarrollada fundamentalmente sobre la base de la acción derivada del artículo 1902 CC, cuyo plazo prescriptivo es muy breve (un año).

¿Puede trasladarse esta doctrina a los daños ruinógenos del artículo 17 LOE?

A nuestro juicio, para los daños materiales sometidos a la LOE carece de relevancia el carácter instantáneo o reiterado del agente productor de los mismos: el defecto era originario y produce un daño; sin que deba aplicarse la doctrina jurisprudencial sobre la «verificación total del daño». Esto es, el compromiso de la estabilidad o de la habitabilidad que ya sea manifiesto determina el inicio

<sup>73</sup> *Vid. op. cit.*, p. 349.

del plazo del artículo 18 LOE, aunque se trate de un daño que esté sujeto a progresiva agravación<sup>74</sup>.

### 2.3.2 PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REGRESO

El artículo 18.2 LOE ha establecido que las acciones de repetición o regreso que pudiesen corresponder a cualquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás, o a los asegurados contra ellos, prescribirán en el plazo de dos años desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial.

Así pues, si bien en la generalidad de las acciones de repetición el plazo de prescripción se computa a partir de la realización del pago por uno de los obligados, en el supuesto del artículo 18 LOE, si ha habido reclamación judicial, el *dies a quo* se fija teniendo en cuenta la fecha de la firmeza de la sentencia de condena.

La doctrina ha entendido que la utilidad práctica de esta previsión del artículo 18.2 LOE es permitir que el demandado por defectos constructivos pueda ejercitar la acción de regreso en el mismo pleito entablado por el perjudicado, posibilidad admitida por la disposición adicional séptima de la LOE<sup>75</sup>. Pero, como advierte Cordero Lobato, si a tenor del artículo 18.2 LOE, para ejercitar la acción de regreso es preciso que la resolución judicial de condena sea firme, dicha acción sólo podrá entablarse en el pleito instado por el propie-

<sup>74</sup> En este sentido se manifiestan J. E. CORBAL FERNÁNDEZ, «El tiempo en la responsabilidad por vicios o defectos en la edificación», en AA.VV. (Coord. P. SALA SÁNCHEZ), *Derecho de la Edificación*, 2.ª edición, Barcelona, 2001, p. 342, y E. CORDERO LOBATO, *op. cit.*, p. 349.

En contra, RUIZ RICO y MORENO TORRES (*op. cit.* pp. 242 y ss.), que proponen aplicar la doctrina de los daños continuados en aquellos supuestos en que la actividad dañosa persiste y no en cambio cuando ésta se ha detenido, independientemente de que el daño perdure; y ello porque sólo en el primer caso existe la posibilidad de que aparezcan nuevos perjuicios. Esto ocurre, por ejemplo, «en el caso de las filtraciones o humedades sucesivas, mas no cuando el daño consista en un inadecuado aislamiento térmico o acústico, hipótesis en la que, si bien es cierto que el perjuicio perdura hasta la reparación del defecto, no se puede hablar en rigor de un daño material continuado, ya que el vicio o defecto como tal no aparece más que una vez» (*cf. op. cit.*, p. 249).

<sup>75</sup> Ésta establece que «quien resulte demandado por ejercitarse contra él acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de edificación previstas en la presente ley, podrá solicitar, dentro del plazo que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede para contestar a la demanda, que ésta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el referido proceso.

La notificación se hará conforme lo establecido para el emplazamiento de los demandados e incluirá la advertencia expresa a aquellos otros agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparecieren, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos».

tario del inmueble si el titular de la acción la ejercita, de forma eventual, para el caso de ser condenado a cumplir frente al propietario<sup>76</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

No decimos nada nuevo al afirmar que la regulación del Código civil sobre el contrato de obra clama una profunda revisión. La concreta parcela atinente a los límites temporales que hemos analizado en este trabajo, ya trasluce la falta de uniformidad y de claridad sobre el régimen aplicable, que provoca una huida hacia el régimen general del incumplimiento y los largos plazos quindeniales. Todo ello se hace más patente si se observa la claridad del § 634a BGB en el establecimiento de los plazos y de su cómputo.

Como hace años ya advertía Casas Vallés<sup>77</sup>, el esfuerzo interpretativo que exige la aplicación de los artículos 1588 y siguientes del Código civil a prestaciones que nada tienen que ver con la construcción ni con el trabajo artesanal, resulta excesivo y a menudo, infructuoso. Algunos de los problemas han sido paliados mediante la LOE y lo serán más cuando con el paso del tiempo, ésta se aplique a todas las obras de edificación y no coexista con la regulación del Código civil. Sin embargo, las obras muebles siguen huérfanas de regulación, lo que obliga a hacer encaje de bolillos acudiendo a las normas generales y a normativas particulares y sectoriales (como en el caso de la reparación de vehículos a motor), no extrapolables a otros supuestos.

A la hora de afrontar la posible reforma de estos preceptos, es preciso abrir un debate sobre la longitud de los plazos. ¿Deben adoptarse plazos largos, como ocurre en la actual regulación? ¿O plazos cortos, según el modelo alemán? ¿Cuál es el equilibrio en la protección? La práctica jurídica ha demostrado que mayor longitud de plazos no significa necesariamente mayor protección para el comitente, que a la vista de éstos, suele dilatar la reclamación, provocando el empeoramiento de los daños y en ocasiones, su irreparabilidad<sup>78</sup>.

La promulgación de la Ley de Ordenación de la Edificación supuso el acortamiento del tiempo de garantía en aras a que pueda afirmarse, sin riesgo excesivo de error, que el daño manifestado durante ese plazo se debe a un defecto originario. Y en cuanto al

<sup>76</sup> Vid. *op. cit.*, p. 350.

<sup>77</sup> Vid. *op. cit.*, p. 86.

<sup>78</sup> Es sorprendente que el Tribunal Supremo no suela tener en cuenta la tardanza del propietario de la obra en reclamar, a la hora de fijar el *quantum* indemnizatorio.

plazo de prescripción se hizo lo propio, ya que el legislador estimó que no puede ser tan amplio que permita que se hagan recaer sobre el responsable aquellas consecuencias de su mal hacer que no sean inmediatas, sino indirectas o agravadas por efecto de la ausencia de una reparación tempestiva <sup>79</sup>.

Esta política legislativa de acortamiento de plazos, acorde con las tendencias existentes en Derecho comparado, choca frontalmente con el mantenimiento del plazo quinquenal de prescripción en el irreformado régimen del contrato de obra de bienes muebles. Es ilógico que siendo obras en principio menos importantes, se contemple un plazo de prescripción tan largo (el general de las acciones personales) para la reclamación. La sensación de sinrazón aumenta si lo comparamos con el régimen de prescripción del BGB para las obras muebles: dos años.

Si bien entendemos adecuado, de *lege ferenda*, el mantenimiento de un plazo de garantía en pro de facilitar la prueba del daño al comitente (generalmente no perito en la materia); abogamos por un acortamiento de los plazos prescriptivos, a fin de equilibrar la protección de las partes contratantes. Como antes hemos señalado, esta es la tendencia que está inspirando las reformas de los ordenamientos jurídicos europeos en materia de prescripción. Plazos razonables, no excesivamente largos (ni tampoco muy cortos, como los seis meses de las acciones de saneamiento en la compraventa) <sup>80</sup>.

En cuanto al inicio del cómputo del plazo, la regulación del BGB combina el criterio objetivo para las obras muebles e inmuebles (§ 634.2 BGB), con el subjetivo para las obras referidas a bienes incorporeales, respecto a los cuales el *dies a quo* es el del conocimiento del daño por el comitente. Nuestro ordenamiento jurídico, privilegiando la seguridad jurídica, se decanta en esta materia por el cómputo objetivo.

Llama la atención que la norma alemana, que sigue en las obras relativas a bienes incorporeales la tendencia actual del cómputo subjetivo, no lo haya combinado (como aconseja Zimmermann <sup>81</sup>) con

<sup>79</sup> Vid. RUIZ RICO y Moreno Torres, *op. cit.*, p. 188.

<sup>80</sup> Al respecto puede verse, R. M. GARCÍA PÉREZ, «La prescripción en el Derecho europeo», en la obra colectiva (Dir. S. SÁNCHEZ LORENZO), *Derecho contractual comparado*, Civitas-Thomson, Madrid, 2009, p. 824.

<sup>81</sup> «La prescripción no debe quedar pendiente de forma indefinida; en algún momento, las partes podrán considerar cerrado el incidente. Esto explica por qué un plazo relativo (cuyo transcurso se fija a partir del criterio de la posibilidad de conocimiento), debe verse completado con el establecimiento de un plazo máximo, establecido con base en un criterio objetivo, tras cuyo transcurso ya no es posible la reclamación de la pretensión, y ello con independencia del conocimiento del acreedor». Cfr. *The new german Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford, 2005, edición española: *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, por E. ARROYO Y AMAYUELAS, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 147-148.

el denominado «plazo de preclusión», plazo límite, absoluto, más largo y fundado en parámetros objetivos, cuya finalidad es evitar que por razón del cómputo subjetivo o de la interferencia de causas de interrupción o suspensión, la prescripción se prolongue excesivamente<sup>82</sup>.

En definitiva, lo deseable con vistas a una posible reforma de nuestro Código civil sería: acortamiento de los plazos prescriptivos y un cómputo objetivo o bien cómputo subjetivo, si se combina con el plazo de preclusión. Todo ello a fin de evitar que la balanza de la protección se incline a favor de uno de los contratantes (comitente) en detrimento del otro (contratista), pues fuera del Derecho de consumidores no hay razón para la sobreprotección.

---

<sup>82</sup> Vid. GARCÍA PÉREZ, *op. cit.*, p. 832.



# 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 de Anexos. *DOUE*, L, núm. 341, de 22 de diciembre de 2011.**

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

2. **Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1142/2011 de la Comisión, de 10 de noviembre de 2011, por el que se establecen los anexos X y XI del Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. *DOUE*, L, núm. 293, de 11 de noviembre de 2011.**
3. **Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. *DOUE*, L, núm. 304, de 22 de noviembre de 2011.**
4. **Reglamento (UE) núm. 156/2012 de la Comisión, de 22 de febrero de 2012, por el que se modifican los anexos I a IV 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. *DOUE*, L, núm. 50, de 23 de febrero de 2012.**

TRANSPORTE

5. **Decisión del Consejo, de 12 de diciembre de 2011, sobre la adhesión de la Unión Europea al Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, de 1974,**



en relación con lo dispuesto en sus artículos 10 y 11. *DOUE*, L, núm. 8, de 12 de enero de 2012.

6. Decisión del Consejo, de 12 de diciembre de 2011, sobre la adhesión de la Unión Europea al Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, de 1974, en relación con lo dispuesto en sus artículos 10 y 11. *DOUE*, L, núm. 8, de 12 de enero de 2012.

## B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

### CONSUMIDORES

7. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2010, respecto de la Posición del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los derechos de los viajeros de autobús y autocar, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 [05218/3/2010 – C7-0077/2010 – 2008/0237(COD)] P7\_TC2-COD (2008) 0237. *DOUE*, C, núm. 351E, de 2 de diciembre de 2011.
8. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2010, respecto de la Posición del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 [14849/3/2009 – C7-0076/2010 – 2008/0246(COD)] P7\_TC2-COD(2008)0246. *DOUE*, C, núm. 351E, de 2 de diciembre de 2011.
9. Adenda de la comunicación de la Comisión conforme al 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, por lo que se refiere a las autoridades competentes y a las oficinas de enlace únicas. *DOUE*, C, núm. 356, de 6 de diciembre de 2011.
10. Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial. *DOUE*, C, núm. 377, de 23 de diciembre de 2011.

### ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

11. Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil. *DOUE*, C, núm. 373, de 21 de diciembre de 2011.

12. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales, COM(2011) 126 final – 2011/0059 (CNS), y la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas COM(2011) 127 final – 2011/0060 (CNS). DOUE, C, núm. 376, de 22 de diciembre de 2011.**
13. **Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre el paquete legislativo relativo a las víctimas de la delincuencia, incluida la propuesta de Directiva por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y la propuesta de Reglamento relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. DOUE, C, núm. 35, de 9 de febrero.**
14. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE [COM(2011) 274 final], y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos [COM(2011) 275 final – 2011/0129 (COD)] DOUE, C, núm. 43, de 15 de febrero de 2012.**
15. **Dictamen del Comité de las Regiones. «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». DOUE, C, núm. 54, de 23 de febrero de 2012.**

#### INTERNET

16. **Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de septiembre de 2010, sobre la realización del mercado interior del comercio electrónico (2010/2012(INI). DOUE, C, núm. 50E, de 21 de febrero de 2012.**

#### PROPIEDAD INTELECTUAL

17. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se encomiendan a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) ciertas funciones conexas a la protección de los derechos de propiedad intelectual, entre otras la de congregar a representantes de los sectores público y privado en un Observatorio Europeo de la Falsificación y la Piratería» COM(2011) 288 final – 2011/0135 (COD). DOUE, C, núm. 376, de 22 de diciembre de 2011.**

18. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas» COM(2011) 289 final – 2011/0136 (COD). DOUE, C, núm. 376, de 22 de diciembre de 2011.**
19. **Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de septiembre de 2010, sobre el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual en el mercado interior [2009/2178(INI)]. DOUE, C, núm. 50E, de 21 de febrero de 2012.**

#### SOCIEDADES

20. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Revisión de la “Small Business Act” para Europa» COM(2011) 78 final. DOUE, C, núm. 376, de 22 de diciembre de 2011.**
21. **Dictamen del Comité de las Regiones sobre la revisión de la «Small Business Act» para Europa. DOUE, C, núm. 9, de 11 de enero de 2012.**

## II. PRÁCTICA DEL TJ Y DEL TPI

#### CONSUMIDORES

22. **Asunto C-83/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de octubre de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Pontevedra – España) – Aurora Sousa Rodríguez, Yago López Sousa, Rodrigo Puga Lueiro, Luis Rodríguez González, María del Mar Pato Barreiro, Manuel López Alonso, Yaiza Pato Rodríguez/Air France. Procedimiento prejudicial – Transporte aéreo – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículo 2, letra l) – Compensación a los pasajeros en caso de cancelación de un vuelo – Concepto de «cancelación» – Artículo 12 – Concepto de «compensación suplementaria» – Compensación en virtud del Derecho nacional. DOUE, C, núm. 355, de 3 de diciembre de 2011.**

#### ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

23. **Asunto C-139/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 13 de octubre de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – Prism Investments BV/J.A. van der Meer, actuando en condición de administrador concursal de Arilco Holland BV. Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Otorgamiento de la ejecución – Motivos de denegación – Ejecución en el Estado de**

origen de la resolución judicial objeto de la solicitud de otorgamiento de la ejecución. *DOUE*, C, núm. 355, de 3 de diciembre de 2011.

24. Asunto C-396/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 20 de octubre de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale ordinario di Bari – Italia) – Interedil Srl, en liquidación/Fallimento Interedil Srl, Intesa Gestione Crediti Spa. Procedimiento prejudicial – Legitimación de un órgano jurisdiccional inferior para plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia – Reglamento (CE) núm. 1346/2000 – Procedimientos de insolvencia – Competencia internacional – Centro de los intereses principales del deudor – Traslado del domicilio social a otro Estado miembro – Concepto de establecimiento. *DOUE*, C, núm. 362, de 10 de diciembre de 2011.
25. Asunto C-406/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de octubre de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – Realchemie Nederland BV/Bayer CropScience AG – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales – Concepto de «materia civil y mercantil» – Reconocimiento y ejecución de una resolución por la que se impone una multa – Directiva 2004/48/CE – Derechos de propiedad intelectual – Infracción de esos derechos – Medidas, procedimientos y recursos – Condena – Procedimiento de exequátur – Costas de dicho procedimiento. *DOUE*, C, núm. 362, de 10 de diciembre de 2011.
26. Asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 25 de octubre de 2011 [peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Bundesgerichtshof (Alemania) y el Tribunal de grande instance de Paris (Francia)] – eDate Advertising GmbH/X, Olivier Martinez, Robert Martinez/MGN Limited. Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Competencia «en materia delictual o cuasidelictual» – Directiva 2000/31/CE – Publicación de información en Internet – Lesión de los derechos de la personalidad – Lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso – Derecho aplicable a los servicios de la sociedad de la información. *DOUE*, C, núm. 370, de 17 de diciembre de 2011.
27. Asunto C-145/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Handelsgericht Wien – Austria) – Eva-Maria Painer/Standard Verlags GmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG [Competencia judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículo 6, número 1 – Pluralidad de demandados – Directiva 93/98/CEE – Artículo 6 – Protección de fotografías – Directiva 2001/29/CE – Artículo 2 – Reproducción – Utilización de un retrato fotográfico como modelo para elaborar un

- retrato-robot – Artículo 5, apartado 3, letra d) – Excepciones y limitaciones para citas – Artículo 5, apartado 3, letra e) – Excepciones y limitaciones con fines de seguridad pública – Artículo 5, apartado 5]. *DOUE*, C, núm. 32, de 4 de febrero de 2012.
28. Asunto C-191/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de diciembre de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – Sociedad Rastelli Davide e C. Snc/Jean-Charles Hidoux, que actúa en calidad de liquidador judicial de la sociedad Médiasucre internacional – Reglamento (CE) núm. 1346/2000 – Procedimientos de insolvencia – Competencia internacional – Ampliación de un procedimiento de insolvencia, incoado respecto a una sociedad establecida en un Estado miembro, a una sociedad cuyo domicilio social está situado en otro Estado miembro, debido a la confusión de los patrimonios). *DOUE*, C, núm. 39, de 11 de febrero de 2012.
29. Asunto C-384/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 15 de diciembre de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van Cassatie van België – Bélgica) – Jan Voogsgeerd/Navimer SA (Convenio de Roma relativo a 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 – Trabajador que realiza su trabajo en varios Estados contratantes). *DOUE*, C, núm. 39, de 11 de febrero de 2012.

#### MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

30. Asunto C-323/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de septiembre de 2011 [petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (Chancery Division) – Reino Unido] – Interflora Inc, Interflora British Unit/Marks & Spencer plc, Flower Direct Online Limited [Marcas – Publicidad en Internet a partir de palabras claves («keyword advertising») – Elección por el anunciante de una palabra clave correspondiente a la marca de renombre de un competidor – Directiva 89/104/CEE – Artículo 5, apartados 1, letra a), y 2 – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 9, apartado 1, letras a) y c) – Requisito de menoscabo de una de las funciones de la marca – Menoscabo del carácter distintivo de una marca de renombre («dilución») – Provecho obtenido indebidamente del carácter distintivo o de la notoriedad de dicha marca («parasitismo»)]. *DOUE*, C, núm. 331, de 12 de noviembre de 2011.
31. Asunto C-482/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de septiembre de 2011 [petición de decisión prejudicial planteada por Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) – Reino Unido] – Budějovický Budvar, národní podnik/Anheuser-Busch Inc. – Marcas – Directiva 89/104/CEE – Artículo 9, apartado 1 – Concepto de «tolerancia» – Prescripción por tolerancia – Inicio del cómputo del plazo de prescripción – Requisitos necesarios para que comience a correr el plazo de prescripción –

- Artículo 4, apartado 1, letra a) – Registro de dos marcas idénticas que designan productos idénticos – Funciones de la marca – Uso simultáneo de buena fe. DOUE, C, núm. 331, de 12 de noviembre de 2011.**
32. **Asunto C-426/10 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 22 de septiembre de 2011 – Bell & Ross BV/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Klockgrossisten i Norden AB (Recurso de casación – Original firmado de la demanda presentado fuera de plazo – Vicio subsanable). DOUE, C, núm. 331, de 12 de noviembre de 2011.**
  33. **Asunto T-479/08: Sentencia del Tribunal General de 29 de septiembre de 2011 – Adidas/OAMI – Patrick Holding (Representación de un zapato con dos bandas). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa un zapato con dos bandas a un lado – Marca nacional anterior que representa un zapato con dos bandas a un lado – Motivo de denegación relativo – No justificación del derecho anterior – Falta de traducción de elementos esenciales justificativos del registro de la marca anterior – Regla 16, apartado 3, regla 17, apartado 2, y regla 20, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 2868/95. DOUE, C, núm. 331, de 12 de noviembre de 2011.**
  34. **Asunto T-581/08: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2011 – Perusahaan Otomobil Nasional/OAMI – Proton Motor Fuel Cell (PM PROTON MOTOR). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa PM PROTON MOTOR – Marcas denominativas y figurativas nacionales, del Benelux y comunitarias anteriores PROTON – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Falta de similitud de los productos y de los servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. DOUE, C, núm. 331, de 12 de noviembre de 2011.**
  35. **Asunto T-207/09: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2011 – El Jirari Bouzekri/OAMI – Nike International (NC NICKOL). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa NC NICKOL – Marca comunitaria figurativa anterior NIKE – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Falta de similitud de los signos – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 331, de 12 de noviembre de 2011.**
  36. **Asunto T-415/09: Sentencia del Tribunal General de 29 de septiembre de 2011 – New Yorker SHK Jeans/OAMI – Vallis K. – Vallis A. (FISHBONE). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria FISHBONE – Marca figurativa nacional anterior FISHBONE BEACHWEAR – Motivo**



- de denegación relativo – Denegación parcial de la solicitud – Uso efectivo de la marca anterior – Toma en consideración de pruebas adicionales – Motivación – Prueba del uso efectivo – Riesgo de confusión – Artículos 42, apartados 2 y 3, y 76, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Regla 22, apartado 2, segunda frase, del Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 – Artículos 15, apartado 1, párrafos primero y segundo, letra a), y 42, apartados 2, 3 y 5, del Reglamento núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009». *DOUE*, C, núm. 331, de 12 de noviembre de 2011.
37. Asunto T-107/10: Sentencia del Tribunal General de 29 de septiembre de 2011 – Procter & Gamble Manufacturing Cologne/OAMI – Natura Cosméticos (NATURAVIVA). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa NATURAVIVA – Marca comunitaria denominativa anterior VIVA – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de similitud de los signos. *DOUE*, C, núm. 331, de 12 de noviembre de 2011.
  38. Asunto T-150/10: Sentencia del Tribunal General de 29 de septiembre de 2011 – Telefónica O2 Germany/OAMI – Loopia (LOOPIA). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa LOOPIA – Marcas comunitarias denominativas anteriores LOOP y LOOPY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 331, de 12 de noviembre de 2011.
  39. Asunto T-356/10: Sentencia del Tribunal General de 28 de septiembre de 2011 – Nike International/OAMI – Deichmann (VICTORY RED). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa VICTORY RED – Marcas internacional y nacional denominativas anteriores Victory – 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. 331, de 12 de noviembre de 2011.
  40. Asunto T-403/10: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2011 – Brighton Collectibles/OAMI – Felmar (BRIGHTON). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de la marca comunitaria denominativa BRIGHTON – Marcas nacionales denominativas y figurativas BRIGHTON y otros signos anteriores BRIGHTON – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 2, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 331, de 12 de noviembre de 2011.
  41. Asunto T-488/08: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2011 – Galileo International Technology/OAMI – Galileo Sistemas y Servicios (GSS GALILEO SISTEMAS Y SERVICIOS). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de



marca comunitaria figurativa GSS GALILEO SISTEMAS Y SERVICIOS – Marcas comunitarias denominativas anteriores GALILEO – Marca comunitaria figurativa anterior powered by Galileo – Marcas comunitarias figurativas anteriores GALILEO INTERNATIONAL – 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. 340, de 19 de noviembre de 2011.

42. Asunto T-508/08: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2011 – Bang & Olufsen/OAMI (Representación de un altavoz). Marca comunitaria – Solicitud de marca tridimensional comunitaria – Representación de un altavoz – Ejecución por la OAMI de una sentencia de anulación de una resolución de sus Salas de Recurso – Artículo 63, apartado 6, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 65, apartado 6, del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – Motivo de denegación absoluto – Signo consistente exclusivamente en la forma que afecta al valor intrínseco del producto – Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso iii), del Reglamento núm. 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra e), inciso iii), del Reglamento núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 340, de 19 de noviembre de 2011.
43. Asunto T-118/09: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2011 – La Sonrisa de Carmen y Bloom Clothes/OAMI – Heldmann (BLOOMCLOTHES). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa BLOOMCLOTHES – Marca nacional denominativa anterior BLOOM – 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. 340, de 19 de noviembre de 2011.
44. Asunto T-425/09: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2011 – Honda Motor/OAMI – Blok (BLAST). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria BLAST – Marcas denominativas comunitaria y de Benelux anteriores BLAST – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Carácter distintivo escaso de las marcas anteriores]. *DOUE*, C, núm. 340, de 19 de noviembre de 2011.
45. Asunto T-526/09: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2011 – PAKI Logistics/OAMI (PAKI). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa PAKI – Motivo de denegación absoluto – Marca contraria al orden público o a las buenas costumbres – Artículo 7, apartado 1, letra f), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 340, de 19 de noviembre de 2011.
46. Asunto T-176/10: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2011 – Seven/OAMI – Seven for all mankind (SEVEN FOR ALL

- MANKIND). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria SEVEN FOR ALL MANKIND – Marcas figurativas anteriores comunitarias e internacionales que incluyen el elemento denominativo «seven» – Motivo de denegación relativo – Similitud de los signos – Artículo 8, apartados 1, letra b), y 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 340, de 19 de noviembre de 2011.**
47. **Asunto T-208/10: Sentencia del Tribunal General de 7 de julio de 2011 – Cree/OAMI (TRUEWHITE). Marca comunitaria – Solicitud de marca denominativa comunitaria TRUEWHITE – Motivos de denegación absolutos – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Marca descriptiva. *DOUE*, C, núm. 340, de 19 de noviembre de 2011.**
  48. **Asunto T-246/10: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2011 – Industrias Francisco Ivars/OAMI – Motive (Reductor mecánico de velocidad). Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un reductor mecánico de velocidad – Dibujo o modelo comunitario anterior – Motivo de nulidad – Falta de carácter singular – Falta de impresión general diferente – Artículo 6 y artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002. *DOUE*, C, núm. 340, de 19 de noviembre de 2011.**
  49. **Asunto T-247/10: Sentencia del Tribunal General de 6 de octubre de 2011 – medi/OAMI – Deutsche Medien Center (deutschemedi.de). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria deutschemedi.de – Marca denominativa comunitaria anterior World of medi, marcas figurativas y denominativas nacionales anteriores medi.eu, medi welt, medi-Verband, medi y nombre comercial y denominación social anteriores medi – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 340, de 19 de noviembre de 2011.**
  50. **Asunto T-421/10: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2011 – Cooperativa Vitivinícola Arousana/OAMI – Sotelo Ares (ROSALIA DE CASTRO). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria ROSALIA DE CASTRO – Marca denominativa nacional anterior ROSALIA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los productos – Apreciación de la similitud entre los signos en el plano conceptual – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 340, de 19 de noviembre de 2011.**
  51. **Asunto T-449/08: Sentencia del Tribunal General de 18 de octubre de 2011 – SLV Elektronik/OAMI – Jiménez Muñoz (LINE). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria LINE – Marcas denominativa y figurativa nacionales anteriores Line – Denegación parcial del registro – Motivos de denegación relativos – 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. 347, de 26 de noviembre de 2011.
52. Asunto T-393/09: Sentencia del Tribunal General de 13 de octubre de 2011 – NEC Display Solutions Europe/OAMI – Nokia (NaViKey). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa NaViKey – Marca comunitaria denominativa anterior NAVI – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Incumplimiento de la obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 347, de 26 de noviembre de 2011.
53. Asunto T-53/10: Sentencia del Tribunal General de 18 de octubre de 2011 – Reisenhel/OAMI – Dynamic Promotion (Jaulas y cestas). Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Desestimación de la solicitud de nulidad por la División de Anulación – Notificación de la resolución de la División de Anulación por fax – Recurso ante la Sala de Recurso – Escrito de motivación del recurso – Plazo de presentación – Admisibilidad del recurso – Artículo 57 del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Rectificación de una resolución – Artículo 39 del Reglamento (CE) núm. 2245/2002 – Principio general del Derecho que permite la revocación de una resolución ilegal. *DOUE*, C, núm. 347, de 26 de noviembre de 2011.
54. Asunto T-87/10: Sentencia del Tribunal General de 11 de octubre de 2011 – Chestnut Medical Technologies/OAMI (PIPELINE). Marca comunitaria – Solicitud de marca denominativa comunitaria PIPELINE – 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. 347, de 26 de noviembre de 2011.
55. Asunto T-304/10: Sentencia del Tribunal General de 18 de octubre de 2011 – dm-drogerie markt/OAMI – Semtee (caldea). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa caldea – Marca internacional denominativa anterior BALÉA – 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. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 347, de 26 de noviembre de 2011.
56. Asunto T-189/09: Sentencia del Tribunal General de 20 de octubre de 2011 – Poloplast/OAMI – Polypipe (P). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria P – Marcas figurativas comunitarias anteriores P y P POLYPIPE – 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. 355, de 3 de diciembre de 2011.

57. **Asunto T-214/09: Sentencia del Tribunal General de 20 de octubre de 2011 – COR Sitzmöbel Helmut Lübke/OAMI – El Corte Inglés (COR). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de ampliación territorial de la protección de un registro internacional – Marca denominativa COR – Marca denominativa comunitaria anterior CADENACOR – 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] – Similitud de los signos – Similitud de los productos. *DOUE*, C, núm. 355, de 3 de diciembre de 2011.**
58. **Asunto T-426/09: Sentencia del Tribunal General de 26 de octubre de 2011 – Bayerische Asphaltmischwerke/OAMI – Koninklijke BAM Groep (bam). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa BAM – Marca nacional figurativa anterior BAM – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 355, de 3 de diciembre de 2011.**
59. **Asunto T-72/10: Sentencia del Tribunal General de 26 de octubre de 2011 – Intermark/OAMI – Natex International (NATY’S). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa NATY’S – Marca comunitaria figurativa anterior Naty – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Desestimación parcial de la oposición. *DOUE*, C, núm. 355, de 3 de diciembre de 2011.**
60. **Asunto T-238/10: Sentencia del Tribunal General de 20 de octubre de 2011 – Scatizza/OAMI – Jacinto (Horse Couture). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Horse Couture – Marca nacional figurativa anterior HORSE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 355, de 3 de diciembre de 2011.**
61. **Asunto C-281/10 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 20 de octubre de 2011 – PepsiCo, Inc./Grupo Promer Mon Graphic, S.A., Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación – Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Artículos 5, 6, 10 y 25, apartado 1, letra d) – Dibujo o modelo comunitario – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un soporte promocional circular – Dibujo o modelo comunitario anterior – Impresión general distinta – Grado de libertad del autor – Usuario informado – Alcance del control jurisdiccional – Alteración sustancial de los hechos. *DOUE*, C, núm. 362, de 10 de diciembre de 2011.**

62. **Asuntos acumulados C-344/10 P y C-345/10 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 20 de octubre de 2011 – Freixenet, S.A./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) – Recursos de casación – Solicitudes de registro de marcas comunitarias que representan una botella esmerilada blanca y una botella esmerilada negra mate – Denegación de registro – Falta de carácter distintivo.** *DOUE, C*, núm. 362, de 10 de diciembre de 2011.
63. **Asunto T-22/10: Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2011 – Esprit International/OAMI – Marc O’Polo International (Representación de una letra en un bolsillo). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa consistente en la representación de una letra en un bolsillo – Marca nacional figurativa anterior que representa una letra – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009.** *DOUE, C*, núm. 370, de 17 de diciembre de 2011.
64. **Asunto T-143/10: Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2011 – Ben-Ri Electrónica/OAMI – Sacopa (LT LIGHT-THECNO). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de la marca comunitaria figurativa LT LIGHT-THECNO – Marca comunitaria figurativa anterior LT – Motivo de denegación relativo – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009.** *DOUE, C*, núm. 370, de 17 de diciembre de 2011.
65. **Asunto T-313/10: Sentencia del Tribunal General de 10 de noviembre de 2011 – Three-N-Products Private/OAMI – Shah (AYUURI NATURAL). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria AYUURI NATURAL – Marcas comunitarias denominativa y figurativa anteriores AYUR – 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. 370, de 17 de diciembre de 2011.
66. **Asunto T-308/06: Sentencia del Tribunal General de 16 de noviembre de 2011 – Buffalo Milke Automotive Polishing Products/OAMI – Werner & Mertz (BUFFALO MILKE Automotive Polishing Products). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria BUFFALO MILKE Automotive Polishing Products – Marca figurativa nacional anterior BÚFALO – Presentación de pruebas por primera vez ante la Sala de Recurso – Facultad de apreciación conferida por el artículo 74, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 76, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – 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. 6, de 7 de enero de 2012.

67. **Asunto T-484/09: Sentencia del Tribunal General de 16 de noviembre de 2011 – McLoughney/OAMI – Kern (Powerball). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Powerball – Marca denominativa anterior núm. registrada POWERBALL – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartados 3 y 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 6, de 7 de enero de 2012.**
68. **Asunto T-276/10: Sentencia del Tribunal General de 15 de noviembre de 2011 – El Coto de Rioja/OAMI – Álvarez Serrano (COTO DE GOMARIZ). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa COTO DE GOMARIZ – Marcas comunitarias denominativas anteriores COTO DE IMAZ y EL COTO – 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. 6, de 7 de enero de 2012.**
69. **Asunto T-323/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de noviembre de 2011 – Chabou/OAMI – Chalou (CHABOU). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria CHABOU – Marcas denominativas nacional e internacional anteriores Chalou – Denegación de registro – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 9, apartado 1, letra b), y artículo 12, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 6, de 7 de enero de 2012.**
70. **Asunto T-363/10: Sentencia del Tribunal General de 15 de noviembre de 2011 – Abbott Laboratories/OAMI (RESTORE). Marca comunitaria – Solicitud de marca denominativa comunitaria RESTORE – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 – Vulneración del derecho a ser oído – Obligación de motivación – Artículo 75, frases primera y segunda, del Reglamento núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 6, de 7 de enero de 2012.**
71. **Asunto T-434/10: Sentencia del Tribunal General de 15 de noviembre de 2011 – Hrbek/OAMI – Outdoor Group (ALPINE PRO SPORTSWEAR & EQUIPMENT). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria ALPINE PRO SPORTSWEAR & EQUIPMENT – Marca figurativa comunitaria anterior alpine – Desviación de poder – Artículo 65, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 6, de 7 de enero de 2012.**
72. **Asunto T-500/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de noviembre de 2011 – Dorma/OAMI – Puertas Doorsa (doorsa FÁBRICA DE PUERTAS AUTOMÁTICAS). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de la marca comunitaria figurativa**



- doorsa **FÁBRICA DE PUERTAS AUTOMÁTICAS** – Marcas nacionales e internacional denominativa y figurativas anteriores **DORMA** – Nuevos documentos relativos a la existencia de la notoriedad de las marcas anteriores presentados en el marco del procedimiento ante la Sala de Recurso – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 6, de 7 de enero de 2012.
73. Asunto T-243/11: Auto del Tribunal General de 9 de noviembre de 2011 – Glaxo Group/OAMI – Farmodiética (**ADVANCE**) («Marca comunitaria – Representación de la demandante por un abogado que tiene la condición de tercero – Inadmisibilidad»). *DOUE*, C, núm. 6, de 7 de enero de 2012.
74. Asunto T-59/10: Sentencia del Tribunal General de 23 de noviembre de 2011 – Geemarc Telecom/OAMI – Audioline (**AMPLIDECT**). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa comunitaria **AMPLIDECT** – Motivos de denegación absolutos – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Adquisición de carácter distintivo por el uso – Prueba. *DOUE*, C, núm. 13, de 14 de enero de 2012.
75. Asunto T-216/10: Sentencia del Tribunal General de 23 de noviembre de 2011 – Monster Cable Products/OAMI – Live Nation (Music) **UK (MONSTER ROCK)**. Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa **MONSTER ROCK** – Marca nacional anterior **MONSTERS OF ROCK** – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los productos – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 13, de 14 de enero de 2012.
76. Asunto T-275/10: Sentencia del Tribunal General de 22 de noviembre de 2011 – mPAY24/OAMI – Ultra (**MPAY24**). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca denominativa comunitaria **MPAY24** – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Rectificación de la resolución por la Sala de Recurso – Acto inexistente – Regla 53 del Reglamento (CE) núm. 2868/95. *DOUE*, C, núm. 13, de 14 de enero de 2012.
77. Asunto T-290/10: Sentencia del Tribunal General de 22 de noviembre de 2011 – Sports Warehouse/OAMI (**TENNIS WAREHOUSE**). Marca comunitaria – Solicitud de marca denominativa comunitaria **TENNIS WAREHOUSE** – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Carácter distintivo – Obligación de motivación – Artículos 7, apartado 1, letras b) y c), y 75 del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 13, de 14 de enero de 2012.
78. Asunto T-483/10: Sentencia del Tribunal General de 23 de noviembre de 2011 – Pukka Luggage/OAMI – Azpiroz Arruti (**PUKKA**).



- Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa PUKKA – Oposición del titular de las marcas comunitaria y nacional figurativas que incluyen el elemento verbal pukas – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Denegación parcial del registro. *DOUE*, C, núm. 13, de 14 de enero de 2012.
79. Asunto T-561/10: Sentencia del Tribunal General de 22 de noviembre de 2011 – LG Electronics/OAMI (DIRECT DRIVE). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa DIRECT DRIVE – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo y falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 13, de 14 de enero de 2012.
80. Asunto C-541/10 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 30 de septiembre de 2011 – Sociedade Quinta do Portal, S.A./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) – Vallegre, Vinhos do Porto [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Marca comunitaria denominativa PORTO ALEGRE – Marca nacional denominativa anterior VISTA ALEGRE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Declaración de nulidad de la marca. *DOUE*, C, núm. 25, de 28 de enero de 2012.
81. Asunto C-546/10 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 13 de septiembre de 2011 – Hans-Peter Wilfer/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) – Recurso de casación – Marca comunitaria – Signo figurativo que representa la cabeza de una guitarra – Denegación de registro – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Examen de oficio de los hechos – Artículos 7, apartado 1, letra b), y 74, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Admisibilidad de datos probatorios presentados por primera vez ante el Tribunal – Igualdad de trato. *DOUE*, C, núm. 25, de 28 de enero de 2012.
82. Asunto C-316/11 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 21 de septiembre de 2011 – Longevity Health Products, Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Biofarma SA – Recurso de casación – Marca comunitaria – Procedimiento ante la Sala de Recurso de la OAMI – Incumplimiento de la obligación de pago de la tasa de recurso dentro de plazo – Resolución de la Sala de Recurso por la que se declara el recurso presentado. *DOUE*, C, núm. 25, de 28 de enero de 2012.
83. Asunto C-378/11 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 21 de septiembre de 2011 – Longevity Health Products, Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Biofarma SA – Recurso de casación – Marca comunitaria – Procedimiento ante la Sala de Recurso de la OAMI – Incumplimiento de la obligación de pago de la tasa de recurso dentro de plazo – Resolución de la Sala de Recurso por la que se declara el recurso presentado. *DOUE*, C, núm. 25, de 28 de enero de 2012.

84. **Asunto T-123/10: Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2011 – Hartmann/OAMI (Complete). Marca comunitaria – Solicitud de marca denominativa comunitaria Complete – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Motivación – Productos que constituyen un grupo homogéneo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 25, de 28 de enero de 2012.**
85. **Asunto T-152/10: Sentencia del Tribunal General de 7 de diciembre de 2011 – El Corte Inglés/OAMI – Azzedine Alaïa (ALIA). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ALIA – Marca comunitaria figurativa anterior ALAÏA PARIS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 25, de 28 de enero de 2012.**
86. **Asunto T-477/10: Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2011 – SE-Blusen Stenau/OAMI – Sport Eybl & Sports Experts (SE© SPORTS EQUIPMENT). Marca comunitaria – Procedimiento de Oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria SE© SPORTS EQUIPMENT – Marca denominativa nacional anterior SE So Easy – Motivo de denegación relativo – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 25, de 28 de enero de 2012.**
87. **Asunto T-586/10: Sentencia del Tribunal General de 8 de diciembre de 2011 – Aktieselskabet af 21. november 2001/OAMI – Parfums Givenchy (only givenchy). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa only givenchy – Marcas denominativas comunitaria y nacionales anteriores ONLY – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 25, de 28 de enero de 2012.**
88. **Asunto T-263/08: Auto del Tribunal General de 15 de noviembre de 2011 – Becker Flugfunkwerk/OAMI – Harman Becker Automotive Systems (BECKER AVIONIC SYSTEMS). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento. DOUE, C, núm. 25, de 28 de enero de 2012.**
89. **Asunto T-188/09: Auto del Tribunal General de 15 de noviembre de 2011 – Galileo International Technology/OAMI – Residencias Universitarias (GALILEO). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento. DOUE, C, núm. 25, de 28 de enero de 2012.**
90. **Asunto T-61/09: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2011 – Meica/OAMI – Bösinger Fleischwaren (Schinken King). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria Schinken King – Marca denominativa nacional anterior King – Marcas denominativas nacional y**

- comunitaria anteriores Curry King – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – Obligación de motivación – Artículo 73 del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009) . *DOUE*, C, núm. 32, de 4 de febrero de 2012.
91. Asunto T-62/09: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2011 – Rintisch/OAMI – Bariatrix Europe (PROTI SNACK). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa PROTI SNACK – Marcas nacionales denominativas y figurativas anteriores PROTIPLUS, PROTI y PROTIPOWER – Presentación extemporánea de documentos – Facultad de apreciación conferida por el artículo 74, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente, artículo 76, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – Concepto de «disposición en contrario» – Regla 20, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Regla 50, apartado 1, del Reglamento núm. 2868/95. *DOUE*, C, núm. 32, de 4 de febrero de 2012.
92. Asunto T-109/09: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2011 – Rintisch/OAMI – Valfleuri Pâtes alimentaires (PROTIVITAL). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa PROTIVITAL – Marcas nacionales denominativas y figurativas anteriores PROTIPLUS, PROTI y PROTIPOWER – Presentación extemporánea de documentos – Facultad de apreciación conferida por el artículo 74, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente, artículo 76, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – Concepto de «disposición en contrario» – Regla 20, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Regla 50, apartado 1, del Reglamento núm. 2868/95. *DOUE*, C, núm. 32, de 4 de febrero de 2012.
93. Asunto T-152/09: Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2011 – Rintisch/OAMI – Valfleuri Pâtes alimentaires (PROTIACTIVE). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa PROTIACTIVE – Marcas nacionales denominativas y figurativas anteriores PROTIPLUS, PROTI y PROTIPOWER – Presentación extemporánea de documentos – Facultad de apreciación conferida por el artículo 74, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente, artículo 76, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – Concepto de «disposición en contrario» – Regla 20, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Regla 50, apartado 1, del Reglamento núm. 2868/95. *DOUE*, C, núm. 32, de 4 de febrero de 2012.
94. Asunto T-377/09: Sentencia del Tribunal General de 15 de diciembre de 2011 – Mövenpick/OAMI (PASSIONATELY SWISS). Marca comunitaria – Solicitud de marca denominativa comunitaria PASSIONATELY SWISS – Motivo de denegación absoluto –

**Indicación de procedencia geográfica – Inexistencia de carácter distintivo. DOUE, C, núm. 32, de 4 de febrero de 2012.**

95. **Asunto T-424/09: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2011 – Goodyear Dunlop Tyres UK/OAMI – Sportfive (QUALIFIER). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa QUALIFIER – Marca comunitaria denominativa anterior Qualifiers 2006 – Denegación de registro – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 32, de 4 de febrero de 2012.**
96. **Asunto T-504/09: Sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2011 – Völkl/OAMI – Marker Völkl (VÖLKL). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria VÖLKL – Marca denominativa internacional anterior VÖLKL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Denegación parcial de registro – 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 y regla 22, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Competencia de la Sala de Recurso en caso de recurso limitado a una parte de los productos o de los servicios mencionados en la solicitud de registro – Artículo 64, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009 – Pretensión de reforma de la resolución de la Sala de Recurso – Artículo 65, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 32, de 4 de febrero de 2012.**
97. **Asunto T-237/10: Sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2011 – Vuitton Malletier/OAMI – Friis Group International (Representación de un dispositivo de cierre). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 32, de 4 de febrero de 2012.**
98. **Asunto T-425/10: Sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2011 – Häfele/OAMI (Mixfront). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Mixfront – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 32, de 4 de febrero de 2012.**
99. **Asunto T-531/10: Sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2011 – Häfele/OAMI (Vorfront). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Vorfront – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 32, de 4 de febrero de 2012.**

100. **Asunto T-166/11: Sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2011 – Häfele/OAMI (Infront). Marca comunitaria – Soli-citud de registro de la marca denominativa «Infront» – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 32, de 4 de febrero de 2012.**
101. **Asunto C-119/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Prime-ra) de 15 de diciembre de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – Frisdranken Industrie Winters BV/Red Bull GmbH [Marcas – Directiva 89/104/CEE – Artículo 5, apartado 1, letra b) – Llenado de latas ya provistas de un signo similar al de una marca – Presta-ción de servicio por encargo y siguiendo las instrucciones de un tercero – Acción del titular de la marca contra el prestador]. DOUE, C, núm. 39, de 11 de febrero de 2012.**
102. **Asunto C-67/11 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 20 de octubre de 2011 – DTL Corporación, S.L./Oficina de Armonización del Mercado interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Gestión de Recursos y Soluciones Empresariales, S.L.. Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Procedimiento de oposición – Marca figurativa que incluye el elemento denominativo «Solaria» y marca figurativa nacional anterior que incluye el ele-mento denominativo «Solartia» – Denegación parcial de registro – Riesgo de confusión – Solicitud de suspensión del procedimiento ante el Tribunal General – Solicitud presentada en tiempo oportu-no. DOUE, C, núm. 49, de 18 de febrero de 2012.**
103. **Asunto T-462/09: Sentencia del Tribunal General de 12 de enero de 2012 – Storck/OAMI – RAI (Ragolizia). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria Ragolizia – Marca denominativa comunitaria anterior FAVOLIZIA – 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. 49, de 18 de febrero de 2012.**
104. **Asunto T-304/09: Sentencia del Tribunal General de 18 de enero de 2012 – Tilda Riceland Private/OAMI – Siam Grains (BASMA-LI). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa BASmALI – Marca anterior registrada y signo anterior BASMATI – 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]. DOUE, C, núm. 58, de 25 de febrero de 2012.**
105. **Asunto T-249/10: Sentencia del Tribunal General de 17 de enero de 2012 – Kitzinger/OAMI – Mitteldeutscher Rundfunk y Zweites Deutsches Fernsehen (KICO). Marca comunitaria – Procedimien-to de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria KICO – Marca figurativa nacional y marca denominativa comunitaria**

- anteriores KIKA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 58, de 25 de febrero de 2012.
106. Asunto T-513/10: Sentencia del Tribunal General de 17 de enero de 2012 – Hamberger Industrierwerke/OAMI (Atrium). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Atrium – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 58, de 25 de febrero de 2012.
107. Asunto T-522/10: Sentencia del Tribunal General de 17 de enero de 2012 – Hell Energy Magyarország/OAMI – Hansa Mineralbrunnen (HELL). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa HELL – Marca comunitaria denominativa anterior HELLA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los productos y los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 58, de 25 de febrero de 2012.
108. Asunto T-260/08: Sentencia del Tribunal General de 24 de enero de 2012 – Indo Internacional/OAMI – Visual (VISUAL MAP). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa VISUAL MAP – Marca nacional denominativa anterior VISUAL – 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*, núm. C 65, de 3 de marzo de 2012.
109. Asunto T-332/10: Sentencia del Tribunal General de 25 de enero de 2012 – Viaguara/OAMI – Pfizer (VIAGUARA). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa VIAGUARA – Marca comunitaria denominativa anterior VIAGRA – Beneficio indebidamente obtenido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, núm. C 65, de 3 de marzo de 2012.
110. Asunto T-593/10: Sentencia del Tribunal General de 24 de enero de 2012 – El Corte Inglés/OAMI – Ruan (B). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria «B» – Marca figurativa comunitaria anterior «B» – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, núm. C 65, de 3 de marzo de 2012.
111. Asunto T-103/11: Sentencia del Tribunal General de 19 de enero de 2012 – Shang/OAMI. Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa justing – Marca figurativa nacional anterior JUSTING – Reivindicación de la antigüedad de la marca nacional anterior – Falta de identidad entre los signos – Ar-



título 34 del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, núm. C 65, de 3 de marzo de 2012.

#### MEDIO AMBIENTE

112. **Asuntos acumulados C-128/09 a C-131/09, C-134/09 y C-135/09:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de octubre de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État – Bélgica) – Antoine Boxus, Willy Roua (C-128/09), Guido Durlet y otros (C-129/09), Paul Fastrez, Henriette Fastrez (C-130/09), Philippe Daras (C-131/09), Association des riverains et habitants des communes proches de l'aéroport BSCA (Brussels South Charleroi Airport) (ARACH) (C-134/09 y C-135/09), Bernard Page (C-134/09), Léon L'Hoir, Nadine Dartois (C-135/09)/ Région wallonne. Evaluación de las repercusiones de determinados proyectos sobre el medio ambiente – Directiva 85/337/CEE – Ámbito de aplicación – Concepto de «acto legislativo nacional específico» – Convenio de Aarhus – Acceso a la justicia en materia de medio ambiente – Alcance del derecho a recurso judicial. *DOUE*, C, núm. 362, de 10 de diciembre de 2011.
113. **Asunto T-291/04:** Sentencia del Tribunal General de 16 de diciembre de 2011 – Enviro Tech Europe y Enviro Tech International/ Comisión. Medio ambiente y protección de los consumidores – Clasificación, embalaje y etiquetado del bromuro de n-propilo como sustancia peligrosa – Directiva 2004/73/CE – Directiva 67/548/CEE – Reglamento (CE) núm. 1272/2008 – Recurso de anulación – Solicitud tardía de adaptación de las pretensiones – Interés en ejercitar la acción – Inexistencia de afectación individual – Inadmisibilidad – Responsabilidad extracontractual – Sentencia del Tribunal de Justicia que se pronuncia sobre la validez de la Directiva 2004/73 – Identidad de objeto». *DOUE*, C, núm. 32, de 4 de febrero de 2012.

#### PROPIEDAD INDUSTRIAL (OTROS)

114. **Asunto C-34/10:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de octubre de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por Bundesgerichtshof – Alemania) – Oliver Brüstle/Greenpeace eV [Directiva 98/44/CE – Artículo 6, apartado 2, letra c) – Protección jurídica de las invenciones biotecnológicas – Obtención de células progenitoras a partir de células madre embrionarias humanas – Patentabilidad – Exclusión de la «utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales» – Conceptos de «embrión humano» y de «utilización con fines industriales o comerciales». *DOUE*, C, núm. 362, de 10 de diciembre de 2011.
115. **Asunto C-140/10:** Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 20 de octubre de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van Cassatie van België – Bélgica) – Greensfar-Kanzi Europe NV/Jean Hustin, Jo Goossens [Reglamento (CE) núm. 2100/94, en su versión modificada por el Reglamento



- (CE) núm. 873/2004 – Interpretación de los artículos 11, apartado 1, 13, apartados 1 a 3, 16, 27, 94 y 104 – Principio de agotamiento de los derechos de protección comunitaria de obtención vegetal – Contrato de licencia – Acción por infracción contra un tercero – Vulneración del contrato de licencia por la persona que goza de una licencia de explotación en sus relaciones contractuales con terceros. *DOUE*, C, núm. 362, de 10 de diciembre de 2011.
116. Asunto C-125/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de diciembre de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundespatentgericht – Alemania) – Merck Sharp & Dohme Corporation (anteriormente Merck & Co.)/Deutsches Patent- und Markenamt [Propiedad intelectual e industrial – Patentes – Reglamento (CEE) núm. 1768/92 – Artículo 13 – Certificado complementario de protección para los medicamentos – Posibilidad de conceder este certificado en caso de que el período transcurrido entre la fecha de presentación de la solicitud de la patente de base y la fecha de la primera autorización de comercialización en la Unión sea inferior a cinco años – Reglamento (CE) núm. 1901/2006 – Artículo 36 – Prórroga de la duración del certificado complementario de protección] . *DOUE*, C, núm. 32, de 4 de febrero de 2012.

## PROPIEDAD INTELECTUAL

117. Asuntos acumulados C-403/08 y C-429/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 4 de octubre de 2011 [peticiones de decisión prejudicial planteadas por la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Administrative Court) – Reino Unido] – Football Association Premier League Ltd, NetMed Hellas SA, Multichoice Hellas SA/QC Leisure, David Richardson, AV Station plc, Malcolm Chamberlain, Michael Madden, SR Leisure Ltd, Philip George Charles Houghton, Derek Owen (C-403/08), Karen Murphy/Media Protection Services Ltd (C-429/09) («Radiodifusión vía satélite – Transmisión de partidos de fútbol – Recepción de la radiodifusión mediante tarjetas decodificadoras de la señal vía satélite – Tarjetas decodificadoras de la señal vía satélite comercializadas legalmente en un Estado miembro y utilizadas en otro Estado miembro – Prohibición de comercialización y de utilización en un Estado miembro – Visionado de las emisiones ignorando los derechos exclusivos concedidos – Derechos de autor – Derecho de emisión por televisión – Licencias exclusivas para la radiodifusión en el territorio de un único Estado miembro – Libre prestación de servicios – Artículo 56 TFUE – Competencia – Artículo 101 TFUE – Objeto de restricción de la competencia – Protección de los servicios de acceso condicional – Dispositivo ilícito – Directiva 98/84/CE – Directiva 2001/29/CE – Reproducción de las obras en la memoria de un decodificador de la señal vía satélite y en una pantalla de televisión – Excepción al derecho de reproducción – Comunicación de las obras al público

en establecimientos de restauración – Directiva 93/83/CEE»). *DOUE*, C, núm. 347, de 26 de noviembre de 2011.

118. Asuntos acumulados C-431/09 y C-432/09: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de octubre de 2011 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Hof van beroep te Brussel – Bélgica) – Airfield NV, Canal Digitaal BV (asunto C-431/09)/Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (Sabam) (asunto C-431/09), Airfield NV (asunto C-432/09)/Agicoa Belgium BVBA (asunto C-432/09) (Derechos de autor – Radiodifusión vía satélite – Directiva 93/83/CEE – Artículos 1, apartado 2, letra a), y 2 – Comunicación al público vía satélite – Proveedor de paquetes vía satélite – Unicidad de la comunicación al público vía satélite – Imputabilidad de esta comunicación – Autorización de los titulares de derechos de autor para la realización de esta comunicación). *DOUE*, C, núm. 355, de 3 de diciembre de 2011.

#### RESPONSABILIDAD CIVIL

119. Asunto C-495/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011 (petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État - Francia) - Centre hospitalier universitaire de Besançon/Thomas Dutrueux, Caisse primaire d'assurance maladie du Jura (Directiva 85/374/CEE - Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos -Ámbito de aplicación - Régimen nacional que impone a los establecimientos públicos sanitarios la obligación de reparar, aun cuando exista culpa por parte de dichos establecimientos, los daños sufridos por un paciente como consecuencia del fallo de un aparato o de un producto utilizado en el marco de la asistencia sanitaria prestada). *DOUE*, C, núm. 49, de 18 de febrero de 2012.

#### SEGUROS

120. Asunto C-442/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 1 de diciembre de 2011 [petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) – Reino Unido] – Churchill Insurance Company Limited/Benjamin Wilkinson y Tracy Evans/Equity Claims Limited («Seguro obligatorio de responsabilidad civil de vehículos automóviles – Directiva 84/5/CEE – Artículos 1, apartado 4, y 2, apartado 1 – Tercero víctima – Autorización para conducir expresa o implícita – Directiva 90/232/CEE – Artículo 1, párrafo primero – Directiva 2009/103/CE – Artículos 10, 12, apartado 1, y 13, apartado 1 – Víctima de un accidente de tráfico que es ocupante de un vehículo con respecto al cual está asegurado como conductor – Vehículo conducido por una persona asegurada por la póliza de seguro – Víctima asegurada excluida de la cobertura del seguro»). *DOUE*, C, núm. 32, de 4 de febrero de 2012.

# BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**

## Libros

**KÖTZ, Hein: *Vertragsrecht*, Tubinga, 2009, ed. Mohr Siebeck, 547+XXIII pp.**

Algo se mueve en la *manualística* alemana. Hasta hace bien poco la sistemática creada por Georg Arnold Heise, popularizada por los pandectistas y recibida en el BGB parecía consagrada como canon expositivo del Derecho civil contemporáneo, siendo asumida como modelo en todos los países del ámbito continental. Hoy, en cambio, no puede pasarse por alto que esa distribución de materias –parte general, obligaciones, reales, familia y sucesiones– está siendo puesta en tela de juicio en su lugar de origen, donde comienzan a ensayarse otras formas de ordenación de las instituciones propias del Derecho civil.

Las tentativas iniciales de superación de ese modelo provienen de los años sesenta del pasado siglo, cuando empezaron a aparecer una serie de libros de texto que, con el título de «Curso básico» (*Grundkurs*), abordaban los temas habitualmente tratados en la Parte General y en el Derecho de obligaciones, así como algunas cuestiones de los derechos reales, especialmente las referentes a los muebles. Los manuales de Musielak o Schmidt/Brügge-meier han sido ejemplos típicos de este género, y siguen gozando de amplia popularidad.

Sin embargo, ya cercano el final del siglo xx, el movimiento dio un paso adelante en el abandono del esquema tradicional encarnado en el BGB. Surge entonces una serie de manuales que, muy próximos a la tradición del *common law*, rompen la unidad del Derecho de obligaciones, disgregando sus elementos en unidades independientes. Si primeramente fue el Derecho de daños el que ensayó su propio camino –así en los manuales de Fuchs o del propio Kötz–, hoy la cuestión ha alcanzado el núcleo mismo del Derecho de obligaciones: la publicación por Günter Christian Schwarz de su manual sobre «Obligaciones de origen legal», englobando únicamente daños, enriquecimiento y gestión de negocios ajenos, y del presente «Derecho de contratos» de Hein Kötz marca sin duda un punto de inflexión en este proceso.

El Derecho de contratos del profesor Hein Kötz, en efecto, apenas responde a la tradición continental. Se halla mucho más vinculado a la tradición anglosajona de los manuales de *contract law*, cuya estela sigue incluso en aspectos externos –piénsese en la imagen figurativa de la portada, bien ajena a nuestros costumbres, pero habitual en libros de texto del *common law*–. Quien compare, por ejemplo, el Derecho de contratos de Kötz con el *The law of contract* de Treitel, hoy continuado por Peel, encontrará numerosas afinidades. Hechos todos éstos que no pueden sorprender, pues no en vano Hein

Kötz es uno de los mejores conocedores en Europa del Derecho anglosajón, director durante años del Max Planck Institut de Derecho comparado, con sede en Hamburgo, y en este libro vierte, ya jubilado, su experiencia docente e investigadora de muchos lustros.

Con todo, y es importante precizarlo para evitar posibles confusiones, se trata de un Derecho de contratos alemán, escrito por un civilista de esa nacionalidad y pensado para sus estudiantes. Por más que el esquema pueda ser tachado de anglosajón, y por mucho que las referencias al Derecho comparado y, en particular, al unificado europeo, sean abundantes, el libro destaca precisamente por ser una actualizada y cuidadosa exposición del Derecho de contratos alemán tal y como lo recogen sus leyes y lo aplican sus tribunales.

Además de por su carácter novedoso, el libro destaca por su trabada unidad interna, en la que supera incluso a sus precedentes anglosajones. Se abordan primero las cuestiones referentes a la formación y validez del contrato (§§ 2-8), para pasar luego a exponer las obligaciones dimanantes del contrato (§ 9), los remedios al incumplimiento (§§ 10-12), y acabar tratando de los problemas contractuales derivados de la pluralidad de sujetos en una de las partes contractuales: contratos a favor de tercero, cambios de acreedor o deudor, cesión de contrato y pluralidad de obligados (§ 13). Todo ello precedido de un § 1 dedicado a los fundamentos del Derecho de contratos.

Una cuestión resuelta con habilidad es la relativa al tratamiento de los particulares tipos contractuales. Los manuales de *contract law* los excluyen, para hacerlos objeto de estudios particulares. Kötz ha decidido optar por un camino intermedio, probablemente más ventajoso: no se les dedica ningún capítulo específico, pero el noveno, dedicado a las obligaciones nacidas del contrato, tras una exposición general, dedica un epígrafe particular a la compraventa, al contrato de obra y de prestación de servicios, y los contratos de cesión de uso. Se consigue así, sin perturbar la estructura, un propósito práctico, provocado por la ya citada finalidad escolar del libro: sin multiplicar los materiales, sino acudiendo sólo a este libro y a otro que trate de las relaciones obligatorias de origen legal —el ya citado de Schwarz, hoy continuado por Wandt—, el interesado obtendrá una visión panorámica de todo el Derecho de obligaciones. Podría decirse que estos dos manuales, el aquí tratado de Kötz, y ese otro recién citado, se constituyen en una alternativa metodológica a los tradicionales dos volúmenes de los tratados alemanes de Derecho de obligaciones —el clásico de Larenz, el de Medicus, hoy continuado por Lorenz, o el más reciente de Looschelders—.

En todo lo dicho se ve que el libro es dogmático en su concepción y pragmático en su elaboración. Esto último es algo que se observa desde sus primeras páginas, en las que se prescinde de las habituales clasificaciones en tipos contractuales, y hasta de todo intento de definir el contrato mismo, mientras que se abordan cuestiones a menudo orilladas en los manuales tradicionales. El uso muy abundante de la jurisprudencia, empleada continuamente para ilustrar los problemas, y una cierta atención a los presupuestos y consecuencias económicas de los asuntos tratados realzan esa vertiente práctica.

Lógicamente, la obra puede tener sus puntos débiles. Pero más allá de los que vienen provocados por la propia concisión de su estilo y su voluntaria divergencia respecto a los esquemas tradicionales, el resto no pueden ser achacables sino a las preferencias del propio lector. Y también en eso el libro intenta mantener una posición equilibrada. Si algunos hubiésemos preferido una exposición más diacrónica, otros echarán en falta esquemas más innova-

dores, que hubiesen conducido tal vez a dedicar un capítulo propio a ciertas materias precontractuales, objeto –como ha destacado Morales Moreno– de un amplio desarrollo a partir de la Convención de Viena.

Y con esto procede ya terminar. Es difícil saber si esas tendencias emergentes que buscan romper la sistemática establecida en el BGB acabarán fraguando. Sus propulsores, como Kötz, recalcan que dicha sistemática, con su anteposición de Partes generales, no hace sino alejar al estudiante de los problemas reales. Tal vez lleven razón. Pero tampoco cabe olvidar que los mismos autores que combaten los excesos de dogmatismo han sido antes formados en él. Y es que el virus del dogmatismo, como demuestra este libro, al ser inoculado, transmite también sus propios anticuerpos.

Bruno Rodríguez-Rosado  
Profesor titular de Derecho civil  
Universidad de Málaga

**ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: *Las responsabilidades en la construcción. Regímenes jurídicos y jurisprudencia*, 4.<sup>a</sup> ed, ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2011, 1020 pp.**

La monografía que es objeto de esta recensión ha sido escrita por uno de los civilistas, Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Valencia, que más y mejor escribe sobre los problemas que plantea la edificación y en general, el Derecho inmobiliario, habiendo publicado, además de esta monografía, que ha tenido un extraordinario éxito, ya que existen cuatro ediciones, otras monografías sobre la propiedad horizontal y las garantías de las cantidades anticipadas en la compraventa de viviendas en construcción. No extraño que Jesús Estruch participe en todas las actividades que se llevan a cabo en la Universidad de Valencia en el ámbito del Derecho de la edificación, como el Curso de doctorado sobre la responsabilidad en la promoción inmobiliaria y el Máster sobre Derecho de la edificación que dirige Mario Clemente Meoro. También que haya pronunciado numerosas conferencias y ponencias en España sobre esta materia. Yo coincidí con él en unas Jornadas que se celebraron en Las Palmas de Gran Canaria no hace mucho tiempo.

En la monografía se parte de la coexistencia de dos regímenes jurídicos diversos tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación para la determinación y exigencia de la responsabilidad de los diversos intervinientes en la edificación ante la aparición de vicios o defectos constructivos en los edificios o viviendas en cuya construcción, producción o mediación para el mercado hubiesen participado. El Código Civil, y en concreto, el artículo 1591, se aplica a las construcciones con licencia de obra solicitada con anterioridad al día 6 de mayo de 2000, mientras que la Ley de Ordenación de la Edificación resulta aplicable cuando la licencia de obra se solicita con posterioridad a esa fecha. Estruch se basa en la disposición transitoria primera de la Ley de Ordenación de la Edificación para establecer el ámbito de aplicación de estas disposiciones legales.

En la primera parte de la monografía, analiza de manera amplia y detallada el artículo 1591 del Código Civil, prestando especial atención a la juris-

prudencia del Tribunal Supremo, sin olvidar a aquellas sentencias de las Audiencias Provinciales e incluso de los Juzgados de Primera Instancia que tienen especial interés, como destaca el autor en la nota preliminar. También es muy completa la bibliografía que maneja, reflejando las opiniones de los numerosos autores que han reflexionado sobre el citado precepto, uno de los más aplicados por nuestros Tribunales, especialmente a partir del momento en que se consideró por nuestro Tribunal Supremo que el promotor se equipara al contratista. En más de cuatrocientas páginas, el autor se refiere al concepto de ruina, a los vicios constructivos, a la aplicación del artículo 1591 a las obras de reparación y reforma, a la figura del promotor inmobiliario, al fundamento de la responsabilidad, a la responsabilidad individualizada o solidaria de los intervinientes en el proceso constructivo, a la exoneración o limitación de responsabilidad, a los plazos de garantía, a la legitimación activa para el ejercicio de las acciones, tanto de las derivadas del artículo 1591 como de las que contemplan otros preceptos legales, y a la reparación de los daños ocasionados por la ruina.

En la segunda parte de la monografía, de una extensión similar a la de la primera, se examina de manera exhaustiva el régimen de responsabilidad que configura la Ley de Ordenación de la Edificación, aludiéndose al ámbito de aplicación de la Ley, a la exigencia de proyecto de obra, al régimen jurídico de los daños que pueda sufrir la edificación, a los plazos durante los cuales deben producirse los daños para que nazcan las acciones, a la prescripción de las mismas, a la legitimación activa para su ejercicio, a la responsabilidad personal e individualizada de los intervinientes en el proceso constructivo, a los supuestos de responsabilidad solidaria, a la consideración del promotor como agente de la edificación y la responsabilidad del mismo, a la exoneración de la responsabilidad de los agentes de la edificación, a la notificación de la demanda a los agentes que hubiesen intervenido en el proceso constructivo, a los seguros y a la compatibilidad de las acciones de la Ley de Ordenación de la Edificación y las acciones contractuales y extracontractuales que pueden ejercitar los perjudicados por los daños.

Tras la lectura de esta exhaustiva monografía, si alguna vez sentí la tentación de escribir una monografía sobre la responsabilidad por vicios en la construcción, esta idea ha desaparecido completamente, porque poco se puede aportar ya al tema. Tan solo lo podría justificar la reforma, absolutamente necesaria, de la normativa del Código Civil sobre el contrato de obra, labor en la que está trabajando la Comisión General de Codificación.

Antonio Cabanillas Sánchez  
Catedrático de Derecho civil.  
Universidad Carlos III de Madrid

## 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, Albert RUDA GONZÁLEZ, Isabel SIERRA PÉREZ**

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

BRAUN, A.: «Trusts in the Draft Common Frame of Reference: The “Best Solution” for Europe?», *C. L. J.*, 2011, vol. 70, núm. 2, pp. 327-352.

Análisis crítico del Libro X del *Draft Common Frame of Reference*, relativo a los *trusts*. En contra de lo que pretenden sus redactores, Braun defiende que en este punto el *Draft* no constituye «la mejor solución para Europa». Más bien todo lo contrario. El Libro está demasiado inspirado en un único ordenamiento jurídico (de hecho, presenta una versión modificada del *trust* inglés), razón por la cual da la espalda a la idiosincrasia de los demás sistemas nacionales; deja irresueltas cuestiones importantes y, además de contener algunas ambigüedades por el uso de términos que no define, peca de falta de coherencia, no sólo internamente, sino también con otras partes del *Draft* mismo. (A. R. G.)

BROUSSOLLE, Y.: «Les principales dispositions de la loi relative à l’immigration, à l’intégration et à la nationalité», *GP*, núms. 180-181, 2011, pp. 8-16.

La ley sobre inmigración, integración y la nacionalidad se publicó en el Diario Oficial de 17 de junio del año pasado, un año después de la presentación del proyecto de ley antes de la Asamblea Nacional. Este texto, que contribuye a la aplicación de no menos de tres directivas europeas, se compone de muchas disposiciones dispersas, las más importantes se presentan aquí. (R. A. R.)



CASEY, J.: «Quel avenir pour le mandat de protection future ?», *GP*, núms. 224-225, 2011, pp. 7-9.

Basado en la idea de que toda persona sana mental y físicamente tiene derecho a organizar su protección para el día en que ya no será, el mandato de protección futura parecía tener un futuro prometedor. Pero no se contaba con la ofensiva en contra de los que piden la revocación del mandato. ¿Qué puede hacerse para evitar que esta nueva institución rompa el equilibrio entre la voluntad de la persona y su protección real? (*I. S. P.*)

FRANZONI, M.: «Diritto civile e diritto del lavoro a confronto», *CI*, 2011, núms. 4-5, pp. 955-977.

Delimitación competencial entre el derecho civil y el derecho del trabajo. (*Alma R.G.*)

HELLWEGE, Ph.: «Allgemeines Vertragsrecht und “Rechtsgeschäfts”-lehre im Draft Common Frame of Reference», *AcP*, núm. 5, 2011, pp. 665-702.

Trabajo desde el punto de vista del Derecho alemán de los preceptos generales sobre el contrato en el Proyecto del Marco Común de Referencia. El título de su segundo libro, «Contratos y otros actos jurídicos» (*Contracts and other juridical acts*), indica ya que se parte del concepto de contrato y que éste se generaliza a otros actos jurídicos. El Proyecto revierte, por tanto, la técnica del BGB, que pasa de lo general a lo particular. No obstante, el Proyecto se aparta algo de los *Principles of European Contract Law*, su predecesor, que contenía una simple remisión de los actos jurídicos a los contratos, mientras el Proyecto trata esos otros actos jurídicos de modo más detenido. (*M. G.-R.*)

MEKKI, M.: «Regards indiscrets sur la place des femmes dans les professions du droit», *SJ*, núms. 29-34, 2011, pp. 1442-1455.

¿Quién se atrevería a argumentar que el tiempo de la desigualdad entre hombres y mujeres pasó? El informe de la Sra. Françoise Guégot sobre la igualdad profesional entre hombres y mujeres en la función pública y la ley núm. 2011-103 del 27 de enero 2011 ponen de manifiesto una discriminación positiva y confirman que la pregunta es actual todavía. Los profesionales del derecho no son una excepción a la regla. Una muy alta tasa de feminización oculta, en efecto, las diversas formas de discriminación persisten. ¿El derecho puede ser un factor de cambio? (*I. S. P.*)

MOCCIA, L.: «Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto de vista globale», *RTDPC*, 2011, núm. 3, pp. 767-786.

Apuntes sobre el método de investigación comparativo, ante la necesidad de uniformar el Derecho Privado Europeo, buscando un nuevo *ius commune* mediante la comparación de fundamentos. (*M. R. D. R.*)

PANDIMIGLIO, M.: «L'abuso del diritto nei trattati di Nizza e Lisbona», *CI*, 2011, núms. 4-5, pp. 1076-1101.

Artículo dedicado al abuso del derecho. Entre otras cuestiones, se aborda el reconocimiento de una nueva fuente sobre el abuso del derecho (el art. 54 de la Carta de Niza seguido de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa); el abuso del derecho en el ámbito comunitario y el análisis comparado del abuso del derecho (ordenamientos italiano y alemán). (*Alma R.G.*)

REIGNÉ, Ph.: «Sexe, genre et état des personnes», *SJ*, núm. 42, 2011, pp. 1883-1890.

El sexo que se indica en el certificado de nacimiento es un elemento del estatuto personal, sin que sepamos con precisión, en el silencio de la ley, lo que significa este término. ¿El sexo legal se identifica con el sexo biológico, dejando el género como sexo social? Debemos responder a esta pregunta en forma negativa, el sexo legal es el sexo social. Además, si usted no puede cambiar de sexo, esto no se debe a que este encuentro cambiará la naturaleza de las cosas, sino porque los sexos son socialmente definidos de tal manera que uno no puede cambiar. Es este sistema que condena el TEDH en sus sentencias Christine Goodwin. Reino Unido y / . c. Reino Unido 11 julio de 2002. (*I. S. P.*)

ROGMANOLI, G.: «Note critiche sull'impiego della giurisprudenza», *NGCC*, 2011, núm. 4, pp. 243-246.

Artículo relativo al uso de la jurisprudencia: relevancia de las decisiones judiciales, pluralidad de jurisdicciones y técnicas de redacción de las sentencias... (*Alma R.G.*)

VIDIRI, G.: «Autonomia dell'ordinamento sportivo: natura privata delle federazioni e riparto della giurisdizione – nota a Cass. 3 dicembre 2010 n. 24646, a Cass. Sez., un., ord. 22 novembre 2010 n. 23598, e a Cass. Sez., un., ord. 4 agosto 2010 n. 18052», *GC*, 2011, núms. 7-8, pp. 1759-1771. (*M. R. D. R.*)

VIGLIONE, F.: «I “confini” nel diritto privato comparato», *NGCC*, 2011, núm. 3, pp. 162-193.

Artículo relativo a la extensión del derecho privado comparado: ¿la derogación del concepto de «límites»? El Derecho Comparado a prueba dentro del proceso de globalización. Los espacios del derecho y la geopolítica: nuevos desafíos para el método de la comparación. Un nuevo orden global y los movimientos de las familias jurídicas. Cambios del objeto de la comparación y de los instrumentos de interpretación. Economía, derecho e instituciones desde una perspectiva comparada. Del objeto a las funciones de la comparación: el problema de la uniformidad del derecho. El orden económico internacional y las «guerras» entre familias jurídicas. (*Alma R.G.*)

VON BOGDANDY, A.: «La science juridique dans l'espace juridique européen, une réflexion à partir de l'exemple allemand», *RD*, 2011, núm. 41, pp. 2816-2822.

El autor analiza el impacto de la integración europea en el estudio del derecho en Alemania. Dominio de la Law schools americana y el desarrollo del derecho comparado junto a la europeización de los métodos del derecho. (*I. S. P.*)

#### DERECHO DE LA PERSONA

BELLIDO, J.: «Montevideo vs Berne: le cheminement d'une interprétation en droit d'auteur international (1888-1898)», *RIDA*, núm. 229, julio 2011, pp. 5-155.

El Convenio de Montevideo de 1888-1898, desde una perspectiva histórica y socio política, entre otras, ha llevado a diferentes lecturas, que el autor analiza descriptiva y críticamente, contrastándolo con el Convenio de Berna. (*C. J. D.*)

BREDA, R.: «No al danno *in re ipsa* da protesto illegittimo», *NGCC*, 2011, núm. 1, pp. 24-29.

Comentario a una sentencia de la Corte de Casación sobre lesión de la reputación personal y comercial como consecuencia de un protesto ilegítimo en una letra de cambio: ¿se presume el daño? (*Alma R.G.*)

CARRANO, R.: «Lo stato giuridico di figlio e il nuovo statuto dei diritti e doveri», *GC*, 2011, núm. 4, pp. 183-190.

Reflexiones sobre la necesidad de revisar las disposiciones vigentes en materia de filiación para igualar, en todo tipo de derechos y obligaciones, a los hijos naturales con los legítimos y, con base en el principio de no discriminación, dotarles del mismo reconocimiento social, moral y jurídico. (*M. R. D. R.*)

CHAYNET DE BEAUPRÉ, A.: «La révision de la loi relative à la bioéthique», *RD*, 2011, núm. 32, pp. 2217-2223.

Estudios de los cambios provocados en la ley de bioéthique reformada el 23 de junio de 2011. El autor señala los pocos cambios producidos a pesar de las disputas doctrinales mucho más avanzadas y que pedían mayores y más importantes cambios. (*R. A. R.*)

CORDIANO, A.: «L'esercizio delle situazioni esistenziali del beneficiario dell'amministrazione di sostegno», *DFP*, 2011, núm. 4, pp. 1911-1948.

Artículo dedicado al ejercicio de actos de carácter personalísimo por parte del sujeto privado de autonomía; en concreto, sobre la forma de gestión y representación y la participación del incapaz en los procesos de toma de decisiones. (*Alma R.G.*)

CRICENTI, G.: «Diritto all'autodeterminazione? Bioetica dell'autonomia privata», *NGCC*, 2011, núm. 4, pp. 203-212.

¿Existe realmente un derecho a la autodeterminación por parte de la persona? (*Alma R.G.*)

DIETZ, A.: «Le droit de suite (pravo sledovaniya) dans le droit d'auteur russe», *RIDA*, núm. 229, julio 2011, pp. 157-203.

Estudio del derecho de participación en el derecho de autor ruso (origen y evolución, hasta llegar a la protección actual). (C. J. D.)

DONADIO, G.: «La capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno», *NGCC*, 2011, núm. 2, pp. 79-85.

Comentario a sentencia sobre los actos personalísimos de los sujetos incapaces de obrar, en concreto, sobre su capacidad para recibir donaciones. (Alma R.G.)

DONATO BUSNELLI, F.: «Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito», *RDC*, 2011, núm. 4, parte prima, pp. 459-475.

Estudio de la reproducción asistida en relación a la tutela del embrión y el reconocimiento del derecho a la procreación. Análisis de la fecundación heteróloga y derechos de las parejas homosexuales. Problemas relativos a los procedimientos de crioconservación. (M. R. D. R.)

FINOCCHIARO, M.: «Il mantenimento dei figli naturali e la concreta situazione di fatto – osservazione a Cass. 14 luglio 2010 n. 16551», *GC*, 2011, núm. 11, pp. 2651-2652. (M. R. D. R.)

IANNONE, R.F.: «Il confine tra soggetto e persona nella legalità costituzionale: la soggettività del concepito e il diritto a nascere sano», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 2, pp. 603-613.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 11 de mayo de 2009, núm. 10741, sobre el derecho a la salud del *nasciturus*.

El tribunal condena al personal sanitario demandado por suministrar a una mujer con problemas de fertilidad un fármaco, que ya en el momento del acaecimiento de los hechos se encontraba entre los peligrosos, para estimular su ovulación. El hijo, nacido como consecuencia de la concepción favorecida por el fármaco, estaba aquejado de graves malformaciones imputables al medicamento.

La sentencia contiene dos declaraciones, que son objeto de comentario por el autor: (1) la responsabilidad médica por falta de consentimiento informado; y (2) el reconocimiento de la titularidad del derecho a la salud del *nasciturus*. En relación con esta última cuestión, el autor pone de manifiesto dos ideas: (a) el amplio reconocimiento del derecho a la salud del *nasciturus* es un reflejo de la progresiva «despatrimonialización» del Derecho civil, en cuyo centro de gravedad se ha situado la persona humana, desplazando la exclusividad del interés económico; (b) el derecho a nacer sano no debe confundirse con el «derecho a no nacer si no es sano». (B. G. F.)

LE THI THIEN, H./ZOLLINGER, A.: «Chronique de jurisprudence et de législation chinoise en propriété littéraire et artistique», *RIDA*, núm. 230, octubre 2011, pp. 79-141.

Crónica de jurisprudencia y legislación de la propiedad literaria y artística en China. (C. J. D.)

LOISEAU, G.: «Des droits humains pour personnes non humaines», *RD*, 2011, núm. 37, pp. 2558-2564.

El autor a la vista de la atribución de derechos de la persona física a la persona jurídica se cuestiona la necesidad de dar un nuevo concepto de persona, que evite discrepancias entre el derecho y la realidad. Cambio de la categoría de persona ampliando su concepto. (R. A. R.)

MANTELERO, A.: «Adolescenti e *privacy* nella scuola ai tempi di *YouTube*», *NGCC*, 2011, núm. 3, pp. 139-148.

La relación entre adolescentes y el derecho a la intimidad en las formas de comunicación digital. Responsabilidad por la divulgación *on-line* de escenas inherentes a la vida escolar. (Alma R.G.)

MANZON, E.: «Progettualità e sperimentazione nel campo dell'amministrazione di sostegno: un'esperienza innovativa», *NGCC*, 2011, núm. 3, pp. 149-164.

Introducción por la Ley de 9 de enero de 2004 n. 6 de la figura jurídica de la «amministrazione di sostegno», que ha incluido medidas de protección para los sujetos mayores de edad incapaces y, por tanto, «débiles». (Alma R.G.)

MORACE, A.: «Libertà di curarsi e rilevanza delle decisioni di fine vita», *RDC*, 2011, núm. 5, parte prima, pp. 697-733.

Análisis del conflicto en la relación médico-paciente, en las situaciones de negativa a consentir la aplicación del tratamiento terapéutico adecuado. (M. R. D. R.)

PARENTE, F.: «La sofferenza da malattia e il "diritto al sollievo" dal dolore: i contenuti delle tutele normative», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 1, pp. 99-114.

La ley de 15 de marzo de 2010, núm. 38, configura el derecho del enfermo al alivio del dolor, a través de dos mecanismos: las curas paliativas y la terapia del dolor. El autor, tras una introducción relativa al derecho a la salud en general, se detiene en el análisis de dichos mecanismos, subordinados, en todo caso, al respeto a la dignidad y a la autonomía de decisión del paciente. (B. G. F.)

QUAEDVLIEG, A.: «Droit d'auteur et parfums: le nez, l'esprit et l'industrie» *RIDA*, núm. 230, octubre 2011, pp. 7-77.

Estudio del derecho de autor en relación con los perfumes (creación, mercado, falsificación). Análisis de los argumentos en favor y en contra de la protección. Protección y derechos (alegato a favor de un derecho moral). (C. J. D.)

ROSSETTI, M.: «Lo stato dell'arte sul danno da nascita indesiderata – nota a Cass. 4 gennaio 2010 n. 13», *GC*, 2011, núm. 10, pp. 2457-2464. (M. R. D. R.)

VIGNEAU, D.: «Les dispositions relatives à l'embryon et au foetus humain», *RD*, 2011, núm. 32, pp. 2224-2230.

El embrión y el feto humano como piezas centrales de la reforma de la ley de *bioéthique* de 7 de julio de 2011. Prohibición de investigación pero adaptación de la ley a las nuevas técnicas de investigación. Problemas en la práctica e información de los riesgos a la mujer. (I. S. P.)

VON LEWINSKI, S.: «L'évolution du droit d'auteur en Allemagne», *RIDA*, núm. 229, julio 2011, pp. 205-267.

Crónica del Derecho de autor en Alemania (Segunda parte): derecho contractual; derechos conexos; medidas técnicas de protección; sociedades de gestión colectiva; respeto y responsabilidad. (C. J. D.)

### OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ABAS, P.: «Errore di previsione e sopravvenienza contrattuale: un'indagine comparatistica», *RTDPC*, 2011, núm. 3, pp. 787-798.

Estudio comparativo del ordenamiento jurídico italiano, suizo y holandés, sobre la posible repercusión del error de previsión en el ámbito contractual, no en materia de error en el consentimiento contractual sino en relación a los efectos de circunstancias sobrevenidas que modifiquen las condiciones de cumplimiento de los contratos. (M. R. D. R.)

ADILARDI, G.: «Contratto di mediazione e nullità virtuale di protezione - nota a Cass. 20 maggio 2011 n. 11600», *GC*, 2011, núm. 9, pp. 1995-1998. (M. R. D. R.)

AL MUREDEN, E.: «I danni da consumo di alimenti tra legislazione di settore, principio di precauzione e responsabilità civile», *CI*, 2011, núm. 6, pp. 1495-1527.

Los daños originados por el consumo de alimentos desde la perspectiva de los nuevos instrumentos de tutela de la salud: el problema de la aplicación de la normativa de la responsabilidad por productos defectuosos y la posibilidad de aplicar la normativa de la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas. (Alma R.G.)

ALPA, G.: «Note sul danno contrattuale», *NGCC*, 2011, núm. 1, pp. 1-13.

Artículo dedicado al análisis histórico y actual de la figura jurídica del daño contractual: tradición del Derecho Romano, el modelo napoleónico, los orígenes del modelo italiano (1837, 1865, 1942), el modelo italiano actual, el modelo inglés y una lectura comparada de los PICC, PECL y DCFR. (Alma R.G.)

— «Nota sul danno contrattuale», *RTDPC*, 2011, núm. 2, pp. 365-388.

Estudio de derecho histórico-comparado sobre el origen y estado actual de la regulación jurídica del daño contractual en el ordenamiento jurídico italiano e inglés, a propósito de las líneas de modernización y uniformización del Derecho Privado Europeo, con especial atención a las propuestas del *Draft Common Frame of Reference* y las aportaciones al respecto del *Study Group on a European Civil Code*. (M. R. D. R.)

ASSOULINE, M.: «L'indice des loyers des activités tertiaires (Ilat) enfin vote», *GP*, núms. 180-181, 2011, pp. 5-7.

Con la crisis económica, financiera e inmobiliaria, oficinas comerciales y profesiones liberales fueron penalizados fuertemente porque no reunían los requisitos para el índice de renta comercial. La ley de simplificación del derecho de 17 de mayo lo subsana mediante la creación del índice de renta de las actividades terciarias. (*I. S. P.*)

ATIAS, CH.: «L'effet translatif en demi-teinte de la vente immobilière», *RD*, 2011, núm. 30, pp. 2062-2068.

Transmisión de la propiedad al comprador como efecto de la venta. Problemas ante los nuevos propietarios de bienes inmuebles, carácter perpetuo de la propiedad y cambios de titularidad. La inutilidad del efecto traslativo en determinados supuestos y su fragilidad. (*R. A. R.*)

BAECQUE, O./MAUGER-VIELPEAU, L.: «Encore une réforme des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques», *RD*, 2011, núm. 40, pp. 2749-2757.

Liberación de estas ventas con el fin de reforzar el mercado del arte francés. Nuevas técnicas de ventas que favorecen sólo a los grandes operadores del mercado. Estudio a propósito de la ley núm. 2011-850 de 20 de julio de 2011. (*I. S. P.*)

BALESTRA, L.: «Il giuoco e la scommessa nella categoria dei contratti aleatori», *RTDPC*, 2011, núm. 3, pp. 665-692.

Consideraciones sobre algunos tipos de contratos aleatorios relacionados con el juego y la apuesta, tales como la lotería o apuestas relacionadas con competiciones deportivas, y la posibilidad de aplicar la *soluti retentio*. (*M. R. D. R.*)

BARRELLIER, A.: «La loi Fourcade. », *GP*, núms. 194-197, 2011, pp. 8-11.

El proyecto de ley «de mejora de la indemnización a las víctimas de daños corporales», aprobada en primera lectura por la Asamblea nacional el 16 de febrero de 2010 y la visualización de objetivos ambiciosos para los derechos de las víctimas, se transformó finalmente en piloto legislativo. Algunas de sus disposiciones han sido realmente insertadas en el artículo 24 –el proyecto de ley que modifica algunas disposiciones de la Ley de 21 de julio de 2009 sobre la reforma del hospital–. Desafortunadamente, este texto, aprobado por la Asamblea Nacional, el 7 de julio de 2011, es una copia del original. Ha sido finalmente aprobado por la Comisión Mixta el 13 de julio. (*I. S. P.*)

BELLELLI, A.: «Decisioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento», *NGCC*, 2011, núm. 2, pp. 85-89.

Artículo dedicado al testamento vital. (*Alma R.G.*)



BERTIER-LESTRADE, B.: «Retour sur la mauvaise foi dans les règles de publicité foncière et les règles de conflits d'actes», *RD*, 2011, núm. 43, pp. 2954-2960.

Estudio a propósito de decisiones jurisprudenciales recientes donde se sanciona la mala fe del adquirente que conociendo los derechos de otro contrata para perjudicarlo en el contrato. Problemas de conflictos entre normas de seguridad y de equilibrio en las transacciones contractuales. (*I. S. P.*)

BERTOLASO, S.: «Quelle réparation en cas d'aggravation des désordres de construction?», *RDI*, 2011, núm. 11, pp. 541-549.

Agravamiento de los problemas de la construcción y aumento de la responsabilidad del constructor obligando a indemnizar a las víctimas como beneficiarias del seguro de construcción. Respeto escrupuloso de los tribunales de las cláusulas sobre garantías legales que se han aportado para proteger a las víctimas. (*R. A. R.*)

BIGOT, J.: «Pour une modernisation du Code des assurances», *SJ*, núm. 49, 2011, pp. 2425-2431.

A pesar de las modernizaciones sucesivas, el Código de Seguros, en su parte relativa a la realización del contrato de seguro, todavía contiene algunas disposiciones que ahora parecen inapropiadas a la situación y necesitan un cambio. En virtud de las disposiciones de carácter general, se sugiere que se reactive el dolo, la culpa intencional, ahora neutralizadas por la jurisprudencia, el retraso en el pago de la indemnización, y la asignación de estas a la reparación del daño material, el régimen de la prescripción proporcionada por el Código Civil. (*R. A. R.*)

BINDER, J.-H.: «Nachsorgende Vertragspflichten? Begründung und Reichweite fortdauerender Schutzpflichten nach Leistungsaustausch in Schulverhältnisse», *AcP*, núm. 5, 2011, pp. 587-625.

Estudio sobre los deberes contractuales que pueden surgir tras el intercambio de prestaciones por los obligados. Se trata, por una parte, de los deberes de actuación u omisión dirigidos a asegurar el interés del acreedor en la prestación y, por otra, de deberes de protección de bienes jurídicos no ligados con la prestación al acreedor (vida, cuerpo, salud, propiedad, etc.). Así, cuando, en virtud de un contrato previo, se da un consejo de inversión y, con posterioridad y antes de consumarse la inversión, el consejero tiene noticias de la mala situación financiera de la entidad donde se pretende invertir. (*M. G.-R.*)

BONOMI, M.: «La perdita di *chance* quale danno risarcibile in via autonoma a seguito di illegittimo comportamento della p.a.», *NGCC*, 2011, núm. 4, pp. 307-317.

Comentario a sentencia de la Corte de Casación sobre el resarcimiento del daño representado por la pérdida de oportunidad. (*Alma R.G.*)

BOYER/ LATAILLADE: «Indemnisation des victimes de contamination VHC post-transfusionnelle: état de la jurisprudence, á l'heure de la prise en main par l'Oniam», *GP*, núm. 292-293, 2011, pp. 6-9.

La publicación por ONIAM, el 1 de septiembre pasado, de la referencia indicativa de una indemnización por los daños causados por la contaminación con hepatitis C a través de la transfusión de sangre, que planteaba cuestiones relativas a las cuantías de las indemnizaciones a los infectados. La práctica de hecho reveló diferencias significativas entre las indemnizaciones concedidas. (*I. S. P.*)

BREDA, R./PONZANELLI, G.: «Ansia, inadempimento contrattuale e il rimedio del danno non patrimoniale», *NGCC*, 2011, núm. 1, pp. 31-33.

Comentario a sentencia de la Corte de Casación sobre el resarcimiento de la angustia producida como consecuencia del incumplimiento de un contrato, en concreto, como consecuencia de la ilegitimidad del protesto de una letra de cambio. (*Alma R.G.*)

BRUNOT/RENAUD: «Referencement payant: responsables, oui mais á quel prix?», *GP*, núms. 287-288, 2011, pp. 19-25.

El 23 de marzo 2010, el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la responsabilidad de los prestatarios de servicios de referenciación en Internet y anunciantes en el uso de una palabra clave idéntica a una marca comercial para promover productos o servicios idénticos a los de la citada marca, como parte de un servicio remunerado de remisión. La solución elimina el principio de responsabilidad del proveedor sobre la base de la falsificación, recordó que este beneficio, bajo ciertas condiciones el régimen de responsabilidad establecido en la Directiva sobre comercio electrónico, y sentó las condiciones bajo las cuales tiene derecho el titular de la marca a prohibir que el anunciante haga uso de un signo idéntico en el marco de referencia. (*R. A. R.*)

BUFFA, F.: «Il danno esistenziale cagionato dall'ente previdenziale – osservazione a Cass. 10 febbraio 2010 n. 3023», *GC*, 2011, núm. 5, pp. 1313-1317. (*M. R. D. R.*)

CALZOLARO, E.: «La riforma della prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo», *RTDPC*, 2011, núm. 4, pp. 1087-1106.

Estudio comparativo de la reforma introducida por el ordenamiento jurídico francés en materia de prescripción adquisitiva y extintiva: interrupción, suspensión y término.

Especial referencia a las propuestas de unificación del Derecho contractual europeo. (*M. R. D. R.*)

CARNICELLI, C.: «Risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale: qualificazione e quantificazione», *GC*, 2011, núm. 6, pp. 293-318.

Consideraciones sobre las obligaciones de las partes en la fase de negociaciones precontractuales y de formación del contrato y responsabilidad precontractual por la no celebración definitiva del contrato, según diferentes supuestos y motivos de las partes. (*M. R. D. R.*)

CARRASCO PERERA, A./LYCZOWSKA, K.: «Conflicts among Creditors in the Regulation of Security Interests under the Draft Common Frame of Reference a View from Spanish Law», *ERPL*, núm. 6, 2011, pp. 1001-1021.

El trabajo analiza ciertos elementos del libro IX del Proyecto de Marco Común de Referencia, que trata de los derechos reales de garantía sobre activos mobiliarios. La finalidad de los autores es comparar las soluciones del Proyecto con la regulación en vigor en España en el ámbito de los conflictos entre acreedores con derecho real de garantía sobre el mismo bien. (*M. G.-R.*)

CIPPITANI, R.: «Limitazioni alla responsabilità medica nella diagnosi prenatale tra norme costituzionali e norme sovranazionali», *DFP*, 2011, núm. 3, pp. 1327-1357.

Nacimiento de un niño con malformaciones, error del médico en el diagnóstico prenatal y reglas de responsabilidad civil. (*Alma R.G.*)

COCUCCIO, M.: «Sul danno “tanatologico”», *DFP*, 2011, núm. 3, pp. 1165-1179.

Comentario a sentencia del Tribunal Supremo italiano sobre el resarcimiento del denominado «daño tanatológico» en cuanto categoría del daño moral: consiste en el sufrimiento padecido por la víctima de un hecho ilícito de un tercero, que permanece en estado lúcido y consciente durante la agonía hasta el momento de la muerte. Tal derecho al resarcimiento es transmisible a los herederos. (*Alma R.G.*)

— «Responsabilità dell’insegnante per mancata protezione del minore – nota a Cass. 3 marzo 2010 n. 5067», *GC*, 2011, núm. 12, pp. 2932-2938. (*M. R. D. R.*)

COMENALE, M.: «Attività pericolose e danni a terzi in superficie – nota a Cass. 10 novembre 2010 n. 22822», *GC*, 2011, núms. 7-8, pp. 1778-1781. (*M. R. D. R.*)

CONTE, G.: «I diritti individuali omogenei nella disciplina dell’azione di classe», *RDC*, 2011, núm. 5, parte prima, pp. 609-646.

Amplio comentario sobre la aplicación analógica de la tutela colectiva resarcitoria y restitutoria, en el ámbito de consumidores y usuarios, a situaciones individuales derivadas de supuestos idénticos respecto de los mismos comerciantes. (*M. R. D. R.*)

CORDIANO, A.: «Profili di responsabilità civile nella produzione di organismi geneticamente modificati», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 2, pp. 400-432.

Tras la constatación de la ausencia de normas de remisión a los remedios de responsabilidad civil en los casos de daños personales causados por la utilización de organismos genéticamente modificados, la autora se ocupa de analizar la aplicación del Código de Consumo y, en concreto, la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos, en este tipo de supuestos.

Son tres las cuestiones que trata el presente artículo.

En primer lugar, la consideración de los organismos genéticamente modificados como productos a los efectos de la disciplina normativa analizada; cuestión que se responde afirmativamente.

En segundo lugar, los defectos derivados de los denominados «Riesgos del desarrollo» y la consecuente exoneración de responsabilidad por defectos no originarios; a este propósito, la autora propone una interpretación del artículo 118.1.e) del Código de consumo en la que se conjuguen adecuadamente la tutela de los consumidores y los beneficios económicos derivados de la puesta en circulación de productos industriales.

Por último, la autora se detiene en la cláusula de salvaguardia prevista en el artículo 23 de la Directiva 2001/18/CE, que permite a los Estados Miembro limitar o prohibir temporalmente en su territorio el uso y la venta de organismos genéticamente modificados autorizados, invocando la existencia de nuevas informaciones disponibles tras dicha autorización o de nuevas valoraciones de informaciones ya existentes basadas en nuevos conocimientos científicos. (B. G. F.)

CORRIAS, P.: «Responsabilità civile e contratto di assicurazione», *RDC*, 2011, núm. 3, parte seconda, pp. 245-267.

Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del contrato de seguro y la función de la responsabilidad civil, en relación con los diferentes tipos de contratos de seguro, según el objeto asegurado y los límites en las cuantías resarcitorias. Especial referencia a la asegurabilidad de daños morales y penas privativas. (M. R. D. R.)

COUDRAIS, M.: «L'obligation naturelle: une idée moderne?», *RTDC*, 2011, núm. 3, pp. 453-468.

Frente a la concepción tradicional, el autor considera la obligación natural como una noción jurídica moderna y una figura muy útil para el futuro, porque asegura la unión entre el derecho y los valores sociales, o entre la tradición y la modernidad. Necesidad de su utilización por los tribunales para resolver problemas específicos de la sociedad actual. (R. A. R.)

CRAVETTO, Ch./PASA, B.: «The “Non-sense” of Pre-contractual Information Duties in Case of Non-concluded Contracts», *ERPL*, núm. 6, 2011, pp. 759-785.

Las autoras comienzan exponiendo las partes de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea, de 11 de octubre de 2011, que han sido tomadas del Proyecto de Marco Común de Referencia y de la Directiva sobre Derechos de los Consumidores, así como su dependencia del *Acquis* comunitario y de los Principios de un Derecho Contractual Europeo. A continuación explican su provocativo título, el «sinsentido» de deberes de información precontractual en caso de contratos no concluidos. (M. G.-R.)

CUFFARO, V.: «Violazioni di obblighi tributari e nullità del contratto (di locazione)», *RDC*, 2011, núm. 4, parte seconda, pp. 547-372.

Crítica al requisito de la inscripción de contratos arrendaticios, bajo sanción de nulidad contractual, por tener una única finalidad de recaudación tributaria. (M. R. D. R.)

CUSA, E.: «Le società consortili con personalità giuridica: fattispecie e frammenti di disciplina», *RDC*, 2011, núm, 4, parte seconda, pp. 373-402.

Comentario sobre la figura del consorcio de sociedades, medianas y pequeñas empresas, y su regulación jurídica según sus tipos. (*M. R. D. R.*)

D'ACUNTO, L.: «L'azione di classe dell'art. 140 bis: quale innalzamento della tutela dei consumatori?», *CI*, 2011, núms. 4-5, pp. 1103-1141.

La nueva *class action* prevista en el artículo 140 bis del Código italiano de Consumo en cuanto instrumento de tutela colectiva de los consumidores. (*Alma R.G.*)

D'OSSEO, S.: «Sulla qualificazione giuridica del negozio mixtum cum donazione – osservazione a Cass. 17 novembre 2010 n. 23215», *GC*, 2011, núm. 3, pp. 652-656. (*M. R. D. R.*)

DALLA MASSARA, T.: «In tema di accettazione di adempimento parziale con riserva di saldo», *RDC*, 2011, núm, 6, parte seconda, pp. 651-673.

Comentario acerca de la figura del cumplimiento parcial de las obligaciones, según la divisibilidad o no de la prestación, y límites a la facultad de oposición del acreedor. (*M. R. D. R.*)

DE BOEK, A.: «B2B Information Duties in the Feasibility Study: Analysis of Article 23», *ERPL*, núm. 6, 2011, pp. 787-797.

El artículo 23 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea, de 11 de octubre de 2011, regula el «Deber de revelar información sobre los bienes y servicios relacionados». El trabajo estudia la aplicación de estos deberes, pensados originariamente más bien para los contratos entre empresarios y consumidores, a los contratos entre empresarios (B2B = *Business to Business*). (*M. G.-R.*)

DESSUET, P.: «La mise à jour 2011 des textes de pólíce DO, CNR et RC décennale: attention danger», *RDI*, 2011, núm. 10, pp. 482-493.

Estudio sobre las nuevas cláusulas del seguro obligatorio de la construcción. Redacción de nuevas condiciones generales en los contratos y en materia de daños por obras (DO), constructores que no ejecutan (CNR) y responsabilidad civil decenal individual y colectiva (RC). Acaparamiento de garantías y tasas en caso de incumplimiento o daños. (*I. S. P.*)

DI MARZIO, F.: «Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa», *RDC*, 2011, núm, 4, parte prima, pp. 491-510.

Análisis del principio general de prohibición de abuso del Derecho y el principio de autonomía contractual de la empresa. Revisión de la figura del abuso desde la perspectiva de la libertad contractual y razones de mercado. (*M. R. D. R.*)

ETIENNEY DE SAINTE-MARIE, A.: «La durée du contrat et la réforme du droit des obligations», *RD*, 2011, núm. 39, pp. 2672-2678.

La autora pone de manifiesto el poco interés del legislador en los últimos proyectos de ley respecto a la duración del contrato, frente a la importancia de ésta como elemento esencial entre las partes. La modernización del derecho de los contratos lleva a una dimensión más positiva del tiempo, donde se alude a la duración satisfactoria del contrato. (*I. S. P.*)

FELTKAMP, R./VABOSSELE, F.: «The Optional Common European Sales Law for European Contract Law: Better Buyer's Remedies for Seller's Non-performance in Sales of Goods?», *ERPL*, núm. 6, pp. 873-905.

Los autores examinan las disposiciones relativas a los remedios del comprador en caso de incumplimiento del vendedor, dentro del marco del Proyecto de Derecho Opcional Común en la Venta de Bienes. Teniendo en cuenta los objetivos de la Comisión Europea, se examinan consecutivamente el ámbito material y personal de las disposiciones, los casos en que estos remedios pueden ser invocados por el comprador, los remedios en sí mismos considerados y cómo pueden ser puestos en marcha. (*M. G.-R.*)

FREZZA, G.: «Trascrizione di domande giudiziali illegittime o infondate: profili di responsabilità civile— nota a Cass., sez., un., 23 marzo 2011 num. 6597», *GC*, 2011, núm. 9, pp. 2015-2024. (*M. R. D. R.*)

FRICERO, N.: «La prescription après la loi du 17 juin 2008 en droit de la construction», *RDI*, 2011, núm. 9, pp. 435-439.

Modificación del régimen de la prescripción extintiva con la ley de 17 de junio de 2008 sin hacer desaparecer las particularidades del derecho de la construcción. Existen grandes problemas en torno a la necesidad de distinguir entre acciones que sustituyen la prescripción extintiva y acciones que varían el plazo alargándolo. (*I. S. P.*)

GANANCIA, D.: «Enjeux et perspectives de la médiation au TGI de Paris [\*]», *GP*, núms. 147-148, 2011, pp. 14-18.

Este artículo proporciona una visión general de la mediación de utilidad actual, ya sea civil o familiar, a través de lo que se ha establecido en el Tribunal Superior de París. (*I. S. P.*)

GAUDEMET, Y./LAPP, CH./STEIMER, A.: «Les personnes publiques et l'arbitrage international», *RD*, 2011, núm. 37, pp. 2552-2557.

Dispersión del control de las sentencias arbitrales tras el asunto «INSERM» del Tribunal de conflictos de 17 de mayo de 2010, entre los jueces civiles y los jueces de los contencioso-administrativo. Necesidad de solucionar el problema utilizando las soluciones del rapport Prada. (*R. A. R.*)

GEISTFELD, M.A.: «The Principle of Misalignment: Duty, Damages, and the Nature of Tort Liability», *Yale L. J.*, 2011, vol. 121, pp. 142-193.

Reflexión sobre el llamado «principio de desalineación» en la responsabilidad extracontractual. Como es sabido, ese tipo de responsabilidad presupone

una serie de requisitos. El primero es un deber de cuidado (*duty*) a observar respecto de otra persona. Ese deber determina qué riesgos o amenazas de daños deben tomarse en consideración al juzgar si el demandado se comportó con culpa. Los demás elementos de la responsabilidad (en particular, el daño indemnizable) deben garantizar que dicha responsabilidad se limita a los daños sujetos al deber de cuidado, de modo que no se responda por daños que queden fuera de ese deber. No obstante, según Geistfeld hay situaciones en que los elementos de la responsabilidad se desalinean, esto es, un daño que queda comprendido por el deber de cuidado no es indemnizable debido a la aplicación de otro elemento. La alineación es completa en caso de responsabilidad objetiva, pues no se basa en una infracción del deber de cuidado, pero no sucede igual en la responsabilidad subjetiva, donde hay por principio una falta de alineación entre los elementos de la responsabilidad. Por ejemplo, el deber de cuidado alcanza a riesgos de causar la muerte a otro, pero en cambio el daño por pérdida de los placeres de la vida por muerte prematura no se suele considerar como indemnizable. A juicio del autor, dicho «principio» tiene consecuencias sustanciales en relación con la interpretación del Derecho de la responsabilidad, consecuencias que al artículo se encarga de señalar. (A. R. G.)

GERKENS, J.-F.: «Liability for Failure to Supply a Specific Item: From a Non-Roman Rule to a Virtually Universal Success Story», *ERPL*, núm. 5, 2011, pp. 489-504.

¿Será considerado responsable un deudor que debe suministrar un objeto, pero que no lo hace a su debido tiempo, si la cosa se destruye con posterioridad por fuerza mayor? El Derecho romano respondía afirmativamente a esta pregunta, pues la persona en *mora debitoris* soportaba siempre el riesgo; sin embargo, casi todas las codificaciones modernas liberan al deudor de su obligación si la cosa hubiese perecido de todas formas de encontrarse en poder del acreedor a su debido tiempo. El trabajo trata de explicar cómo se ha cambiado la regla romana y si esta modificación es una mejora o no. En la parte conclusiva se trata también la solución prevalente en el Proyecto de Marco Común de Referencia. (M. G.-R.)

HAMWIJK, D.: «Public Filing with Regard to Non-possessory Security Rights in Tangible Assets as Contemplated by the DCFR: Of No Benefit to Unsecured (Trade) Creditors», *ERPL*, núm. 5, 2011, pp. 613-629.

El Proyecto de Marco Común de Referencia prevé un archivo público de los suministradores de crédito sin garantía especial. En opinión del autor, este sistema no beneficiará a tales acreedores. La opinión contraria, de la que parecen partir algunos autores, está promovida por un entendimiento de cómo los bancos suministran crédito y cómo los demandantes se comportan que no coincide con la realidad. Adicionalmente, parece haber una amplia simpatía por la posición del acreedor sin garantía. Por el contrario, el autor defiende que, independientemente de lo penosa que sea la posición de los acreedores sin garantías, es un error pensar que su posición será mejorada mediante un registro público. (M. G.-R.)

HARDY, R.: «The Feasibility Study's Rules on Contract Interpretation», *ERPL*, núm. 6, 2011, pp. 817-833.

Estudio desde el punto de vista económico de las reglas de interpretación contractual del Estudio de Viabilidad de un Futuro Instrumento de Derecho



Contractual Europeo, de 2011. Dos aspectos merecen ser destacados: Primero, asumiendo que las empresas que sobre todo realizan transacciones internacionales (las de tamaño medio) utilizarían el Estudio de Viabilidad para regular sus contratos, la orientación subjetiva, o de contexto, del art. 56 del Estudio de Viabilidad (referido a la interpretación del contrato) no debería haber sido elegida como supletoria, pues las empresas prefieren que los tribunales se adhieran lo más posible al significado ordinario de las palabras del acuerdo. Segundo, el art. 57 del Estudio de Viabilidad (referido también a la interpretación) es desventajoso para las partes contratantes en cuanto que utiliza unos criterios demasiado estrechos. (M. G.-R.)

HERBOTS, J.: «Why It Is Ill-Advised to Translate Consequential Damage by Dommage Indirect», *ERPL*, núm. 6, 2011, pp. 931-949.

Trabajo sobre las dificultades de traducir a otras lenguas el término «consequential damage», ya que, a su vez, puede significar cosas distintas en el lenguaje angloamericano. El autor propone para la traducción francesa «daño consecutivo» y evitar la denominación «daño indirecto». (M. G.-R.)

HEUGAS-DARRASPAN, H.: «Réforme de l'épargne logement: à l'aune des contraintes budgétaires et financières?», *RDI*, 2011, núm. 10, pp. 476-481.

Problemas de las cuentas de ahorro vivienda, pues junto a las ventajas también traen inconvenientes como el importe mínimo del préstamo o el tratamiento fiscal. Esos problemas derivan de la falta de acuerdo entre banqueros y financiadores fundamentalmente para los planes suscritos a partir de marzo de 2011. (I. S. P.)

HOFFMANN, J.F.: «Sicherungsgemeinschaften im System einer differenzierenden Gesamtschuldlehre», *AcP*, núm. 5, 2011, pp. 703-736.

Estudio sobre la deuda solidaria, especialmente cuando la solidaridad proviene de un acuerdo común con el acreedor o de distintas garantías, como fianzas o prendas. Si concurren diferentes garantías, como una fianza, una deuda territorial (*Grundschild*) y una hipoteca, se ha terminado imponiendo en la doctrina y en la práctica alemanas la idea de que son de aplicación las normas sobre solidaridad. El autor critica este punto de vista, y considera que a situaciones tan heterogéneas no se les pueden aplicar las mismas soluciones. (M. G.-R.)

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.)

KEIRSE, A.: «Why the Proposed Optional Common European Sales Law Has Not, But Should Have, Abandoned the Principle of All or Nothing: A Guide to How to Sanction the Duty to Mitigate the Loss», *ERPL*, núm. 6, 2011, pp. 951-976.

Trabajo sobre el deber o carga, generalmente aceptados, de que el acreedor de una obligación incumplida debe tomar medidas razonables para mitigar el daño. No obstante, hay visiones diferentes respecto del ámbito del deber de mitigar. Aquí se defiende que las consecuencias legales del fracaso de prevenir o evitar el daño deben ser similares a las de la concurrencia de

culpas en la responsabilidad extracontractual; sin embargo, el artículo 163 de la Propuesta de un Instrumento Opcional de Derecho Contractual no trata adecuadamente el problema. (*M. G.-R.*)

KRUISINGA, S.: «The Seller's Right to Cure in the CISG and the Common European Sales Law», *ERPL*, núm. 6, 2011, pp. 907-919.

Uno de los propósitos de la recientemente publicada Proposición para una regulación de un Derecho Común Europeo de Ventas es mejorar el funcionamiento del mercado interno. Este Derecho europeo autoriza al comprador a buscar remedios a cualquier falta de conformidad en los bienes suministrados. Durante el tiempo para llevar a cabo tal remedio, el comprador no puede ejercitar una facultad distinta que sea incoherente con la concesión al vendedor de un tiempo para remediar el defecto. El trabajo compara este sistema de remedios con el de la Convención de Viena para la Venta Internacional de Mercaderías, decantándose por el primero. (*M. G.-R.*)

KUIPERS, J.-J.: «The Legal Basis for a European Optional Instrument», *ERPL*, núm. 5, pp. 545-564.

La adopción de un instrumento opcional sobre Derecho de contratos europeo va ganando adeptos. El artículo hace hincapié en que la base legal apropiada depende de las características del instrumento que se adopte. El artículo 114 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) no suministraría en ningún caso una base legal apropiada si tenemos en cuenta que el instrumento crearía simplemente una alternativa a las leyes de los Estados miembros, sin que ello supusiera un acercamiento de las respectivas legislaciones nacionales. El artículo 81 TFUE sí proporcionaría una base legal si el instrumento opcional se limitara a las transacciones transnacionales y pudiera ser ligado al objetivo general de fomentar la cooperación judicial en los procesos civiles. Por fin, el artículo 352 suministraría la base legal apropiada si el instrumento opcional pudiera ser elegido tanto para los contratos internos como internacionales. (*M. G.-R.*)

LANDO, O.: «Comments and Questions Relating to the European Commission's Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law», *ERPL*, núm. 6, 2011, pp. 717-728.

El reputado autor danés hace una valoración crítica de ciertos aspectos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea, de 11 de octubre de 2011. Siendo un instrumento opcional que se aplicaría a las ventas internacionales y a los contratos de suministro de contenido digital y servicios relacionados, el Reglamento, si llega a adoptarse, será un paso adelante en la unificación del Derecho contractual europeo, pero simplemente un paso modesto. La mayor parte del Reglamento propuesto parece como si se aplicara a todos los contratos en general, y habría sido preferible que se hubiera preparado una propuesta clara en esa línea. La Propuesta contiene algunas mejoras sobre la Convención de Viena de Venta Internacional de Mercaderías (*M. G.-R.*)

LAUDE/ GOFFIC: «Le contentieux des “coupe-faim”», *GP*, núms. 152-155, 2011, pp. 7-17.

El desarrollo del Mercado de los alimentos y sus consecuencias en la salud dan lugar a diversos tipos de litigios, ya sea por la autorización de salida al mercado del producto por los profesionales de la salud o por el fabricante. Las diferencias nacionales y las especificidades regionales han de tenerse en cuenta. En este trabajo se lleva a cabo un estudio comparativo de la cuestión. (*R. A. R.*)

LAURENT-VANNIER/ VIEUX: «Le syndrome du bébé secoué et la Haute autorité de santé», *GP*, núms. 336-337, 2011, pp. 27-32.

La Autoridad Sanitaria (HAS), ha publicado el 13 de septiembre 2011, el informe sobre la política y las recomendaciones de la Comisión de Audiencias del Síndrome del Bebé maltratado (SBS): avances forenses que deben integrar los abogados y expertos.

A través de esta publicación, la HAS ha trabajado en el reconocimiento a la calidad científica. (*I. S. P.*)

LEROY, M.: «Prise en compte des contrats d'assurance-vie dans le calcul de la participation des personnes protégées au financement de leur mesure de protection», *GP*, núms. 320-321, 2011, pp. 10-12.

Los recursos a tener en cuenta al determinar el importe de la participación de la persona protegida a favor de financiar las medidas de protección han sido modificados por un decreto del 21 de junio de 2011. Algunas respuestas recientes del departamento y su razonamiento. Este decreto aclara la situación de los contratos de seguro de vida mantenidos por persona incapacitada. (*I. S. P.*)

LILLEHOLT, K.: «Passing of Risk and the Risk of Mystification: Some Drafting Issues», *ERPL*, núm. 6, 2011, pp. 921-929.

El Estudio de Viabilidad contiene un capítulo que trata la transferencia del riesgo en los contratos de venta. La pérdida o daño de los bienes después de que el riesgo ha pasado al comprador no elimina su deber de pagar el precio, a menos que el daño o pérdida se deba a un acto u omisión del vendedor. La autora del trabajo se refiere a las deficiencias que encuentra en este sistema y los retoques que deberían hacerse. (*M. G.-R.*)

LONGOBUCCO, F.: «Responsabilità nei rapporti non vincolanti: il caso del trasporto di cortesia», *CI*, 2011, núm. 3, pp. 546-559.

Artículo relativo a la responsabilidad del transportista por los daños sufridos por el pasajero en el transporte de personas a título de amistad o cortesia. (*Alma R.G.*)

MAGRI, G.: «Gli effetti della pubblicità ingannevole sul contratto concluso dal consumatore. Alcune riflessioni alla luce dell'attuazione della Direttiva 05/29 CE nel nostro ordinamento», *RDC*, 2011, núm. 3, parte seconda, pp. 269-304.

Reflexiones sobre la adaptación del ordenamiento jurídico italiano a la Directiva 05/29 CE, sobre efectos de la publicidad engañosa en materia de

contratos con consumidores y usuarios: responsabilidad precontractual, anulación del contrato, resolución por incumplimiento, acciones colectivas. (M. R. D. R.)

MARUCCI, B.: «Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 1, pp. 63-81.

Clara síntesis de las cuestiones más significativas que se plantean en el ámbito de la cesión de créditos y de la asunción de deuda.

Por lo que se refiere a la cesión, y sin ánimo de exhaustividad, algunas de las cuestiones en las que la autora se detiene son: (1) la notificación al deudor, sus funciones y su finalidad; (2) las excepciones a la estructura bilateral (cedente-cesionario) de la cesión; (3) el debate relativo a la configuración de la cesión como tipo contractual autónomo; (4) la cesión en garantía, admitida por la jurisprudencia y, recientemente, de manera expresa por el legislador; (5) la cesión *pro soluto* y *pro solvendo* (art. 1198 CC italiano).

La asunción de deuda se estudia analizando comparativamente los tres negocios mediante los cuales puede llevarse a cabo, a saber, la delegación, la expromisión y la asunción de deuda. Sólo en la delegación ve la autora la constitución de una nueva relación obligatoria; esta distinta configuración se proyecta en el régimen de las excepciones oponibles por el tercero al acreedor y en los modos en que el acreedor puede liberar al deudor originario, cuestiones éstas de las que la autora se ocupa seguidamente. (B. G. F.)

MONSEN, E.: «Disgorgement Damages for Breach of Pre-contractual Obligation and Contract», *ERPL*, núm. 6, 2011, pp. 799-815.

De acuerdo con el tradicional Derecho contractual europeo, las normas sobre daños por incumplimiento del contrato establecidas por el Estudio de Viabilidad sobre Derecho Contractual Europeo realizado por un grupo de expertos y publicado por la Comisión Europea en 2011 protegen las expectativas y el interés de confianza de la parte inocente. La devolución de los daños basados en ganancias está limitada a un solo caso, a saber, la ruptura del deber de confidencialidad establecido en el artículo 28. En el trabajo, el autor defiende que las razones para la restitución de los daños conforme al artículo 28 tienen un ámbito más amplio que el que presupone Proyecto de Instrumento Opcional, que el Proyecto de Instrumento Opcional regula la restitución de los daños de forma algo arbitraria, y que un Código europeo opcional debería optar por una aplicación más amplia de ese principio en la línea del Proyecto de Marco Común de Referencia y el norteamericano Restatement (Third) of Restitution and Unjustified Enrichment. (M. G. -R.)

MOYSE, J.M.: «La négociation immobilière et ses incidences au regard de la loi et de la jurisprudence», *GP*, núms. 231-232, 2011, pp. 9-22.

El mercado de transacciones de bienes raíces, que estaba reservado específicamente a los agentes inmobiliarios y notarios, se ha ampliado recientemente a los inspectores y abogados. La asignación de estas nuevas habilitaciones incorporadas va a suponer una intensificación de la competencia. Pero, sobre todo, los profesionales deben evitar muchos fraudes. (R. A. R.)

NEZAR, A.: «Reconciling Punitive Damages with Tort Law's Normative Framework», *Yale L. J.*, 2011, vol. 121, pp. 678-723.

Intento de reconciliar los llamados daños punitivos o indemnizaciones sancionadoras (*punitive damages*) con los principios de la responsabilidad extracontractual. Las teorías que hasta el momento se han formulado para explicar el porqué de este tipo de «indemnizaciones» (por ejemplo, la basada en la ideas de prevención o *deterrence*) tienen carácter instrumental, y por ende resultan insuficientes, ya que colisionan con el principio de justicia conmutativa (*corrective justice*). En lugar de las teorías al uso, se precisa indagar cual es el interés moral satisfecho por la atribución de los daños al responsable. De acuerdo con este punto de partida, la atribución de un daño puede ir más allá de los daños ilícitos. Concretamente, la atribución no debe limitarse a los daños que nuestras acciones causan en un sentido material o patrimonial, sino también aquello que nuestras acciones expresan sobre otras personas cuando les causamos un daño. (A. R. G.)

NIETSCH, M.: «Werklieferungen im Spannungsverhältnis zwischen Vertragstypisierung und Parteiautonomie», *AcP*, núm. 5, 2011, pp. 737-767.

La clasificación del contrato de entrega de obra (*Werklieferungsvertrag*) ha ofrecido siempre dificultades. En la versión del BGB anterior a la reforma del Derecho de obligaciones se consideraba la producción de cosas infungibles, teniendo en cuenta su dependencia del origen y significación de los materiales utilizados para la obra, como un contrato de obra (antiguo § 651 BGB). Tras la reforma se aplican las normas de la compraventa al contrato que tiene por objeto la entrega de cosas muebles a crear o producir. Si el objeto contractual es fungible, ello vale sin excepciones; si es infungible se aplican ciertos parágrafos del contrato de obra, si bien con algunas modificaciones. Como consecuencia de lo anterior, el contrato de entrega de obra ha desaparecido como tipo estructural normativo. El autor estudia los problemas que ello conlleva. (M. G.-R.)

NOGUERO, D.: «La détermination du contenu du contrat d'assurance par son interprétation (1re partie [\*])», *GP*, núms. 329-330, 2011, pp. 6-14.

El contrato de seguro da paso en determinadas circunstancias, a dudas sobre el significado exacto de su contenido. En relación con la ley, el juez tiene la facultad de fijar la interpretación, dentro de ciertos límites, y mediante el uso de ciertos métodos. A la ocasión, la ley del consumidor también puede servir de guía al juez en esta misión.

Se mantiene la necesidad de lograr una serie de preguntas relativas a la determinación del valor de ciertos documentos o contradicción de otros para determinar su aplicabilidad, como se ilustra en particular, las cláusulas de referencias conocidas. (R. A. R.)

PAGLIANTINI, S.: «Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale», *RDC*, 2011, núm, 6, parte prima, pp. 753-787.

Comentario sistemático y de derecho comparado sobre la acción de nulidad y sus efectos. (M. R. D. R.)

— «Tutela del consumatore e limiti normativi alla dematerializzazione dei contratti solenni», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 1, pp. 213-232.

La pregunta de la que parte el presente artículo es la siguiente: cuando la forma *ad substantiam* se exige para proteger al consumidor, ¿la forma electrónica puede admitirse de forma generalizada o, por el contrario, su admisión debe ser excepcional?

A la vista de la escasa atención que la doctrina italiana ha prestado al tema, el autor analiza la normativa italiana a la luz del Derecho francés y del Derecho alemán, Ordenamientos cuya doctrina se ha ocupado ampliamente del tema. (*B. G. F.*)

PALERMO, P.: «I negozi di destinazione nel sistema di diritto positivo», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 1, pp. 82-98.

¿Es posible limitar el ejercicio del poder de disposición en relación con vinculaciones de bienes que no estén previstas expresamente por la ley?

La conclusión del autor, poco favorable a la imposición de límites, se basa en un análisis de la cuestión que toma en consideración las nuevas orientaciones del Derecho civil italiano, que amplía el campo de reconocimiento de la autonomía privada. (*B. G. F.*)

PANCAZZI, ME: «Les clauses de rétroactivité», *RTDC*, 2011, núm. 3, pp. 469-478.

Problemas de retroactividad de falta de efectos en los casos de nulidad o resolución del contrato. El papel de la voluntad de las partes para otorgar cierta eficacia eventual al contrato. Cuestiones doctrinales al respecto, posturas y críticas a favor y en contra de la retroactividad. (*I. S. P.*)

PARIGUET/ MANSION: «Impasses et perspectives du risque en matière de responsabilité», *SJ*, núm. 28, 2011, pp. 1383-1389.

La evolución de la noción de riesgo de la responsabilidad en las áreas de derecho civil, derecho laboral, el derecho penal reveló una mutación del vínculo social. Frente a los peligros inherentes a esta transformación, es necesario redefinir la relación entre el riesgo y responsabilidad. (*R. A. R.*)

PENTECOSTE, J.: «Pour une vision claire des responsabilités des autorités du médicament», *GP*, núms. 278-279, 2011, pp. 7-12.

El caso Médiateur podría haber servido a los poderes públicos para aclarar las responsabilidades de las diversas autoridades involucradas en el proceso de comercialización de los medicamentos. En este sentido, el proyecto de ley relativo al fortalecimiento de la seguridad sanitaria del medicamento parece tener apariencia de un *statu quo quasi* institucional. (*R. A. R.*)

PERLINGIERI, P.: «Le funzioni della responsabilità civile», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 1, pp. 115-123.

Ponencia de clausura del Congreso «La funzione deterrente della responsabilità civile», organizada en la Universidad de Siena los días 19 a 21 de septiembre de 2007.

El contenido es más amplio de lo que el título podría hacer pensar, pues no sólo se trata el tema de las funciones de la responsabilidad civil, sino que

también se apunta ideas sobre las distinciones entre responsabilidad contractual y extracontractual o entre daño patrimonial y no patrimonial cuyas diferencias, a juicio del autor, no son tan nítidas. (B. G. F.)

PERREAU-SAUSSINE, L./DAVID, M.: «“Petite” loi contre “grand” traité: investissements locatifs et droit européen», *RDI*, 2011, núm. 6, pp. 304-311.

Problemas de incompatibilidad entre la normativa francesa fiscal de inversiones y la de libre circulación de capitales. Conflictos entre el estado francés y la Comisión europea. (I. S. P.)

PEULVÉ, C.: «Médiation et conciliation. Des jumeaux, vrais ou faux?», *GP*, núms. 177-179, 2011, pp. 17-19.

El poder legislativo intervino para crear el proceso participativo, la reforma del arbitraje y la conciliación también se extienden y promover el uso de una transacción. Trata el autor de diferenciar la mediación y la conciliación. (R. A. R.)

PFEIFFER, Th.: «Unfaire Vertragsbestimmungen», *ERPL*, núm. 6, 2011, pp. 835-853.

Estudio sobre las cláusulas contractuales abusivas en el Proyecto Europeo de Instrumento Opcional Contractual, de 2011. El autor celebra en general el enfoque del Proyecto, centrandó su crítica en la llamada lista gris de cláusulas presumiblemente abusivas, ya que mezcla aspectos legales y fácticos, y, además, contiene dos tipos distintos de disposiciones, que deberían ser tratadas separadamente: por un lado, hay cláusulas que son consideradas inválidas, a menos que aspectos específicos lleven a una valoración distinta; por otra parte, hay subcláusulas con criterios abiertos, de manera que la cláusula es inválida si se cumple las exigencias del criterio abierto. (M. G.-R.)

PIRAINO, F.: «L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione», *RDC*, 2011, núm. 3, parte seconda, pp. 305-346.

Extenso comentario sobre las obligaciones de cumplimiento contractuales, según la naturaleza jurídica del contrato y el objeto contractual. Especial referencia a la cesión de créditos y situaciones de insolvencia de deudores. (M. R. D. R.)

PORCHY-SIMON, S.: «Plaidoyer pour une construction rationnelle du droit du dommage corporel», *RD*, 2011, núm. 40, pp. 2742-2748.

Estudio a propósito de la reforma del artículo 56 de la proposición de ley que modifica la Ley de hospitales, pacientes, salud y territorios, Ley HPST. Precipitación del legislador sin atender a los problemas de fondo sobre el contenido de la unificación. Es necesario la atención a los derechos de las víctimas. (R. A. R.)

PORTO, N.: «L'anatocismo bancario tra conferme e problemi irrisolti», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 1, pp. 277-303.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Busto-Arsizio-Gallarate, de 9 de diciembre de 2009, relativa a un contrato bancario de cuenta corriente, que



declara la nulidad de dos cláusulas: (1) aquella que prevé genéricamente la determinación de los intereses bancarios mediante reenvío al denominado *uso de plaza*; (2) la cláusula de capitalización trimestral de los intereses debidos.

Téngase en cuenta que el contrato objeto de litigio se celebró antes de la entrada en vigor de la nueva legislación bancaria italiana. (B. G. F.)

POSEZ, A.: «La théorie des nullités. Le centenaire d'une mystification», *RTDC*, 2011, núm. 4, pp. 647-676.

Evolución de la nulidad a lo largo del s. xx y su situación actual. Crítica a la posición actual de la doctrina que no es capaz de ver la distinción entre las diversas clases de nulidad. Para su estudio el autor parte de la obra de Japiot, «Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie des nullités». (I. S. P.)

PRIEL, D.: «In Defence of Quasi-Contract», *M. L. R.*, 2012, vol. 75, núm. 1, pp. 54-77.

Como es bien sabido, la categoría de los cuasicontratos ha sido objeto de una crítica prácticamente unánime. Sin embargo, Priel sugiere que dicha categoría puede servir para solucionar parte de los debates que existen actualmente alrededor de diversos problemas del llamado «Derecho de la restitución» (*Restitution*). En especial, aquellos casos en los que las partes hubiesen celebrado un acuerdo si hubiesen tenido ocasión pueden entenderse mucho mejor mediante la idea de cuasicontrato que mediante la institución del enriquecimiento injusto o sin causa (*unjust enrichment*). Por ello, la responsabilidad fundada en un cuasicontrato no debe subsumirse dentro de la figura del enriquecimiento injusto. Es más, la idea de cuasicontrato incluso nos permite ver lo que la responsabilidad basada en el enriquecimiento injusto debería ser: una responsabilidad basada en consideraciones de justicia (*fairness*). (A. R. G.)

PROSPERI, F.: «La cooperazione del creditore all'adempimento del debitore nel *Draft Common Frame of Reference* (art. III.-1:104): un'occhiata per qualche notazione di carattere sistematico», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 2, pp. 560-586.

El artículo III.-1.104 DCFR establece de manera expresa la obligación del acreedor de cooperar en el cumplimiento de la obligación. A la vista de tal disposición, que el autor califica de novedosa por estar situada en el corazón del Derecho de Obligaciones en el DCFR, la cuestión que se plantea en el presente artículo es si puede llegar a interpretarse como el establecimiento de una obligación del acreedor de aceptar la prestación y, por consiguiente, de un derecho del deudor a la liberación coactiva y, en determinados supuestos, a ejecutar personalmente la prestación.

Aunque el autor se centra fundamentalmente en el Derecho italiano, no faltan las referencias y reflexiones de Derecho Comparado y de Derecho Privado Europeo. (B. G. F.)

PRUD'HOMME/BERBETT: «Contenus illicites : l'obligation de suppression pesant sur l'hébergeur», *GP*, núms. 287-288, 2011, pp. 15-18.

La sentencia Dailymotion del Tribunal de Casación el 17 de febrero 2011 ayudó a cerrar el debate sobre el beneficio de la condición de anfitrión de sitios web 2.0. Sin embargo, los contornos del régimen de responsables conectados a esta situación sigue siendo incierta. (*I. S. P.*)

PUTORTÍ, V.: «Pendenza della condizione e tutela del contraente “fedele”», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 1, pp. 124-165.

El supuesto de hecho del que parte el presente artículo es el siguiente: en la fase de pendencia de una obligación condicional una de las partes perjudica gravemente o incluso frustra el cumplimiento de la condición. Ante esta situación, el autor analiza la posibilidad de la parte contractual «fiel» de utilizar el remedio de la resolución o de la indemnización de daños y perjuicios mediante el expediente del cumplimiento ficticio de la condición. (*B. G. F.*)

QUERCI, A.: «Responsabilità da prodotto negli USA e in Europa. Le ragioni di un *revirement* “globale”», *NGCC*, 2011, núm. 2, pp. 115-138.

Artículo sobre las recientes modificaciones que se han llevado a cabo en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos en Italia y en Europa: se vislumbra un renovado interés de la jurisprudencia por dicha materia. (*Alma R.G.*)

RICCIO, A.: «Il requisito di agibilità degli immobili», *CI*, 2011, núm. 3, pp. 560-588.

Análisis de los problemas relativos a la circulación y al goce de inmuebles privados de la cédula de habitabilidad, exigido por la normativa reguladora de la edificación. (*Alma R.G.*)

— «L'efficacia del contratto dopo la scadenza del termine finale», *CI*, 2011, núms. 4-5, pp. 891-903.

El problema que debate este trabajo es si, una vez llegado el término final de un contrato, éste puede continuar y además ser regulado en virtud del contenido otorgado por las partes en el contrato devenido ineficaz. (*Alma R.G.*)

RINALDO, C.: «La sostituibilità del bene nella vendita di specie al consumatore», *RDC*, 2011, núm. 5, parte seconda, pp. 531-557.

Estudio de derecho comparado de los ordenamientos jurídicos italiano y alemán, en torno a la figura de la venta de bienes específicos y las distintas formas de cumplimiento de sus obligaciones, ahondando en el problema de falta de conformidad del objeto en los contratos con consumidores. (*M. R. D. R.*)

RIODA, M.: «La riparazione del danno da errore giudiziario e il pericolo di duplicazioni risarcitorie», *NGCC*, 2011, núm. 3, pp. 214-217.

Comentario a sentencia del Tribunal Supremo italiano sobre el resarcimiento por los daños causados por una detención injusta, en concreto, por los

daños derivados de la imposibilidad de poder ser padre durante el tiempo de la prisión. (*Alma R.G.*)

ROQUEFEUIL/BOURGE: «Les enjeux de l'arbitrage pour les contentieux informatiques (2e partie)», *GP*, núms. 203-204, 2011, pp. 13-16.

La reforma de arbitraje establecida por el decreto del 13 de enero de 2011 es una oportunidad real para resolver las controversias relativas a contratos informáticos. Además de consagrar el lugar del juez francés como «el juez de apoyo» del procedimiento, la reforma del arbitraje de disputas informáticas ofrece una velocidad, privacidad, y un consenso de dimensión internacional. (*R. A. R.*)

ROUMÉLIAN, O.: «L'assurance-vie sous Les fourches caudines du législateur», *GP*, núms. 233-237, 2011, pp. 7-9.

Sobre el sistema tributario de los seguros de vida. (*I. S. P.*)

RUSCELLO, F.: «Dilazione gratuita, inesigibilità del credito e modificazione del rapporto obbligatorio. Brevi riflessioni a margine di un "vecchio" lavoro», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 2, pp. 546-559.

Hace 35 años el autor publicó un estudio sobre el *pactum de non petendo*. En dicho estudio apuntó algunas ideas acerca de la dilación del término, prevista en el artículo 1244 CC italiano, sobre las que vuelve en el presente artículo con el objeto de profundizar en ellas. El autor se detiene en dos cuestiones: (1) la dilación y la exigibilidad (o inexigibilidad) del crédito; y (2) la incidencia del desplazamiento del término en la concreta relación obligatoria. (*B. G. F.*)

RUSO, P.: «Danno esistenziale, per la prova è sufficiente la presunzione», *NGCC*, 2011, núm. 4, pp. 358-363.

Comentario a sentencia del Tribunal Supremo italiano sobre el resarcimiento del daño existencial sufrido por la víctima derivado de comportamientos incorrectos o arbitrarios de entidades de crédito, en especial, el resarcimiento del daño en el caso de ilegitimidad del protesto cambiario. (*Alma R.G.*)

SABLON, JL.: «Le contentieux des dommages de construction à l'épreuve de la procédure civile», *RDI*, 2011, núm. 12, pp. 606-614.

Todos los procedimientos judiciales en materia de daños en la construcción se basan en los mismos supuestos: plazo de la acción, naturaleza particular del daño y multiplicidad de intervinientes. Problemas para el juez por la complejidad y utilización de expertos. (*I. S. P.*)

SAINTIER, S.: «France, Germany and the United Kingdom's Divergent Interpretations of Directives 86/653 and 93/13' Exclusionary Provisions: An Overlooked Threat to Coherence?», *ERPL*, núm. 5, 2011, pp. 519-544.

Estudio sobre la distinta interpretación de las cláusulas de exclusión en las Directivas 86/653/CEE, del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a

los agentes comerciales independientes y la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La interpretación divergente de las disposiciones que excluyen parcialmente la aplicación de las Directivas amenaza la coherencia de éstas como medidas protectoras. Tal amenaza existe en el Reino Unido respecto de las dos mencionadas Directivas. El objeto del artículo es determinar la dimensión del problema y considerar qué soluciones son posibles, si es que existen. (*M. G.-R.*)

SALADINO, F.: «Produzione e vendita di tabacchi lavorati: un'attività ormai illecita?», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 2, pp. 641-672.

Comentario a la Sentencia de la *Corte di Cassazione*, Sección III, de 17 de diciembre de 2009, núm. 26516, sobre responsabilidad por ejercicio de actividades peligrosas.

Lo reseñable de dicha sentencia es que califica como actividad peligrosa la producción y venta de tabaco, cuya consecuencia más inmediata es la reconducción de los daños causados por humo al propio fumador al ámbito objetivo de aplicación del artículo 2050 CC italiano. (*B. G. F.*)

SALVI, G.: «Finzione ex art. 1359 cod. civ. e diritto del professionista al compenso in caso di mancato avveramento della condizione imputabile alla P.A.», *NGCC*, 2011, núm. 2, pp. 119-126.

Comentario a sentencia del Tribunal Supremo italiano sobre condición potestativa y ficción de cumplimiento de la misma. (*Alma R.G.*)

SAMOY, I./DANG VU, T./JANSEN, S.: «Don't Find Fault, Find a Remedy», *ERPL*, núm. 6, 2011, pp. 855-872.

El trabajo se centra en la propuesta de la Comisión Europea de un Derecho Común de Compraventa. Los autores valoran críticamente el logro o no de un sistema claro y coherente, repasando el ámbito de aplicación, la estructura, los remedios disponibles, la integración de reglas modernas que permitan flexibilidad y la ausencia de una jerarquía clara de remedios. (*M. G.-R.*)

SCALISI, V.: «Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative», *RDC*, 2011, núm. 6, parte prima, pp. 735-752.

Nueva reflexión sobre la figura de la nulidad contractual a la luz de las nueva perspectiva del Derecho Contractual Europeo. (*M. R. D. R.*)

— «Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?», *RDC*, 2011, núm. 3, parte prima, pp. 415-423.

Reflexión sobre el renacimiento del formalismo negocial, mediante la adopción de la forma *ad substantiam* como requisito de validez y eficacia de todas las operaciones contractuales, ya sea en materia de consumidores o en el ámbito empresarial. (*M. R. D. R.*)

SIFFREIN-BLANC, C.: «Vers une réforme de la responsabilité civile des parents», *RTDC*, 2011, núm. 3, pp. 479-490.

El autor estudia el problema atendiendo a las resoluciones de la Corte de casación francesa de los últimos años. Señala como ha aumentado el deber de responsabilidad civil de los padres abandonando el análisis de los deberes inherentes a la patria potestad, llevando a un análisis incoherente de la responsabilidad civil. Es necesario alargar las nociones de padre y madre y disociar la responsabilidad y la patria potestad. La responsabilidad de los padres es consecuencia de la prolongación natural del lazo de filiación. (R. A. R.)

SIRENA, P.: «The Rules about Restitution in the Proposal on a Common European Sales Law», *ERPL*, núm. 6, pp. 977-1000.

Desde el punto de vista del Derecho restitutorio, la Propuesta de un Derecho Común Europeo de Compraventa establece un paralelo entre contratos resueltos y contratos anulados, lo que, en opinión del autor, es mucho más convincente que el modelo binario del Proyecto de Marco Común de Referencia. No obstante, el autor sugiere una serie de correcciones para hacer la Propuesta más coherente con el principio general del enriquecimiento injusto. (M. G.-R.)

SOUWEINE, C.: «Revendication du prix de revente par le bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété: à la recherche d'une cohérence en droit des entreprises en difficulté», *RD*, 2011, núm. 38, pp. 2617-2623.

Necesidad de asegurar la situación del beneficiario de la reserva de dominio, por exigencia de la subrogación real, supone una concomitancia entre la pérdida del derecho sobre las mercancías y la adquisición del crédito. El subadquirente no ha sido informado y no conoce la subrogación, de ahí que el derecho real de reserva de dominio que se tiene frente al comprador se convierta en un derecho personal frente al subadquirente. (R. A. R.)

TERRÉ, F.: «Être ou ne pas être.. responsable. À propos des prestataires de service par Internet», *SJ*, núms. 43-44, 2011, pp. 1943-1948.

Acceder a los avances de la tecnología y respetar la propiedad intelectual, especialmente las marcas propias de las innovaciones básicas, el equilibrio se alcanza gradualmente. Entre los muchos proveedores de servicios de Internet, el hébergeur ocupa una posición central en la medida en que su función es neutral y es la de almacenar y transmitir dichos datos en su poder. Como tal, sus obligaciones y la responsabilidad son precisas y limitadas. En general, sea o no de alojamiento, el proveedor de servicios de Internet tiene el deber de cuidado. (R. A. R.)

THIRIEZ, P.Y.: «De La légitimité de l'assureur á participer au projet de vie de la victime», *GP*, núms. 210-211, 2011, pp. 3-5.

La gravedad de algunas lesiones hacen plantear la cuestión a la víctima y su familia de su plan de vida futura: entonces podemos considerar la cuestión de la legitimidad de la aseguradora de la responsabilidad de intervenir en el desarrollo de este proyecto, que es parte de la compensación global de la víctima. (I. S. P.)

TRÉBULLE, FG: «Le Conseil constitutionnel, l'environnement et la responsabilité: entre vigilance environnementale et pré-occupation», *RDI*, 2011, núms. 7-8, pp. 369-386.

El Consejo constitucional ante el estudio del artículo L.112-16 del Código de la Construcción y de la habitación ha consagrado la existencia de una obligación de vigilancia medioambiental que se ha desarrollado en los artículos 1 y 2 de la Carta de medioambiente, constanding la constitucionalidad de dicho artículo. (*I. S. P.*)

TRONCONE, F.: «Brevi note sugli aspetti civilistici del consenso informato in tema di attività medico-chirurgica», *GC*, 2011, núm. 4, pp. 191-205.

Estudio sobre los diferentes aspectos del consentimiento informado en la relación médico-paciente, con especial referencia a los efectos del cumplimiento defectuoso: naturaleza jurídica de la responsabilidad, carga de la prueba. (*M. R. D. R.*)

VALLE, L.: «La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione», *CI*, 2011, núm. 6, pp. 1366-1421.

Remedios contra las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: análisis de diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (*Alma R.G.*)

VALORE, P.: «Profili di responsabilità medica per omessa informazione al paziente della carenze strutturali della clinica – nota a Cass. 17 febbraio 2011 n. 3847», *GC*, 2011, núms. 7-8, pp. 1720-1724. (*M. R. D. R.*)

VAN DER HEIJDEN, M.-J./KEIRSE, A.: «Selecting the Best Instrument for European Contract Law», *ERPL*, núm. 5, 2011, pp. 565-578.

Actualmente, el proceso de europeización del Derecho privado es puesto de manifiesto por el Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas y la subsiguiente publicación de un estudio de viabilidad. En estos documentos la Comisión Europea llama a todos los interesados a participar en el debate actual sobre el futuro del Derecho contractual. El artículo comentado pretende contribuir a la discusión sobre el mejor instrumento para un Derecho contractual europeo. En primer lugar, se presentan sumariamente los propósitos del Libro Verde; a continuación se evalúan las múltiples opciones de política jurídica que se han presentado, así como los argumentos a favor y en contra. En tercer lugar, las autores defienden la opción que consideran preferible. Por último, se refieren a algunas cuestiones cruciales que deben ser solventadas antes de establecer un nuevo modelo de Derecho contractual europeo; tales cuestiones están relacionadas con el ámbito sustantivo y formal del instrumento así como con su incorporación en el presente contexto legal y social. (*M. G.-R.*)

VENCHIARUTTI, A.: «Diminuzione delle ore di sostegno scolastico e danno esistenziale dell'alunno con grave *handicap*», *NGCC*, 2011, núm. 2, pp. 145-149.

Comentario a sentencia del Tribunal Supremo italiano sobre el derecho de educación de las personas con enfermedad y el resarcimiento por el daño existencial derivado de la vulneración de tal derecho. (*Alma R.G.*)

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.*)

ZECCHIN, F.: «Diagnosi tardiva e risarcimento del danno», *DFP*, 2011, núm. 3, pp. 1115-1164.

Comentario a sentencia del Tribunal Supremo italiano sobre el resarcimiento de los daños causados por una negligente omisión de un diagnóstico prenatal, relativo a las malformaciones del *nasciturus*. (*Alma R.G.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ADILARDI, G.: «Brevi osservazioni in tema di divieto di patto commissorio, causa concreta del contratto e patto marciano – nota a Cass. 10 marzo 2011 n. 5740», *GC*, 2011, núm. 6, pp. 1453-1457. (*M. R. D. R.*)

BALLERINI, L.: «Ancora su vendita in blocco e prelazione urbana: anche l'indivisibilità soggettiva del complesso alienato esclude i diritti di prelazione e di riscatto a favore del conduttore», *NGCC*, 2011, núm. 4, pp. 335-341.

Comentario a sentencia de la Corte de Casación sobre la exclusión del derecho de adquisición preferente en la venta en bloque de un edificio. (*Alma R.G.*)

BARALIS, G.: «Alla ricerca del significato dell'art. 2643 n. 14 CC», *RDC*, 2011, núm. 5, parte seconda, pp. 471-491.

Análisis del requisito de la publicidad inmobiliaria respecto de los diferentes derechos reales: determinación de efectos meramente declarativos o constitutivos, según el tipo de derecho. (*M. R. D. R.*)

BELLANI, V.: «Elaborazioni di carattere creativo di opere di pubblico dominio», *Dir. Aut.*, 2011, núm. 2, pp. 284-287.

La sentencia del Tribunal de Roma de 18 de marzo de 2001 afronta el tema de la elaboración creativa de obras pertenecientes al dominio público,



con particular referencia al papel desarrollado por la SIAE en el reconocimiento de los elementos creativos de la elaboración a los fines de la sucesiva asunción de tutela de la obra misma por parte del ente. (*Alma R.G.*)

BERLY, J. M.: «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. 312-324.

Estudio a propósito de la reforma del artículo R261-24 del Código de la construcción y de la habitación mediante el decreto de 19 de mayo de 2011 para poder liberar a los garantes del contrato de obra. Para ello, se exige constatar la finalización de la obra mediante un hombre del oficio o bien un organismo de control independiente. Análisis de tales términos y sus consecuencias. (*I. S. P.*)

BONAFINE, A.: «La posizione processuale del terzo acquirente, pendente lite, del diritto derivato: contrasti e prospettive – nota a Cass. Ord., 4 maggio 2010 n. 10747», *GC*, 2011, núm. 11, pp. 2674-2679. (*M. R. D. R.*)

BOURASSIN, M.: «Les sûretés sur le logement du majeur protégé», *RTDC*, 2011, núm. 3, pp. 433-452.

El autor analiza los problemas jurídicos que se presentan al aplicar el art. 426 del Código civil francés, reformado por la ley de 5 de marzo de 2007, a las garantías sobre viviendas y muebles de los mayores protegidos. Formalidades y vías de ejecución, ¿Son convenientes? (*I. S. P.*)

CANNAVÓ, R.: «La Reprografia: questa sconosciuta», *Dir. Aut.*, 2011, núm. 1, pp. 99-106.

Artículo dedicado a la tutela de la reprografía, esto es, la reproducción de obras literarias efectuada mediante fotocopia, xerocopia o sistema análogo, que en la actualidad ha sido regulada con el reconocimiento de un derecho a la compensación a favor de autores y de editores. (*Alma R.G.*)

CASEY, J.: «Article 1387-1 du Code civil: analyse de la juris-prudence des cours d'appel et bilan quinquennal», *GP*, núms. 6-7, 2012, pp. 17-24.

El artículo 1387-1 del Código Civil, ha aumentado la preocupación desde su adopción en 2005, ya que su régimen jurídico parece incierto. Por lo tanto, no es inútil, cerca de cinco años y medio después de su entrada en vigor, para realizar el estudio de las sentencias de los tribunales de apelación que tenían que considerar su aplicación. A través de este panorama jurisprudencial, el lector tendrá el esquema de una aplicación jurisprudencial del texto. (*R. A. R.*)

CATERINI, E.: «Il contributo del libro terzo del codice civile alla formazione del "diritto patrimoniale comune". La palingenesi della proprietà», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 1, pp. 1-40.

El objetivo del autor consiste en extraer los principios vertebrales de las relaciones patrimoniales, a través del análisis de las cuatro principales cuestiones contempladas por el Libro III CC italiano: los bienes, la propiedad, los derechos reales y la posesión. (*B. G. F.*)

CHARBONNEAU, C.: «Les garanties financières des marchés privés de travaux», *RDI*, 2011, núm. 11, pp. 532-540.

Predominio de la voluntad de las partes en la determinación del régimen jurídico de los contratos de obras y sus garantías. Autorización al dueño de la obra para retener las garantías e imposición, en ocasiones, de su sustitución por sumas de dinero debidas a la empresa. Limitación de los poderes del contratista sobre el paso de su cocontratante. (*I. S. P.*)

CHAUCHIS, D./BRIAND, L.: «Questions prioritaire de constitutionnalité et droit des biens: un dialogue fructueux», *RDI*, 2011, núms. 7-8, pp. 360-368.

Las cuestiones de constitucionalidad en materia de derechos reales ha llevado a la Corte de casación a filtrar cuestiones prioritarias, favorables al requiriente y reenviándolas al Consejo constitucional. El concepto de necesidad pública está totalmente cuestionado, con diversas concepciones, lo que lleva a un estancamiento del derecho de bienes. (*R. A. R.*)

CONTALDO, A.: «Le politiche pubbliche per l'industria cinematografica in ambito comunitario; problematiche in campo», *Dir. Aut.*, 2011, núm. 3, pp. 325-352.

Políticas públicas culturales europeas y la industria cinematográfica. La intervención normativa de la Unión Europea en el sector cinematográfico y audiovisual. (*Alma R.G.*)

D'ANNIBALE, M.: «Il titolo delle opere dell'ingegno», *Dir. Aut.*, 2011, núm. 2, pp. 260-268.

El riesgo de confusión entre obras con idéntico título. La tutela del título, ¿normativa especial o normativa civil? (*Alma R.G.*)

DE SANTIS, S.: «Ritrovamento di beni archeologici, premio spettante al proprietario del fondo e giurisdizione sulle relative controversie – nota a TAR Cal. Catanzaro, sez. I, 29 marzo 2010 n. 385», *GC*, 2011, núm. 10, pp. 2518-2522. (*M. R. D. R.*)

DELL'ARTE, S.: «La “nuova conciliazione” e il diritto d'autore», *Dir. Aut.*, 2011, núm. 2, pp. 159-170.

Razones de la regulación de la conciliación en el ámbito del derecho de autor. (*Alma R.G.*)

FABIANI, M.: «Contratto di edizione per le stampe ed e-book (seconda parte)», *Dir. Aut.*, 2011, núm. 1, pp. 1-17.

Artículo dedicado al régimen jurídico del contrato de edición: Forma escrita del contrato de edición e inscripción en Registro Público. Naturaleza jurídica del contrato de edición. Distinción entre el contrato de edición y otros contratos afines (contrato de librería, contrato de arrendamiento). Obligaciones del autor y del editor. Responsabilidad del autor y del editor por vulneración de derechos de terceros. Cesión del contrato de edición. (*Alma R.G.*)

FABIANI, M.H.: «Les marques de couleur: carton rouge!», *GP*, núms. 343-344, 2011, pp. 24-27.

Marcas de color, es decir, marcas compuestas por un solo color o combinación de colores, sin otra modificación más, los signos son «raros» y el resultado de la estrategia de marketing original. De este modo, rara vez los tribunales, las oficinas de correos y tribunales tienen la oportunidad de formular observaciones sobre las condiciones para la protección de las marcas. Las recientes decisiones de jurisdicción, Francia y los Estados Unidos y la OAMI, que ahora permite un grado de marcas atípicas.

Si las decisiones de la marca «roja exclusiva» de Louboutin parecen en un principio para debilitar a las marcas de color, que no cuestionan el principio de protección, sino que permite extraer conclusiones y entender mejor sus condiciones de protección. (*R. A. R.*)

— «Tolerance et prescription», *GP*, núms. 161-162, 2011, pp. 30-32.

Tolerar: dejar atrás, no prevenir, no prohibir, ser indulgente, soportar, permitir” (¿El derecho de propiedad industrial le da la misma definición de la tolerancia, en Francia y en otros lugares de Europa?).

Es interesante comparar el caso danés, con la noción de tolerancia tal como se establece en nuestro Código de propiedad intelectual y es aplicado por los jueces franceses. (*R. A. R.*)

FELIS, F.: «Superficie e fattispecie atipiche. La cessione di cubatura», *CI*, 2011, núm. 3, pp. 632-655.

Artículo dedicado a las relaciones entre el Derecho Público y el Derecho Privado sobre la admisión de la cesión del vuelo. Naturaleza jurídica del contrato de cesión del vuelo. La inscripción del derecho inmobiliario y exigencia de tutela de terceros. (*Alma R.G.*)

FOREST, G.: «Regards prospectifs sur le refus de réparer le préjudice moral de l'exproprié», *RD*, 2011, núm. 31, pp. 2127-2133.

Problemas sobre la compatibilidad entre la reparación del daño moral al sujeto expropiado y el derecho europeo al respeto de los bienes. Confrontación entre la solución jurisprudencial francesa y la de la Corte Europea de Derechos humanos. Necesidad de acudir no al bien expropiado en sí sino al crédito de reparación nacido del procedimiento expropiatorio. (*R. A. R.*)

FORRER/HAIE.: «Actualités européennes en matière de droits de propriété intellectuelle», *GP*, núms. 343-344, 2011, pp. 19-23.

La Comisión Europea se ha fijado el objetivo de completar el mercado único y el establecimiento de un auténtico mercado único de la propiedad intelectual es uno de sus principales preocupaciones, como lo atestigua un documento presentado 24 de mayo 2001, que aquí presentamos los pasos principales. (*I. S. P.*)

FREZZA, G.: «Opera d'arte e diritto all'autenticazione», *DFP*, 2011, núm. 4, pp. 1730-1751.

La solicitud de una declaración sobre la autenticidad y consiguiente valor de una obra de un artista difunto constituye expresión del derecho a la libre manifestación del pensamiento y, por tanto, tal solicitud puede ser efectuada por cualquier sujeto considerado experto, subsistiendo en todo caso el derecho de los herederos a reivindicar la paternidad de la obra de arte, erróneamente atribuida a otro. (*Alma R.G.*)

GALLI, C.: «La riforma del codice della proprietà industriale», *NLCC*, 2011, núm. 4, pp. 841-1069.

Comentario a la reforma de las normas relativas a la creación, publicidad y ejercicio de los derechos de propiedad industrial: marcas, diseños, inventos, descubrimientos biotecnológicos, etc, y medios de tutela judicial frente a la piratería. (*M. R. D. R.*)

GELATO, P.: «Le design est-il le nouveau moteur de l'innovation véritable?», *GP*, núms. 161-162, 2011, pp. 33-40.

¿Qué lugar le dan al diseño en el campo de la innovación? ¿La protección de los diseños en la ley de propiedad industrial es lo suficientemente eficaz para diseñadores y empresarios? La adaptabilidad del diseño o modelo y su posible combinación con los derechos de autor, y con la marca, son evidentes. Con una rica jurisprudencia sobre los criterios precisos para la protección del modelo de diseño y la lucha efectiva contra la falsificación, el diseño en Italia es una herramienta que merece un mayor uso entre los creadores. (*I. S. P.*)

GRAZIANO, M.: «La Cassazione torna a pronunciarsi sulla trascrizione della compravendita di cosa futura», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 1, pp. 236-247.

Comentario a la Sentencia de la *Corte di Cassazione*, Sección III, de 21 de julio de 2009, núm. 16921, sobre la inscripción de compraventa de cosa futura.

En el caso concreto el conflicto se produce en relación con tres actos jurídicos susceptibles de ser inscritos: la compraventa de cosa futura, celebrada entre los demandantes y un promotor; la constitución de una hipoteca inmobiliaria sobre los bienes inmuebles objeto del contrato de compraventa, concedida por el Banco al promotor; y la demanda judicial de los compradores oponiéndose a la ejecución hipotecaria promovida por el Banco frente a su deudor.

La inscripción de hipoteca es la que se realiza en primer lugar, sucesivamente se inscribe la demanda; el contrato de compraventa, aunque se había celebrado con anterioridad a la constitución de la hipoteca, no llega nunca a inscribirse. El criterio general seguido por el Alto Tribunal es la preferencia de la primera inscripción. Por ello, no declara nula la ejecución hipotecaria. (*B. G. F.*)

HAUCK, R.: «Die Verdinglichung obligatorischer Rechte am Beispiel einfacher immaterialergüterrechtlicher Lizenzen», *AcP*, núm. 5, 2011, pp. 626-664.

Partiendo de la tradicional distinción entre derechos de crédito y derechos reales, se expone, por una parte, la dogmática de la «cosificación» o «realidad» de los derechos de crédito, trasladándose a continuación a las licencias sobre bienes inmateriales. A propósito de las características propias de la «realidad» de los derechos de crédito, se investiga si, y en qué medida, se puede hablar de «cosificación» de las licencias sobre bienes inmateriales y cuáles son las consecuencias que de ello se derivan. (*M. G.-R.*)

HENRY, X.: «Vidans les greffes de la République: De l'exhaustivité d'accès aux arrêts civils des cours d'appel», *RD*, 2011, núm. 38, pp. 2609-2616.

Estudio a propósito de la base Jurica y su utilidad actual. Acceso exhaustivo a todos los casos judiciales civiles de la corte de apelación. Sobreinformación inútil en ocasiones. Potencialidades de la base y estudio del asunto Panormimo. (*I. S. P.*)

IZZO, N.: «Gli alberi nel condominio – nota a Cass. 9 febbraio 2011 n. 3188», *GC*, 2011, núm. 4, pp. 876-881. (*M. R. D. R.*)

— «Il rimborso delle spese condominiali anticipate spetta solo se urgente – osservazione a Cass. 12 ottobre 2011 n. 21015», *GC*, 2011, núm. 11, pp. 2562-2566. (*M. R. D. R.*)

— «La ripartizione delle spese tra il condominio precedente e quello subentrante: una questione ancora aperta – nota a Cass. 3 dicembre 2010 n. 24654, Cass., ord. 29 aprile 2010 n. 10405, Trib. Patti, sez. Dist. S. Agata di Militello, 3 maggio 2011 e Trib. Napoli, sez. III, 15 luglio 2010», *GC*, 2011, núm. 12, pp. 2874-2898. (*M. R. D. R.*)

LENOIR/MAILLARD: «Le brevet unitaire: une histoire sans fin?», *GP*, núms. 161-162, 2011, pp. 24-29.

Durante diez años, el sistema de patentes en Europa es objeto de una reforma destinada a mejorar la protección concedida a los propietarios de derechos de autor. A pesar de la lentitud de los progresos, realizados desde su lanzamiento son considerables. Los Estados miembros han convenido en la necesidad de establecer una patente y de una jurisdicción única para todo el territorio de la Unión Europea. Pero el camino hacia un sistema unificado de patentes está plagado de escollos. Un reciente dictamen del Tribunal de Justicia de la Unión Europea indicando la jurisdicción propuesta única incompatibles con la legislación actual deja algunas dudas sobre su viabilidad. ¿El sistema de patentes de la Unión Europea (antes conocida como «patente comunitaria») se ha detenido? (*I. S. P.*)

LONGHINI, S./PISI, S.: «Format o non format questo è il dilemma», *Dir. Aut.*, 2011, núm. 1, pp. 61-74.

Concepto de *format* y tutela jurídica del mismo. (*Alma R.G.*)

MALWÉ, CL.: «Le droit moral de l'architecte et les bâtiments publics», *RDI*, 2011, núm. 9, pp. 424-434.

Utilización del derecho moral de autor de la obra al arquitecto de un edificio público siempre que sea original y se le reconozca como autor. Límites en estos casos a las personas jurídicas públicas propietarias del edificio y facultades de los jueces de lo contencioso para adaptar el inmueble a las necesidades del buen funcionamiento de los servicios públicos. (R. A. R.)

MARI, G.: «Tutela di opere di design: la lunga e travagliata storia normativa del "cumulo" e della sua opponibilità», *Dir. Aut.*, 2011, núm. 3, pp. 416-431.

Historia de la tutela normativa del *design* en Italia: El D. Leg. 131/2010 y el D.L. 70/2011. (*Alma R.G.*)

MARINO, L.: «Repenser le droit du plagiat de la recherche», *SJ*, núm. 50, 2011, pp. 2483-2489.

La esencia misma del plagio es el asesinato en familia, el fratricidio. El empleo la expansión y la gravedad del fenómeno socavan la investigación. Por desgracia, los derechos de autor desprecia la palabra plagio, y hace caso omiso de su particularidad. Sólo los intereses contravenidos. (I. S. P.)

MAZZIOTTI, G.: «Diritto d'autore, libere utilizzazioni e licenze per attività didattiche: l'insostenibile leggerezza della legge italiana in una prospettiva europea e comparata», *Dir. Aut.*, 2011, núm. 2, pp. 207-259.

Las utilizaciones didácticas de las obras en relación con el derecho de autor tanto en el ordenamiento italiano como en el europeo y el estadounidense. (*Alma R.G.*)

MEKKI, M.: «Le patrimoine aujourd'hui», *SJ*, núm. 46, 2011, pp. 2252-2261.

¿Suena hoy el toque de difuntos del principio de unidad de la herencia? La pregunta debe hacerse a la luz de las sucesivas reformas: declaración de incautación, fiducia. De manera retrospectiva, no es cierto que las diferentes técnicas de optimización jurídica y fiscal del patrimonio sean suficientes para socavar este principio. (I. S. P.)

OCCHIPINTI, G.: «Il negozio di Google», *Dir. Aut.*, 2011, núm. 1, pp. 37-60.

Artículo sobre el contrato de transacción que ha propuesto Google el 28 de octubre de 2008, con el fin de resolver la acción de clase iniciada contra Google en el año 2005 ante la Corte del Distrito de Nueva York, por un grupo de autores y algunas casas editoras contra la digitalización no autorizada en los EEUU de textos protegidos por el derecho de autor. (*Alma R.G.*)

PACIA, R.: «La pubblicità degli atti simulati nei rapporti fra simulato alienante e creditori o aventi causa dal titolare apparente», *RDC*, 2011, núm. 6, parte prima, pp. 817-837.

Análisis de los efectos de enajenaciones simuladas e inoponibilidad frente a terceros adquirentes o acreedores del titular aparente. (M. R. D. R.)

RICOLFI, M.: «*Making Copyright Fit for the Digital Agenda*», *Dir. Aut.*, 2011, núm. 3, pp. 359-372.

La Agenda Digital en Europa. (*Alma R.G.*)

ROLLI, R.: «La proprietà come diritto dell'uomo?», *CI*, 2011, núms. 4-5, pp. 1014-1075.

El derecho de propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre y la influencia de tal jurisprudencia en el ordenamiento italiano. (*Alma R.G.*)

SIMÓN MORENO, H.: «Towards a European System of Property Law», *ERPL*, núm. 5, 2011, pp. 579-611.

El autor constata que la Comisión Europea es favorable a la armonización del Derecho privado, pero se ha centrado en el Derecho contractual. El proceso ha culminado en el Proyecto de Marco Común de Referencia, que contiene disposiciones relativas a los derechos reales sobre bienes muebles, dejando de lado de su ámbito los bienes inmuebles. Aunque es cierto que el Derecho contractual es la piedra angular para lograr un mercado interno común, los derechos reales son también de la mayor importancia e igualmente necesarios para alcanzar ese objetivo, como ha sido demostrado con la eurohipoteca, de acuerdo con dos estudios distintos de la London School of Economics, por una parte, y de Oliver y Wyman, por otra.

No obstante, las acciones de la Unión Europea en el campo de los derechos reales han sido aisladas y descoordinadas, sin ser integradas en un plan global que hubiera ofrecido coherencia interna. Por estas razones, el autor del artículo trata de proponer las bases para un sistema europeo de derechos reales, con una regulación viable que permita el logro de los derechos comunitarios manifestados en los distintos tratados. (*M. G.-R.*)

TASSONE, B./BIFERALI, G.: «La tutela del *format* in Cassazione, fra principi generali e merito dell'opera», *Dir. Aut.*, 2011, núm. 1, pp. 108-113.

Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Casación de 26 de enero de 2011 n. 1780 sobre la protección del *format* en la legislación reguladora del derecho de autor. (*Alma R.G.*)

TOZZI, F.: «Contratto di sponsorizzazione e diritto di autore», *Dir. Aut.*, 2011, núm. 3, pp. 388-396.

El contrato de sponsor y la tutela del derecho patrimonial de autor. (*Alma R.G.*)

«La nuova legge sul diritto di autore dello Stato della Città del Vaticano», *Dir. Aut.*, 2011, núm. 2, pp. 171-206.

La nueva normativa sobre el derecho de autor del Estado de la Ciudad del Vaticano, emanada el 19 de marzo de 2011, prevé una preferente tutela de la imagen de la persona del Romano Pontífice sobre la tutela de los contenidos de la enseñanza del mismo. (*Alma R.G.*)



TREPOZ, E.: «Pour une attention particulière du droit à la creation: l'exemple des fictions littéraires», *RD*, 2011, núm. 36, pp. 2487-2493.

Límites al derecho de creación impuestos por la ley a los escritores. Necesidad de que se reconozca la doble naturaleza de ficción y de arte que tiene la obra. Tratamiento jurídico de la obra ficticia. (*I. S. P.*)

ULESSI, C.: «Rimessa alle sezioni unite la questione della locazione stipulata dal singolo comproprietario e dei poteri di gestione spettanti agli altri contitolari», *NGCC*, 2011, núm. 3, pp. 241-247.

Validez y eficacia de los contratos de arrendamiento concertados por uno solo de los copropietarios del inmueble. (*Alma R.G.*)

VIVANT, M.: «Propriété intellectuelle, lex protectionis et loi réelle», *RD*, 2011, núm. 34, pp. 2351-2358.

El problema de ley aplicable en el ámbito de la propiedad intelectual. Hay que atender a la denominada «ley real» pues el fin es proteger la obra como cosa inmaterial y en un territorio verdadero. (*I. S. P.*)

ZAFRANI, I.: «Focus sur la présomption de titulaire des droits de creation», *GP*, núms. 343-344, 2011, pp. 28-29.

La evolución del reconocimiento judicial de los derechos de autor preocupado por nuestros diseñadores. La creación tiene una dimensión industrial a veces ven una ventaja en la evidencia de la creación humana en relación con el artista, que goza de los recursos materiales, no sólo mucho menos importantes para proteger, sino también trabajar en un ambiente poco propicio para producir las pruebas exigidas por los tribunales. (*R. A. R.*)

ZINCONE, A.: «Sopravvivenza del diritto del produttore cinematografico all'esercizio del diritto patrimoniale di autore all'esaurimento del diritto connesso sulla pellicola del film: la difficile convivenza tra gli artt. 45 e 78 l.a.», *Dir. Aut.*, 2011, núm. 3, pp. 398-406.

Reexamen de la figura del productor cinematográfico a la luz de la evolución legislativa. (*Alma R.G.*)

ZORZI, N.: «Il recesso di protezione del consumatore nella nuova disciplina del turismo e della multiproprietà», *CI*, 2011, núms. 4-5, pp. 1193-1263.

Estudio acerca del desistimiento como medida de tutela del consumidor en la anterior y vigente normativa italiana reguladora del turismo organizado y de la multipropiedad. (*Alma R.G.*)

## DERECHO DE FAMILIA

BILOTTA, F.: «Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare», *DFP*, 2011, núm. 2, pp. 899-938.

Primera parte de un artículo dedicado al Derecho de Familia y la orientación sexual. (*Alma R.G.*)

— «Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare», *DFP*, 2011, núm. 3, pp. 1375-1405.

Segunda parte de un artículo dedicado al Derecho de Familia y las parejas homosexuales: la relación entre homosexualidad y la adopción de menores en el vigente derecho italiano y en el Derecho Comparado. (*Alma R.G.*)

BORDONALI, S.: «Il matrimonio tra conservazione, evoluzione e fughe in avanti», *DFP*, 2011, núm. 2, pp. 547-574.

Comentario a una ordenanza de la Corte Constitucional de 5 de enero de 2011 n. 4 sobre la negativa a incluir a las parejas del mismo sexo dentro del ámbito subjetivo del matrimonio. (*Alma R.G.*)

BUFFA, F.: «Osservazioni in tema di giuridicità degli obblighi di assistenza familiare – osservazione a Trib. Patti, sez., dist. S. Agata di Militello, 29 luglio 2010 n. 168», *GC*, 2011, núm. 10, pp. 2467-2468. (*M. R. D. R.*)

CANONICO, M.: «La convivenza coniugale come preteso limite all'efficacia civile della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale», *DFP*, 2011, núm. 2, pp. 711-731.

Comentario a una sentencia de la Corte de Casación de 20 de enero de 2011 n. 1343, que concluye que no puede tener efectos civiles la sentencia eclesíástica que declara la nulidad de un matrimonio canónico por existencia de simulación unilateral del consentimiento cuando los esposos, con posterioridad a la celebración del matrimonio, han convivido como cónyuges durante muchos años. (*Alma R.G.*)

CARRANO, R.: «Lo stato giuridico di figlio e il nuovo statuto dei diritti e doveri», *GC*, 2011, núm. 4, pp. 183-190.

Reflexiones sobre la necesidad de revisar las disposiciones vigentes en materia de filiación para igualar, en todo tipo de derechos y obligaciones, a los hijos naturales con los legítimos y, con base en el principio de no discriminación, dotarles del mismo reconocimiento social, moral y jurídico. (*M. R. D. R.*)

CASEY, J.: «L'article 267 du Code civil: d'une symphonie nachevée á une symphonie fantastique?», *GP*, núms. 147-148, 2011, pp. 7-13.

El artículo 267 del Código Civil establece la posibilidad de concentrar los efectos patrimoniales del divorcio permitiendo la JAF resolver las discrepancias. Se requiere una declaración previa notarial. Esta experiencia no es objeto de ninguna disposición legal específica, a pesar de su particularismo. Por otra parte, el sistema procesal de la decisión que resuelve las controversias JAF no ha sido precisada por el legislador. En este artículo se presenta un resumen de las dificultades planteadas por las deficiencias legislativas, y ofrece algunas soluciones para dar al artículo 267 su plena vigencia. (*R. A. R.*)

— «Quelle formation en droit familial pour les juges?», *GP*, núm. 322-323, 2011, pp. 7-9.

El cambio en la ley, pero sobre todo la inflación normativa aumenta las exigencias a los magistrados en general, y los jueces de tribunales de familia,

en particular, esto principalmente debido a la importancia de los litigios de familia con respecto a todos los asuntos judiciales.

Es hora de que las leyes sean de una factura y precisión que proporcionen al litigante una justicia de calidad impartida por jueces especializados. (*I. S. P.*)

— «Acquisitions en cascade sans remploi quelle recompense?», *GP*, núms. 224-225, 2011, pp. 10-17.

El régimen de la comunidad atrajo a la mayoría de las personas casadas por su sencillez y espíritu de compartir. Por lo general reacios a los trámites en el matrimonio, y sin darse cuenta del funcionamiento de su matrimonio, los cónyuges se vuelven litigantes, con mayor frecuencia, que en caso de liquidación, especialmente en los casos de divorcio. Sin embargo, es bastante común que los bienes comunes han sido adquiridos con el producto de las ventas sucesivas de otros bienes comunes a sí mismos, sin declaración de empleo o reemplazo, mientras que al principio, bienes propios se inyectan en el proceso de financiación. La comunidad debe por tanto una compensación. ¿Pero cuál es su importe? Y, lo más importante, ¿cómo calcularla? (*R. A. R.*)

COSCO, G.: «Le unione omosessuali e l'orientamento della Corte costituzionale – nota a C. cost., ord. 5 gennaio 2011 n. 4», *GC*, 2011, núm. 4, pp. 845-853. (*M. R. D. R.*)

DALLA TORRE, G.: «La C.S.C., 20 gennaio 2011 n. 1343, nega la delibabilità di una sentenza di nullità matrimoniale intervenuta dopo molti anni di convivenza», *DFP*, 2011, núm. 4, pp. 1643-1649.

Comentario a una sentencia de la Corte de Casación de 20 de enero de 2011 acerca de la convivencia conyugal durante largo tiempo como límite al reconocimiento de la eficacia civil de la sentencia eclesiástica de nulidad matrimonial. (*Alma R.G.*)

DEPADT-SEBAG, V.: «Le reconnaissance juridique des tiers beaux-parents: entre adoption simple et delegation-partage», *RD*, 2011, núm. 36, pp. 2494-2500.

Actualmente los hijos de un miembro de la pareja suelen estrechar lazos «pseudo familiares» con el otro miembro, sin ser su progenitor. Por ello, se ha tendido a solucionar este problema dando dos soluciones: la adopción o la delegación de las facultades de la patria potestad, si bien ninguna de estas soluciones sirve para el tercero no progenitor. (*R. A. R.*)

DI MARZIO, P.: «A volte ritornano: la Cassazione ripropone la tesi che la sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale non può essere delibata dopo anni di convivenza dei coniugi», *DFP*, 2011, núm. 2, pp. 731-760.

Comentario a una sentencia de la Corte de Casación de 20 de enero de 2011 n. 1343 acerca del dudoso reconocimiento de efectos civiles a una sentencia canónica que declara la nulidad de un matrimonio cuando los cónyuges han convivido juntos durante largo tiempo. (*Alma R.G.*)

DONATO BUSNELLI, F.: «Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito», *RDC*, 2011, núm. 4, parte prima, pp. 459-475.

Estudio de la reproducción asistida en relación a la tutela del embrión y el reconocimiento del derecho a la procreación. Análisis de la fecundación heteróloga y derechos de las parejas homosexuales. Problemas relativos a los procedimientos de crioconservación. (*M. R. D. R.*)

FINOCCHIARO, M.: «Il mantenimento dei figli naturali e la concreta situazione di fatto – osservazione a Cass. 14 luglio 2010 n. 16551», *GC*, 2011, núm. 11, pp. 2651-2652. (*M. R. D. R.*)

FRANCIAN, P.: «Reg. UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», *NLCC*, 2011, núm. 4, pp. 1435-1543.

Comentario al Reglamento de la Unión Europea 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010, relativo a la necesidad de cooperación judicial en materia civil en Europa y dar solución al conflicto de leyes sobre separación y divorcio: ámbito de aplicación, normas uniformes sobre ley aplicable a la separación y divorcio y respeto del orden público nacional. (*M. R. D. R.*)

GIAIMO, G.: «Il consenso inespresso ad essere genitore. Riflessioni comparative», *DFP*, 2011, núm. 2, pp. 855-898.

Voluntad y procreación: procreación artificial y uso del líquido seminal del marido que está en estado de inconsciencia. Se comenta un decreto del Tribunal de Vigevano de 3 de julio de 2009, en el que el padre del marido, como tutor de su hijo al estar éste en estado de coma irreversible, autoriza la extracción del semen para fecundar a su nuera. (*Alma R.G.*)

GIAMMARINO, E.: «Effetti patrimoniali delle nullità canonistiche e limiti dell'ordine pubblico nel procedimento di delibazione», *DFP*, 2011, núm. 2, pp. 1053-1081.

Artículo sobre los problemas que genera, respecto a los efectos patrimoniales, el reconocimiento de efectos civiles de una sentencia canónica de declaración de nulidad del matrimonio. (*Alma R.G.*)

JUSTON, M.: «Le syndrome d'aliénation parentale», *GP*, núms. 226-230, 2011, pp. 7-10.

Aunque el intento del Parlamento se dirige a pacificar la separación, la esperanza parece seguir siendo una ilusión. De hecho, en la mayoría de las separaciones se mantiene la confrontación. Y, la guerra que se libra por los padres afecta al niño. A menudo manipulados y tomados como rehenes, puede desarrollar un síndrome de alienación parental, el trastorno psicológico que rechaza a uno de sus padres. Sin embargo, el tribunal de familia, guardián de los intereses del niño y los abogados, deben hacer todo lo posible para evitar la aparición de esta patología. (*R. A. R.*)

KLESTA, L.: «Le vaccinazioni obbligatorie tra norma giuridica e tutela sociale», *NGCC*, 2011, núm. 1, pp. 65-69.

Comentario a sentencia de la Corte de Casación sobre responsabilidad civil por incumplimiento del deber de velar por los hijos, en concreto, el resarcimiento por el daño causado a la salud al menor por no ponerle las vacunas de carácter obligatorio. (*Alma R.G.*)

LAMARCHE, T.: «Pour la possibilité de suppléer le dictée faite au notaire, lors de la rédaction d'un testament authentique, par d'autres formes d'expression de la volonté», *RD*, 2011, núm. 34, pp. 2359-2362.

LA MONACA, G.-SARTEA, C.: «Il diritto costituzionale alla salute tra norme giuridiche e pratica clinica. La giurisprudenza costituzionale recente: nuove forme di valorizzazione della prassi e della deontologia mediche», *DFP*, 2011, núm. 2, pp. 974-993.

La sentencia de la Corte Constitucional italiana n. 151 de 1 de abril de 2011 ha anulado de forma parcial, por inconstitucional, el artículo 14 de la Ley de 19 de febrero de 2004 n° 40 sobre Procreación Médicamente Asistida, en cuanto dicha ley ha derogado el límite, impuesto a su vez legalmente, de tres embriones como número máximo de unidades biológicas generadas en una probeta en los procesos de fecundación artificial, y también la obligación de su simultánea implantación en el útero. A propósito de la argumentación jurídica de tal sentencia, el autor del artículo analiza el principio del consentimiento del paciente y el margen de discrecionalidad del profesional médico en el tratamiento quirúrgico. (*Alma R.G.*)

LONG, J.: «Obbligo dei genitori di mantenere la prole e rivalsa dell'ente pubblico per il rimborso della retta per l'ospitalità del minore in comunità familiare», *NGCC*, 2011, núm. 3, pp. 221-226.

Comentario a sentencia de la Corte de Casación sobre la relación existente entre la obligación de mantenimiento de los hijos y la patria potestad: entre otras cuestiones, el mantenimiento de los hijos mayores de edad. (*Alma R.G.*)

MAIONE, L.: «Separazione con addebito e riconciliazione solo "formale"», *NGCC*, 2011, núm. 2, pp. 181-188.

Comentario a sentencia de la Corte de Casación sobre los efectos de la reconciliación respecto a las obligaciones derivadas del matrimonio. (*Alma R.G.*)

MARINI, R.: «Termine del comodato ed esigenze abitative della famiglia», *DFP*, 2011, núm. 2, pp. 607-611.

Subsistencia de un contrato de comodato en aquellos casos en que el comodante, padre de uno de los cónyuges comodatarios, ha concertado tal contrato sobre un inmueble de su propiedad para que sea destinado a casa familiar del hijo y de la nuera, y con posterioridad se produce la separación personal de éstos últimos. (*Alma R.G.*)

MARTINELLI, M.: «Il modello familiare islamico nell'ambito del diritto a base religiosa. Spunti ricostruttivi comparatistici con l'ordinamento canonico e con quello civile italiano», *DFP*, 2011, núm. 4, pp. 1875-1910.

Artículo relativo al derecho matrimonial y de la familia del Islam: estudio comparado entre el citado ordenamiento islámico y los ordenamientos canónico y civil italiano. (*Alma R.G.*)

MASTROPASCUA, G.: «La legge 21 aprile 2011 n. 62 sulla tutela delle relazioni tra figli minori e genitori detenuti o internati: analisi e prospettive», *DFP*, 2011, núm. 4, pp. 1853-1874.

Artículo relativo a la tutela de las relaciones entre los hijos menores de edad y sus progenitores cuando éstos están detenidos o internados; se detallan cuestiones como, por ejemplo, los presupuestos de la paternidad y de la convivencia para el acceso a los beneficios penitenciarios, el reconocimiento del derecho del padre a visitar al hijo menor enfermo... (*Alma R.G.*)

MELI, M.: «Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e Convenzione europea dei diritti dell'uomo», *NGCC*, 2011, núm. 1, pp. 14-22.

Artículo relativo a la prohibición de la fecundación artificial heteróloga en el ordenamiento italiano a la luz de la Convención Europea de los Derechos del Hombre: la intervención del Tribunal de Estrasburgo. (*Alma R.G.*)

MIRABAIL, L.: «Repenser l'action à fins de subsides», *SJ*, núm. 40, 2011, pp. 1767-1773.

La acción fue uno de los puntos más polémicos de la ley de 3 de enero de 1972, relativa a la filiación. Hoy en día atrae a poca discusión porque la regulación ha perdido su coherencia, por un lado, porque se ha desviado de su base original y en segundo lugar, porque el contexto jurídico en el que se inscribió en el año 1972 ha experimentado profundos cambios. Es necesario que el legislador se de cuenta de la imperfección de la legislación vigente, y decidía volver a examinar esta acción. (*R. A. R.*)

MULON, E.: «Forme et forcé des accords en matière familiale», *GP*, núms. 322-323, 2011, pp. 10-18.

La posibilidad de firmar un acuerdo de derecho de familia parece darse por sentado. Así, el legislador venía recientemente reforzando esta posibilidad.

Sin embargo, una de las deficiencias de los acuerdos se encuentra en el hecho de que las partes no siempre pueden recurrir la aplicación del acuerdo.

Por lo tanto, ante una práctica que tiende a extenderse, es esencial considerar la forma de acuerdos y el alcance de las garantías previstas por la ley, especialmente en lo relativo a las decisiones del juez homologador. (*R. A. R.*)

OBERTO, G.: «La comunione legale di fonte negoziale: riflessioni circa i rapporti tra legge e contratto nel momento genetico del regime patrimoniale tra coniugi», *DFP*, 2011, núm. 2, pp. 835-852.

Artículo relativo al régimen económico-patrimonial de la comunidad legal de bienes entre cónyuges. (*Alma R.G.*)

PARINI, G.A.: «Violazione dei doveri coniugali e responsabilità civile. Il danno da *break down* coniugale», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 2, pp. 487-512.

La autora defiende que la responsabilidad en el seno del matrimonio no surge por la mera violación de deberes conyugales o por la mera solicitud de separación o divorcio. Sólo si, con ocasión de dichas hipótesis, el cónyuge infringe, además, derechos fundamentales del otro, y le causa un daño, podrá llegar a surgir la responsabilidad civil, siempre y cuando, naturalmente, se cumplan el resto de los presupuestos de dicho instituto. (*B. G. F.*)

PARISI, C.: «Il soddisfacimento delle istanze di visibilità spirituale e culturale tra margine di apprezzamento statale e principio maggioritario: il caso *Lautsi* contro Italia», *DFP*, 2011, núm. 4, pp. 1580-1593.

Comentario a una sentencia de la Gran Cámara del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 18 de marzo de 2011 (caso *Lautsi* c. Italia) acerca de la cuestión de la presencia del Crucifijo en las aulas de las escuelas públicas italianas, que plantea la conciliación entre el margen de apreciación y autonomía del Estado en el ejercicio de las funciones educativas y didácticas y el derecho de los padres a asegurar a los hijos una enseñanza y formación globales conforme a sus convicciones religiosas, políticas y filosóficas. (*Alma R.G.*)

PULITI, F.: «Perdita del diritto all'assegno divorzile per rinuncia al contributo di mantenimento in sede di separazione personale», *NGCC*, 2011, núm. 3, pp. 250-252.

Comentario a una sentencia de la Corte de Casación, que señala que no tiene derecho a la pensión de divorcio el cónyuge que, durante la separación consensual, no ha solicitado la pensión económica puesta a cargo del otro cónyuge en sede de homologación, formulando la petición de pensión sólo en el momento de la demanda de cesación de los efectos civiles del matrimonio. (*Alma R.G.*)

QUADRI, E.: «Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e convivenza coniugale: le recenti prospettive della giurisprudenza», *NGCC*, 2011, núm. 4, pp. 195-202.

Comentario a una sentencia de la Corte de Casación italiana de 20 de enero de 2011 acerca del dudoso reconocimiento por parte del Estado italiano de una sentencia eclesíastica que declara nulo un matrimonio, después de una convivencia de veinte años entre los esposos. (*Alma R.G.*)

ROMA, U.: «La comunione materiale e spirituale tra i coniugi fra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto», *RDC*, 2011, núm. 4, parte seconda, pp. 423-444.

Análisis de las obligaciones derivadas de la relación matrimonial y la convivencia, entendida como una situación de comunidad patrimonial y moral. (*M. R. D. R.*)



RUO, M.G.: «Tutela dei figli e procedimenti relativi alla crisi della coppia genitoriale nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo», *DFP*, 2011, núm. 2, pp. 1004-1052.

Análisis de diversas cuestiones respecto al concepto de familia y la responsabilidad paterno-filial en la interpretación jurisprudencial de la Convención Europea de los Derechos del Hombre; entre otras, el derecho a la relación entre padres e hijos, el contenido del interés del menor y el límite de las obligaciones del Estado en materia de relación entre el hijo menor y los padres o parientes. (*Alma R.G.*)

SANTANERA, F.: «Contributi economici illegittimamente imposti ai congiunti degli assistiti: le esperienze di una organizzazione di tutela delle persone non autosufficienti», *DFP*, 2011, núm. 4, pp. 1949-1964.

Artículo relativo a los deberes familiares y, en especial, a la obligación de alimentos: los entes públicos no pueden pretender contribuciones alimenticias impuestas a los parientes de personas no autosuficientes. (*Alma R.G.*)

SARACINO, C.: «Le unioni civili in Europa: modelli a confronto», *DFP*, 2011, núm. 3, pp. 1471-1501.

Estudio de los diferentes modelos de uniones civiles en Europa, a raíz del actual debate existente en Italia sobre la posible adopción de un instrumento dirigido a la tutela y al reconocimiento de las formas de mera convivencia. (*Alma R.G.*)

SCIA, F.: «Casa familiare in comodato e durata della relativa assegnazione», *NGCC*, 2011, núm. 1, pp. 1-10.

Problemática originada por la existencia de un contrato de comodato, constituido por el padre de uno de los cónyuges comodatarios, cuyo objeto es un inmueble destinado a vivienda familiar, y el posterior procedimiento de atribución de dicho inmueble, en sede de separación conyugal, al progenitor que se queda con la custodia de los hijos. (*Alma R.G.*)

SIRENA, C.: «L' opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull' affidamento condiviso», *RDC*, 2011, núm. 5, parte seconda, pp. 559-589.

Análisis de los problemas planteados en el tema de asignación judicial de la vivienda familiar y oponibilidad a terceros en los supuestos de disolución del matrimonio, tras la regulación establecida por la l. 1 dicembre 1970, n. 898, respecto de las separaciones voluntarias de los cónyuges. (*M. R. D. R.*)

TURCHI, V.: «La pronuncia della Grande Chambre di Strasburgo sul caso *Lautsi c. Italia: post nubila Phoebus*», *DFP*, 2011, núm. 4, pp. 1527-1579.

Comentario a una sentencia de la Gran Cámara del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 18 de marzo de 2011 (caso *Lautsi c. Italia*) acerca de la cuestión de la presencia del Crucifijo en las aulas de las escuelas públicas italianas y, por consiguiente, acerca de la libertad de manifestación del pensamiento y la libertad religiosa en una sociedad multicultural. Plantea la

conciliación entre el margen de autonomía del Estado en el ejercicio de las funciones educativas y didácticas y el derecho de los progenitores a garantizar a los hijos una enseñanza y formación globales de acuerdo con sus creencias religiosas, políticas y filosóficas. (*Alma R.G.*)

URCIUOLI, M.A.: «Gli accordi tra genitori nella l. 8 febbraio 2006, n. 54», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 1, pp. 181-213.

El actual modelo de familia, centrado en la libertad y responsabilidad de los cónyuges, ha implicado una radical revisión del *modus operandi* de la autonomía negocial en las relaciones familiares. Como concreción de esa realidad, se analiza la ley de 8 de febrero de 2006, núm. 54, relativa a la guarda y custodia compartida de los hijos. (*B. G. F.*)

VIGANOTTI, E.: «Réglement du 20 décembre 2010 sur la loi applicable au divorce et á la séparation de corps réflexions d'un avocat francais», *GP*, núms. 173-174, 2011, pp. 5-7.

El reglamento europeo del 20 de diciembre permite a los cónyuges un acuerdo sobre la ley aplicable a su divorcio o separación, para su acción legal, las convenciones de elección de la ley entró en vigor después del 21 de junio 2012. Una visión general de las implicaciones prácticas de permitir estos acuerdos hace que los abogados sean conscientes de la necesidad de prepararse ahora para desarrollar dichos acuerdos. (*R. A. R.*)

WINKLER, M.: «Ancora sul rifiuto di trascrizione in Italia di *same-sex* marriage straniero: l'ennesima occasione mancata», *DFP*, 2011, núm. 3, pp. 1236-1253.

Comentario al Decreto del Tribunal de Treviso de 10 de mayo de 2010 acerca de la negativa a la solicitud de inscripción en el Registro italiano de un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo, en cuanto se estima contrario al orden público. (*Alma R.G.*)

ZANETTI VITALI, E.: «Il ruolo del giurista nell'accertamento del rapporto biologico di filiazione», *DFP*, 2011, núm. 3, pp. 1358-1374.

Evolución de la determinación de la relación de filiación en la normativa civil italiana y en las sentencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Casación. (*Alma R.G.*)

## DERECHO DE SUCESIONES

ACHILLE, D.: «Legato in sostituzine di legittima e forma della rinuncia», *RDC*, 2011, núm. 6, parte seconda, pp. 591-613.

Comentario acerca de la figura del legado en pago de legítima y la necesidad de dejar constancia formal de la renuncia en los supuestos de derechos reales inmobiliarios. (*M. R. D. R.*)

BARBA, V.: «Note per uno studio intorno al significato della parola “eredità”», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 2, pp. 347-399.

Nos encontramos ante un intento de delineación del concepto de herencia, que parte del concepto de heredero, analiza el encaje de la figura en las categorías tradiciones de «bien» y «cosa» y se detiene en supuestos particulares como el usufructo sobre la herencia o la constitución de un derecho sobre la herencia mediante acto *inter vivos*. (B. G. F.)

CALVO, R.: «L'opposizione alla donazione», *RTDPC*, 2011, núm. 2, pp. 349-364.

Consideraciones sobre la impugnación de donaciones lesivas de derechos de legitimarios: requisitos de la reducción y colación de donaciones y posibilidad de oponer la excepción de usucapión por el donatario. (M. R. D. R.)

CINQUE, M.: «Sulle sorti della successione necessaria», *RDC*, 2011, núm. 5, parte seconda, pp. 493-530.

Reflexiones sobre la necesidad de una reforma de las normas sobre sucesión forzosa en Italia, para adaptarla a los cambios de la estructura social de la familia: determinación y derechos de los legitimarios. (M. R. D. R.)

CHRISTANDL, G.: «Erbausschlagung und Gläubigerschutz – eine rechtvergleichende Untersuchung zum Normzweck, des § 83 Abs. 1 InsO», *ZEuP*, núm. 4, 2011, pp. 779-804.

El § 83.1 de la *Insolvenzordnung* alemana establece que «Si se ofrece al deudor una herencia o un legado antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, o sucede esto durante el procedimiento, corresponde en exclusiva al deudor la aceptación o la repudiación». Evidentemente, esta disposición deja en muy mal lugar a los acreedores del deudor, el cual puede repudiar, pasando la herencia a sus propios hijos. El autor trata el problema desde el punto de vista del Derecho alemán, estudiando los orígenes del precepto. La cuestión está más o menos resuelta en nuestro Derecho común en el art. 1001, que dispone que «Si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, podrán éstos pedir al Juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquél». (M. G.-R.)

DEPLANO, S.: «L'impugnabilità della rinuncia all'eredità per successiva scoperta del testamento nel quadro del procedimento successorio», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 2, pp. 617-628.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 12 de junio de 2009, núm. 13375, sobre impugnación de la propia renuncia a la herencia tras el descubrimiento de un testamento ológrafo.

La sentencia, confirmando los pronunciamientos de las dos instancias inferiores, desestima la demanda. El autor se muestra contrario a la decisión del Alto Tribunal aportando argumentos basados en la estructura y función de la sucesión y en la naturaleza jurídica de la renuncia a la herencia, entre otros. (B. G. F.)

RECINTO, G.: «Patto di famiglia e liquidazioni operate dal disponente», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 1, pp. 166-180.

Artículo sobre los pactos de familia, en concreto, las liquidaciones realizadas por el disponente y sus consecuencias en la sucesión del propio disponente. (B. G. F.)

VINCENTI, A.: «Il patto di famiglia compie cinque anni: spunti di riflessione sul nuovo tipo contrattuale», *DFP*, 2011, núm. 3, pp. 1441-1470.

El artículo tiene por objeto el estudio del régimen jurídico del pacto de familia, regulado en la Ley de 14 de febrero de 2006 n. 55. Dicho pacto es aquel contrato por medio del cual el empresario transmite, total o parcialmente, la empresa –y el titular de participaciones societarias transmite las propias cuotas– a uno o más descendientes, garantizando la tutela de los derechos de los futuros legitimarios. Los sujetos beneficiarios deben liquidar a estos últimos una suma de dinero, o el equivalente *in natura*, cuyo valor es determinado en el momento de la estipulación del pacto según los criterios operantes en materia de sucesión necesaria, con exclusión de los mecanismos de reducción y colación hereditarias. (*Alma R.G.*)

#### VARIA

ANCEL, P.: «Dénationaliser l'enseignement du droit civil?. Réflexions autour d'une expérience québécoise», *RTDC*, 2011, núm. 4, pp. 701-724.

Análisis de los trabajos realizados por algunos grupos franceses sobre los estudios de derecho y la formación necesaria para la enseñanza del derecho. Cambios desde la formación del jurista según las necesidades de su país a la formación del jurista en un mundo globalizado con sistemas jurídicos en constante conexión. (*R. A. R.*)

DA SILVA, V.: «Jeuet droit», *SJ*, núm. 39, 2011, pp. 1714- 1720.

Si bien la ley núm. 2010-476 del 12 de mayo 2010 liberalizó parcialmente el mercado de los juegos on ligne y el concepto de «juego responsable» en el que es de lamentar que el legislador no aprovechara la oportunidad para proceder, por esta ley, a una reforma más importante del derecho de juego que llegara a cambiar las reglas del Código Civil y el Código Penal. La integración del juego al derecho es difícil. La actividad es controlada con el fin de luchar contra las actividades ilegales o ilícitas y proteger a los jugadores vulnerables. (*I. S. P.*)

DE RUYSSCHER, D.: «Innovating Financial Law in Early Modern Europe: Transfers of Commercial Paper and Recourse Liability in Legislation and *Ius Commune* (Sixteenth to Eighteenth Centuries)», *ERPL*, núm. 5, 2011, pp. 505-518.

El artículo trata cómo durante los siglos xvii y xviii las normas holandesas referidas a los instrumentos de crédito negociables (es decir, documentos a favor del portador, letras de cambio) transformaron el Derecho de las finanzas de todo el continente europeo. Las autoridades de Amberes y Amsterdam emitieron preceptos sobre estas cuestiones que iban contra principios básicos del Derecho Común académico. Durante el siglo xvii, el éxito de tales normas produjo su adopción por las ciudades alemanas. Este fenómeno fue acompañado por un nuevo enfoque general de los legisladores en toda Europa, típico de ese período. A lo largo de los siglos mencionados el Derecho Común continental fue reorientado de modo creciente hacia la adopción de nuevas soluciones legales, sin perjuicio del mantenimiento de su base históri-

ca. Estos cambios facilitaron la introducción de las normas holandesas en los tratados legales y codificaciones en detrimento de las antiguas teorías civiles. Como resultado, hacia 1800 las normas holandesas referentes a la cesión de títulos valores y la responsabilidad de los cedentes habían sido establecidas de modo firme. (*M. G.-R.*)

PENNASILICO, M.: «La “pianificazione per accordi” tra ambiente e mercato», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 2, pp. 513-529.

El papel del Derecho Civil en la Ordenación del Territorio y el Urbanismo. (*B. G. F.*)

VAROCLIER, J.: «L’acte d’avocat: much ado about nothing?», *GP*, núms. 177-179, 2011, pp. 14-16.

Tres artículos ( 66-3-1 66-3-3) de la Ley núm. 2011-331 de 28 de marzo de 2011 se acaba de poner al día «el acto de los abogados» y, paralelamente, a la profesión en crisis. (*I. S. P.*)

## DERECHO MERCANTIL

### PARTE GENERAL. EMPRESA

BERLIOZ, P.: «L’affectation au coeur du patrimoine», *RTDC*, 2011, núm. 4, pp. 635-646.

El autor analiza de la posible afección del patrimonio personal del empresario en los casos de ejercicio de la actividad profesional. No separación del patrimonio empresarial y el personal, tras la ley de 15 de junio de 2010. (*R. A. R.*)

BERTACCHINI, E.: «Clausole generali e autonomia negoziale nella crisi d’impresa», *CI*, 2011, núm. 3, pp. 687-733.

Análisis de la existencia de una antítesis o una compatibilidad entre las cláusulas generales y la normativa reguladora de la crisis de la empresa. Exposición pormenorizada de algunos tipos de cláusulas generales. Los acuerdos de reestructuración de las deudas y el nuevo acuerdo preventivo en la quiebra. (*Alma R.G.*)

DI MARZIO, F.: «Divieto di abuso e autonomia contrattuale d’impresa», *RDC*, 2011, núm. 4, parte prima, pp. 491-510.

Análisis del principio general de prohibición de abuso del Derecho y el principio de autonomía contractual de la empresa. Revisión de la figura del abuso desde la perspectiva de la libertad contractual y razones de mercado. (*M. R. D. R.*)

SCARONI, C.: «La responsabilità delle agenzie di *rating* nei confronti degli investitori», *CI*, 2011, núm. 3, pp. 764-832.

Análisis de la normativa italiana y europea reguladora de las agencias de *rating*. Estudio de la naturaleza jurídica de la responsabilidad de tales agen-

cias: en concreto debate sobre su calificación como contractual o extracontractual. (*Alma R.G.*)

ZORZI, N.: «Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta», *CI*, 2011, núms. 4-5, pp. 921-954.

Nulidad o anulabilidad del contrato concluido tras la realización de un acto de competencia desleal. (*Alma R.G.*)

## DERECHO DE SOCIEDADES

ADILARDI, G.: «Principio di apparenza e pubblicità nelle società cooperative edilizie – osservazione a Cass. 24 giugno 2011 n. 13977», *GC*, 2011, núm. 10, pp. 2288-2289. (*M. R. D. R.*)

CRISCOLI, P./ GRIMALDI, G.: «La cancellazione delle società (e le sopravvenienze attive) – nota a Cass. 9 aprile 2010 n. 8426», *GC*, 2011, núm. 3, pp. 739-742. (*M. R. D. R.*)

GUERRIERI, G.: «La nuova disciplina dei diritti degli azionisti», *NLCC*, 2011, núm. 3, pp. 507-805.

Revisión de la disciplina de los derechos de los accionistas, tras la trasposición de la Directiva 2007/36/CE, por el d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 27, y las modificaciones introducidas en el Libro V, Título V, Cap. V del Código Civil italiano y las leyes especiales de la materia: convocatoria y eficacia de acuerdos tomados por la asamblea de la sociedad, gestión de instrumentos financieros, regulación de sociedades cooperativas. (*M. R. D. R.*)

KINDLER, P.: «Poteri dei soci e gestione nella s.r.l. tedesca», *RDC*, 2011, núm. 4, parte seconda, pp. 347-355.

Comentario de la figura de la sociedad de responsabilidad limitada en el derecho alemán, con especial incidencia en la regulación de la estructura orgánica, en relación a las facultades de los socios y procedimientos de administración. (*M. R. D. R.*)

RENNA, L.: «L'invalidità delle delibere assembleari di società per azioni: aporie del sistema e tramonto della categoria dell'inesistenza», *CI*, 2011, núms. 4-5, pp. 852-890.

Análisis del régimen jurídico de la invalidez de los acuerdos de la Asamblea en las sociedades por acciones: persistencia o no de la categoría de inexistencia de los acuerdos, la tutela resarcitoria por los daños ocasionados por los acuerdos inválidos, los sujetos legitimados para solicitar el resarcimiento y la invalidez de los acuerdos de la asamblea por violación del derecho de opción. (*Alma R.G.*)

SCARPA, D.: «Parasocialità come mezzo di controllo esterno della società», *CI*, 2011, núm. 6, pp. 1528-1575.

Artículo relativo a la tutela de las minorías y a los pactos parasociales en la reforma del Derecho de Sociedades italiano. (*Alma R.G.*)

— «Controllo societario nel fenomeno dei gruppi tra contrattualismo e interesse sociale», *CI*, 2011, núm. 3, pp. 656-686.

Dentro de la reforma del Derecho de Sociedades en Italia, análisis del tema de los grupos de sociedades y su control interno. (*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.*)

— «Nozione di controllo societario e controllo del socio di società a responsabilità limitata – nota a Trib. Bologna, ord. 18 giugno 2010», *GC*, 2011, núm. 6, pp. 1605-1620. (*M. R. D. R.*)

TURELLI, S.: «Assemblee di società per azioni ed esercizio del diritto di voto mediante mezzi elettronici», *RDC*, 2011, núm. 4, parte seconda, pp. 445-469.

Reflexiones sobre el ejercicio del derecho de voto de los socios en las asambleas de sociedad por acciones, a la luz de las nuevas tecnologías y según la Directiva 2007/36/CE: posibilidad de limitar en los estatutos la utilización de medios electrónicos. (*M. R. D. R.*)

TZAKAS, D.-P- L.: «Societas Privata Europaea und Kollisionsrecht – Das Beispiel der Unternehmensleitung», *ZEuP*, núm. 4, 2011, pp. 756-778.

Trabajo sobre los esfuerzos de la Unión Europea por aprobar unas normas comunes sobre la sociedad europea, así como sobre las sociedades que representan a pequeñas y medianas empresas. El artículo narra el proceso y sus dificultades, como la de ponerse de acuerdo sobre el punto de conexión (el domicilio fijado en los Estatutos o el lugar de las principales instalaciones). (*M. G.-R.*)

ZANELLI, P.: «La rete è, dunque, della stessa natura del gruppo di società?», *CI*, 2011, núm. 3, pp. 535-545.

Artículo relativo a los contratos de redes de empresas: estructura, publicidad, control, conveniencias legislativas, forma, patrimonio y órganos. (*Alma R.G.*)

## CONTRATOS MERCANTILES

BARBA, A.: «L'indennità per la cessazione del rapporto di agenzia tra legge ed autonomia privata collettiva», *NGCC*, 2011, núm. 1, pp. 23-41.

Problemas en torno a la indemnización por la finalización del contrato de agencia a la luz del ordenamiento italiano y del ordenamiento comunitario. (*Alma R.G.*)



BAUDOUIIN, P.: «Le compte bancaire ou postal séparé du syndicat des copropriétaires», *GP*, núms. 231-232, 2011, pp. 28-32.

Con el fin de garantizar la transparencia de la gestión de fondos, tales como las previstas para el fiduciario en relación con sus funciones, la ley requiere que el administrador para abrir una cuenta bancaria u oficina de correos en nombre del sindicato, debe obtener una exención de la asamblea general. La sanción de lo que podría parecer como una mera formalidad es pesado: el mandato del fiduciario será nula. Pero precisamente esta exigencia demuestra que esto no es una formalidad. La existencia de una cuenta separada o una dispensa, es una regla diseñada para proteger los intereses de los copropietarios, por lo que la jurisprudencia debe asegurar su estricta aplicación. (*I. S. P.*)

BONTEMPI, P.: «L'anatocismo bancario torna di attualità», *NGCC*, 2011, núm. 4, pp. 297-319.

Después de la clausura de algunas cuentas corrientes bancarias, abiertas desde 1995 a 1998, su titular demanda a la entidad bancaria para obtener la restitución de los intereses adeudados en medida superior a la tasa legal y contabilizados mediante capitalización trimestral. La controversia se resuelve reconociendo al cliente el derecho a la restitución de los intereses adeudados con capitalización trimestral que él había pagado a la clausura de las cuentas. (*Alma R.G.*)

CAPOBIANCO, E./LONGOBUCCO, F.: «La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari», *CI*, 2011, núms. 4-5, pp. 1142-1181.

Fuentes normativas y recorrido histórico de la transparencia bancaria. Las nuevas reglas del Banco de Italia en materia de transparencia y corrección bancaria y financiera. (*Alma R.G.*)

COSTA, C.: «La rilevanza del silenzio del debitore ceduto nel contratto di *factoring*», *NGCC*, 2011, núm. 4, pp. 320-328.

La figura del deudor en el contrato de *factoring*, la petición de confirmación de la deuda en el momento de la conclusión del contrato y el deber de interrumpir el silencio. (*Alma R.G.*)

FARINA, V.: «Il *franchising*: profili rimediali e rinegoziazione del contratto», *Rass. Dir. Civ.*, 2011, núm. 2, pp. 433-470.

Estudio del contrato de *franchising* centrado en su renegociación y en los remedios más adecuados en caso de incumplimiento. (*B. G. F.*)

GUADAGNO, S.: «La natura delle polizze *unit linked* e la disciplina applicabile», *NGCC*, 2011, núm. 3, pp. 155-161.

Artículo dedicado a las pólizas *linked*, contratos de seguro de vida en los que la prestación del asegurador está sujeta a un parámetro de referencia susceptible de variaciones entre el momento de la estipulación y el momento de la verificación del pago. (*Alma R.G.*)

QUADRI, E.: «Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore», *NGCC*, 2011, núm. 2, pp. 90-101.

Artículo sobre la transparencia de los contratos bancarios para la obtención de la máxima protección de los consumidores. Límites impuestos a la autonomía negocial como consecuencia de dicha exigencia de transparencia. (*Alma R.G.*)

SANGIOVANNI, G.: «Il ruolo dell'informazione nel contratto di franchising», *GC*, 2011, núm. 5, pp. 245-261.

Observaciones en torno al contrato de franquicia: requisitos formales de constitución, obligaciones precontractuales, contenido mínimo del contrato y causas de extinción. (*M. R. D. R.*)

SCOTTI, S.: «Attività di rischio delle banche nelle relazioni con soggetti correlati e disciplina dei conflitti di interessi», *CI*, 2011, núm. 3, pp. 734-752.

Primer comentario al Documento de Consulta del Banco de Italia, fechado en mayo de 2010, sobre actividades de riesgo y conflictos de intereses de las entidades y grupos bancarios. (*Alma R.G.*)

## DERECHO CONCURSAL

BADILLET, J.: «Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises», *GP*, núms. 131-132, 2011, pp. 7-12.

Las escenas de apertura de las dificultades prácticas en el tratamiento de las empresas por el Tribunal Comercial de París ofrece una visibilidad sin precedentes sobre los procedimientos a menudo pasada por alto. Se trata de dar una visión global del procedimiento, desde el mandato de conciliación ad hoc y la apertura del procedimiento. (*I. S. P.*)

CORRE-BROLY, E.: «L'incidence d'une déclaration de créance faite á tort», *GP*, núms. 189-190, 2011, pp. 12-15.

En una sentencia dictada el 3 de mayo de 2011, la Cámara de Comercio de la Corte de Casación tiene dos preguntas.

En ella se especifica por un lado el hecho generador de la deuda del precio de venta convenido en una promesa unilateral y determina el efecto que supone una admisión definitiva de la responsabilidad en un crédito anterior o posterior a este crédito. (*R. A. R.*)

DAMMANN/VALDMAN: «Sauvetage d'un groupe de sociétés grâce á une double fiducie», *GP*, núms. 208-209, 2011, pp. 5-6.

Volver a la experiencia del abogado Reinhard Dammann y el administrador Daniel Valdman en la confianza, que puede ser muy valiosa en el marco de un procedimiento para rescatar a un grupo de empresas en crisis. (*R. A. R.*)

FACCIOTTI, S.: «Natura ed effetti della vendita fallimentare», *NGCC*, 2011, núm. 4, pp. 231-242.

Las modificaciones aportadas por la reforma del procedimiento concursal a la normativa de la venta en la quiebra. La naturaleza privada de la venta en la quiebra. La legitimación del curador. Los efectos de tal venta desde la perspectiva del derecho sustantivo. (*Alma R.G.*)

INZITARI, B.: «Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis, l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi», *CI*, 2011, núm. 6, pp. 1311-1350.

Artículo relativo a los acuerdos de reestructuración de las deudas: el legislador italiano, a la hora de otorgar la nueva disciplina de los acuerdos extrajudiciales entre acreedores y deudor, más que prever un nuevo título dentro de la Ley de Quiebra, ha optado por regular dicha cuestión en el título dedicado al acuerdo preventivo, modificando la rúbrica originaria de este último, que ha pasado a denominarse «De los acuerdos de reestructuración de las deudas». (*Alma R.G.*)

LEROY, M.: «Reforme de la fiscalité de la clause bénéficiaire démembrée», *GP*, núms. 208-209, 2011, pp. 7-11.

El proyecto de presupuesto suplementario para 2011, definitivamente adoptado el 6 de julio pasado, ha aumentado disposiciones a la cláusula de beneficiario desmembrado y plantean muchas dificultades en la práctica. (*I. S. P.*)

SICCHIERO, G.: «Il regresso nel fallimento (artt. 61-63, l. fall.)», *CI*, 2011, núm. 6, pp. 1351-1365.

Artículo relativo al régimen jurídico de la acción de regreso en la normativa reguladora de la quiebra. (*Alma R.G.*)

TEBOUL, G.: «Le casse-tête des creances utiles mentantes: une tentative d'éclaircissement», *GP*, núms. 240-244, 2011, pp. 7-10.

En caso de apertura de procedimiento colectivo, los profesionales tendrán que hacer frente a la espinosa cuestión de la determinación de las deudas útiles que merecen que se otorgan plazos de pago prolongados. Por tanto, es útil hacer un balance de la situación, en comparación con las recientes decisiones, porque el tema es delicado para el practicante. (*I. S. P.*)

#### 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

# Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep M.ª BECH SERRAT, Mònica CASADELLÀ SÁNCHEZ, Margarita CASTILLA BAREA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, Sebastian LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Sara MARTÍN SALAMANCA, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alfons SURROCA COSTA.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho concursal*.–IV. *Derecho Procesal*.

## I. DERECHO CIVIL

### 1. PARTE GENERAL

**1. Contrato de arrendamiento de servicios y obra. Prescripción del plazo para reclamar el pago del crédito. Ámbito de aplicación del plazo trienal del artículo 1967.3.º CC.**–El ámbito propio de aplicación de la prescripción trienal es el de la prestación de servicios por profesionales (STS de 10 de julio de 1995), y guarda relación con los conceptos de honorarios o estipendios debidos y generados por una actividad directa o personal del sujeto que los devenga. La jurisprudencia de esta Sala niega la procedencia de este plazo cuando se trata de relaciones jurídicas complejas, como son los contratos de obra con aportación de materiales (STS de 17 de junio de 2002); o como cuando una de las entidades se compromete a prestar los servicios médicos complejos que requirieran los clientes de otra entidad que

no podía asumirlos directamente (STS de 10 de octubre de 2003); siendo necesario diferenciar entre las deudas ocasionadas por el trabajo personal y las que devienen de un contrato de obras en que el contratista pone el trabajo de los demás operarios. Así pues, no procede el plazo trienal sino el general de quince años (*ex art. 1964 CC*), cuando la acción dimana de una relación de carácter múltiple o complejo, entre compañías, continuada en el tiempo, pactada por años y acordados pagos mensuales no porque se produzca la extinción del convenio o lo requiera su esencia, sino por la utilidad de las partes contratantes. **(STS de 14 de febrero de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La actora instó la condena de varias sociedades —todas pertenecientes al mismo grupo empresarial— al pago de diversas cantidades, como consecuencia del incumplimiento por dichas compañías de los contratos suscritos con la primera para la realización de diversos trabajos de limpieza. Las demandadas se opusieron y, entre otras razones, alegaron la prescripción de algunas de las cantidades reclamadas al entender aplicable el plazo trienal del artículo 1967.3.º CC. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y rechazó la oposición de las condenadas. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación de las demandadas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación de las sociedades condenadas. (*L. A. P. M.*)

**2. Prescripción: *dies a quo* para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual en caso de lesiones que dejan secuelas.**—Es reiterada y pacífica doctrina de esta Sala la de que en los supuestos de lesiones que dejan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de curación o mejora, mediante el oportuno tratamiento continuado de las mismas, el cómputo del plazo para el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual no puede comenzar a contarse desde la fecha del informe de sanidad o de alta, en el que se consignen o expresen las referidas secuelas, sino que ha de esperarse en conocer el alcance o efecto definitivo de éstas, consecuente al tratamiento que de las mismas se ha venido haciendo, en cuyo supuesto la fijación de *dies a quo*, para la computación del plazo prescriptivo de la acción, ha de determinarlo el juzgador de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica, siendo doctrina también reiterada (SSTS de 27 de mayo de 2009; 16 de junio 2010, entre otras) que la determinación de este día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones es función que corresponde en principio a la Sala de instancia, y que su decisión al respecto, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación. Sin embargo, el hecho de que la apreciación del instituto de la prescripción presente, junto al tal aspecto fáctico, una dimensión eminentemente jurídica, ha permitido a esta Sala revisar la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables, que en el caso tienen que ver con una dimensión distinta, como es el carácter crónico de la enfermedad que padece el recurrente, y que en modo alguno alteran la decisión de instancia, como tampoco lo altera el hecho de que no se haya pronunciado sobre la incidencia de unas diligencias penales previas que se intentó hacer valer en el trámite de

apelación para sostener un día distinto, y que ante la omisión denunciada el recurrente tendría que haber hecho valer la impugnación por medio de la denuncia de la incongruencia o, en su caso, de falta de motivación de la sentencia.

La sentencia de 15 de octubre de 2008 establece, en un supuesto similar de contagio, que este daño, aun siendo continuado en sus efectos, dado su carácter crónico, no permite sostener que pueda quedar indeterminado el día a partir del cual pudo ejercitarse la acción. Lo que sucede es que este queda abierto hasta que se concrete definitivamente el alcance de las secuelas, momento a partir del cual se inicia el cómputo anual. Lo contrario eliminaría en la práctica la prescripción, pues dada la posibilidad de cualquier nuevo acontecimiento sobrevenido, hasta el momento del fallecimiento del afectado, no comenzaría a computarse el plazo de prescripción aplicable, con la consiguiente creación de una indefinida situación de inseguridad jurídica, que es precisamente lo que trata de evitar, a toda costa, el instituto de la prescripción extintiva que, por lo demás, aun siendo de aplicación no rigurosa sino cautelosa y restrictiva, la jurisprudencia no puede derogar por vía de interpretación pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico (SSTS de 22 de febrero 1991; 16 de marzo 2010). **(STS de 19 de enero de 2011;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El actor, hemofílico, imputa la infección por el virus de inmunodeficiencia adquirida que padece a los dos laboratorios que fabricaban y comercializaban un fármaco con el que fue tratado de su enfermedad inicial y les reclama indemnización por los daños y perjuicios causados. El Juzgado estimó parcialmente la demanda por cuanto sólo condenó a indemnizar al laboratorio A. Apelaron el actor y el laboratorio condenado y la Audiencia estimó el recurso de la entidad absolviéndola de las pretensiones deducidas en la demanda a la vez que —en contra de la tesis del actor— consideró prescrita la acción para exigir responsabilidades al laboratorio B. No hubo lugar al recurso de casación que —en lo que aquí interesa— el actor hace pivotar sobre la aplicación indebida de los artículos 1968.2 y 1969 del CC. (R. G. S.)

**3. Responsabilidad extracontractual. Daños sufridos en accidente laboral. Reclamación en vía civil. Cómputo del plazo anual de prescripción de la acción. *Dies a quo*: el de la definitiva determinación del daño padecido.**—No se trata de un problema de interrupción de la prescripción de la acción civil por la presentación de una demanda ante el orden social, sino del momento mismo en que comienza a correr el plazo de prescripción de la acción civil en virtud de la definitiva determinación del daño sufrido por el perjudicado (STS de 7 de octubre de 2009). De manera que la reclamación de la indemnización por el concepto de invalidez dependía de que de modo definitivo se dilucidara por el orden social la concreta incapacidad que afectaba al interesado; pues la invalidez, como manifestación del daño para la salud, debía ser establecida en sus términos más precisos a fin de que el conocimiento exacto del perjuicio sufrido permitiera al interesado reclamar detalladamente su resarcimiento. No puede operar en contra del lesionado la falta de determinación definitiva de esa incapacidad laboral, ni siquiera cuando la impugnación en la jurisdicción social es



promovida por otra persona o entidad ajena al trabajador lesionado, ni por la circunstancia de que finalmente la resolución que la califica de modo firme se limite a ratificar los términos en que quedó determinada por la resolución administrativa inicial, ya que entender lo contrario equivaldría a hacer depender la determinación del plazo de prescripción del éxito o fracaso de la pretensión impugnatoria. (STS de 11 de febrero de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El actor dirigió demanda en el orden civil contra la empresa en la que prestaba servicios, reclamando la indemnización de daños personales y sus secuelas, físicas y psíquicas, sufridos mientras trabajaba en las dependencias de aquella, a consecuencia de una explosión originada por la falta de conservación y cuidado de las instalaciones de la demandada. Rechazada inicialmente la acción, por falta de jurisdicción, el Tribunal Supremo declaró la competencia del orden civil y mandó entrar en el fondo de la cuestión. Así, la Audiencia Provincial de Cantabria dictó nueva sentencia desestimando la acción planteada por entender que había prescrito, al haberse planteado la demanda civil transcurrido más de un año desde la fecha de la sentencia del Juzgado de lo Social que lo había declarado en situación de incapacidad, que marcaba el inicio del cómputo del plazo de un año; y no la de la sentencia de la Sala de lo Social en la que se resolvía el recurso interpuesto contra la anterior. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación del actor. (L. A. G. D.)

**4. Inicio del cómputo del plazo de prescripción en comportamientos continuados.**—El Tribunal Supremo reafirma su jurisprudencia (contenida, entre otras, en SSTs de 18 y 21 de enero y 5 de mayo de 2010) sobre inicio del cómputo del plazo ante comportamientos continuados. No es aplicable, sin embargo, cuando no está acreditado el comportamiento continuado. (STS de 28 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Una serie de empresas dedicadas a la producción y distribución de alimentos congelados interpusieron demanda en 2001 contra cuatro antiguos administradores y empleados de las mismas, alegando que habían desarrollado actos de competencia desleal. Concretamente, tras su salida de las empresas demandantes, los demandados habían constituido en 1999 otra empresa con denominación similar a las demandantes e idéntico objeto social, empleando las mismas técnicas de venta que las sociedades demandantes y sirviéndose de los vendedores que habían trabajado para ellas. A juicio de las demandantes, todo ello constituían actos de competencia desleal, por los que solicitaban la condena a la cesación de las actividades y la indemnización a las demandantes de los daños causados por estas actividades. Los demandados se opusieron a la demanda, alegando la prescripción de la acción ejercitada. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declaró la existencia de competencia desleal y condenó al cese de las actividades y al pago de una indemnización a favor de las demandantes, por los

daños sufridos. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial estimó la excepción de prescripción y declaró haber lugar al recurso, revocando la sentencia de primera instancia. A juicio de la Audiencia, no había prueba de la existencia de un comportamiento continuado de competencia desleal, sino únicamente de unos actos iniciales realizados en el año 1999, dos años antes de la interposición de la demanda. Las empresas demandantes interpusieron entonces recurso de casación, alegando el incumplimiento de la jurisprudencia sobre inicio del cómputo del plazo. (A. M. M.)

## 2. DERECHO DE LA PERSONA

**5. Protección al honor. Intromisión ilegítima mediante comentarios vertidos por terceras personas en un foro público de una página web. Responsabilidad del prestador de servicios de alojamiento cuando no actúa con la debida diligencia o prontitud en la eliminación de las expresiones injuriosas o difamatorias.**—El artículo 16 de la LSSI de 2002 exime de responsabilidad al prestador de servicios de alojamiento o almacenamiento, cuando no tienen un conocimiento efectivo de que la información es ilícita o lesiona derechos de un tercero o, si lo tienen, actúan con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. El significado de «conocimiento efectivo» no se limita exclusivamente al requerimiento o declaración que pueda hacerle un órgano oficial, sino que se extiende también al que razonablemente pudiera tener como resultado de una diligente gestión de la página de la que es titular; en especial cuando la ilicitud de las afirmaciones es patente y evidente por sí sola, al no depender de datos o información que no se encuentren a disposición del intermediario. De suerte que tanto la foto como las expresiones empleadas constituyen una intromisión en el derecho al honor del demandante notoria y manifiesta, sin que fuese precisa —por su obviedad— una resolución judicial que declarase la ilicitud del contenido de las mismas. Lo que lleva a concluir que, al no retirarlas el proveedor, incurrió en una falta de diligencia en el cumplimiento de los deberes de cuidado que le impone la propia LSSI, y que justifica la condena a la reparación del daño causado. (STS de 10 de febrero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D. Silvio formuló demanda en protección de su derecho al honor contra don Ricardo, por los mensajes publicados en el foro de su página web, en los que se contenían expresiones y afirmaciones claramente despectivas y vejatorias sobre la persona del actor. El demandante había intentado contactar directamente con el demandado para que retirase inmediatamente los contenidos atentatorios, sin conseguirlo al no contener información alguna en su página web sobre la identidad o titular de la página o su domicilio, más allá de una mera dirección de correo electrónico; siendo sólo después de darle traslado de la demanda cuando el titular de la web procedió a la retirada de dichos comentarios. El Juzgado de Primera Instancia estimó totalmente la demanda. La Audiencia Pro-

vincial desestimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación del demandado. (L.A.G.D.)

**6. La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información.**—La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo.

**Límite entre la libertad de expresión y la libertad de información.**—No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizado por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizado por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y a la inversa (SSTC 29/2009, de 26 de enero, y 77/2009, de 23 de marzo).

**El derecho a la intimidad personal y familiar: objeto.**—El reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida (SSTC 197/1991, de 17 de octubre, y 115/2000, de 10 de mayo), evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

**Límite al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por la libertad de expresión e información.**—Tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, respecto del derecho al honor (SSTS de 29 de julio de 2005 y 21 de julio de 2008, entre otras muchas); respecto del derecho a la intimidad personal y familiar (SSTS de 16 de enero de 2009 y 15 de enero de 2009, entre otras). Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.

**Alcance de la técnica de ponderación entre derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y la libertad de expresión e información.**—La técnica de ponderación exige valorar:

1.º) El peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar *la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información sobre el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar* por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio demo-

crático (STS de 11 de marzo de 2009). *La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un nivel máximo cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción* (SSTC 105/1990, de 6 de junio y 29/2009, de 26 de enero). *La construcción historiográfica, protegida por el derecho a la creación científica, artística o técnica, disfruta en la CE de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información*, ya que, aunque participa también de contenidos propios de éstas, no se refiere a hechos actuales protagonizados por personas del presente, sino a hechos del pasado protagonizados por individuos cuya personalidad, con el paso del tiempo, no puede oponerse como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos (STC 43/2004, de 24 de marzo).

2.º) El peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde esta perspectiva, la ponderación debe tener en cuenta: a) *si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública* (STC 68/2008; SSTs de 14 de marzo de 2003 y 6 de julio de 2009, entre otras muchas), pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso; b) *que la libertad de información para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad*, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones.

3.º) Que la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende, dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, porque, como viene reiterando el TC, la CE no reconoce un hipotético derecho al insulto (SSTC 112/2000 y 56/2008, entre otras; y SSTs 18 de febrero y 17 de junio de 2009). El requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje informativo oral o escrito, salvo cuando, más allá de las necesidades de concisión del titular, en éste se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas (STC 29/2009, de 26 de enero).

**Ámbito de la veracidad por parte del informador.**—Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 29/2009, de 26 de enero). Para valorar la veracidad de la información debe ponderarse el respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992 y 21/2000), a la que no se opone la difusión de una información relativa a la apertura de una investigación policial y judicial contra el autor de un presunto delito que puede afectar al interés público (STC 129/2009, de 1 de junio, y SSTs de 16 de marzo de 2001 y 12 de noviembre de 2008). La protección de la libertad de información no resulta condicionada por el resultado del proceso penal, de modo que no es obstáculo que el hecho denunciado no se haya declarado probado en un proceso de esta naturaleza (STC 297/2000, STS de 24 de octubre de 2008).

**El reportaje neutral.**—Cabe el denominado reportaje neutral (STC 76/2002, de 8 de abril), el cual exige que las declaraciones recogidas sean por sí noticia y se pongan en boca de personas determinadas responsables de ellas y que el medio informativo sea mero transmisor de tales declaraciones sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia ni reelaborarlas o provocarlas; en este caso la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración. (STS de 25 de febrero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor ejercitó acción de protección en defensa de los derechos al honor y a la intimidad familiar, por estimar que los diversos artículos periodísticos publicados por los periódicos demandados y la obra cinematográfica, en la que se relata la muerte violenta a manos de miembros de un grupo anarquista de J.P. (padre del actor) el 21 de octubre de 1951, resulta lesiva en orden al extremo que relata que en el momento de su muerte el Sr. J.P. se encontraba en la habitación del *meublé* con una menor que era sobrina suya.

La demanda es desestimada en ambas instancias. El TS no da lugar al recurso de casación al entender que la consideración de las circunstancias concurrentes conduce a estimar que la libertad de expresión e información debe prevalecer sobre el derecho al honor y a la intimidad personal del demandante, pues el grado de afectación de los primeros es de gran intensidad y el grado de afectación de los segundos es muy débil. (I. D.-L.)

**7. Colisión de la libertad de información y el derecho a la propia imagen en la captación de imágenes de personajes públicos en *top-less* en lugares públicos.**—El conflicto entre el derecho a la propia imagen y la libertad de información debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, apreciando las circunstancias del caso concreto. Si se trata de la libertad de información la técnica de ponderación requiere valorar, primero, el peso en abstracto de los derechos fundamentales en colisión. Desde esta perspectiva la ponderación ha de respetar la posición prevalente que posee la libertad de información sobre el derecho a la propia imagen en cuanto aquella resulta esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político. La técnica de ponderación exige valorar, en segundo lugar, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales. Desde este punto de vista han de llevarse a cabo tres precisiones. Primero, la ponderación ha de tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general, o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, porque en este supuesto el peso de la libertad de información es más intenso. Segundo, para que la libertad de información pueda prevalecer sobre el derecho al honor, la información ha de ser veraz, esto es, ha de ser el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia conforme a las pautas profesionales. Tal requisito resulta de menor trascendencia, por el contrario, cuando está en juego el derecho a la propia imagen. Tercero, la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, ya que en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de propor-

cionalidad con el interés público en los aspectos de la vida privada que se difunden y la forma en que se lleva a cabo tal difusión. Respecto al derecho a la propia imagen, debe primar, desde el punto de vista de la proporcionalidad, la libertad de información cuando el personaje público se expone a la mirada ajena, porque está asumiendo que su imagen puede ser captada y difundida sin su consentimiento, le satisfaga o no el resultado. (STS de 25 de febrero de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La demandante E interpone una demanda contra M, director de una conocida revista, y contra la sociedad editora Z, por la presunta vulneración del derecho a la imagen de la actora por la publicación en la revista de un reportaje en el que aparecen nueve fotografías de la demandante en *top-less*. La sentencia de primera instancia estima la demanda al considerar que existe una intromisión en la imagen de la actriz al haberse publicado dichas imágenes sin su consentimiento en una playa, en un ámbito de su vida privada que carecía de interés público. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandados, confirmando la sentencia de primera instancia. Esta sentencia es recurrida en casación por los demandados. El Tribunal Supremo ha lugar a tal recurso. (*Alma R. G.*)

**8. La ponderación entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.**—La limitación del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por las libertades de expresión o de información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual ha de resolverse mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno sobre otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella. Cuando se trata de las libertades de información y de expresión, la técnica de ponderación exige valorar, en primer lugar, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales en colisión. Desde tal punto de vista la ponderación ha de respetar la posición prevalente que poseen las libertades de expresión e información sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por resultar esenciales para la formación de una opinión pública libre. La técnica de la ponderación, en segundo lugar, requiere valorar el peso relativo de los derechos fundamentales en conflicto. Desde esta perspectiva han de analizarse varios aspectos: Primero, la ponderación ha de apreciar si la información o la crítica tienen relevancia pública o interés general en cuanto pueden contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyectan sobre personas que desempeñan un cargo público o poseen una personalidad política y ejercen funciones oficiales, o si tratan sólo de satisfacer la curiosidad humana por conocer a personas con notoriedad pública que no ejercen tales funciones. Segundo, la prevalencia de la libertad de información, dado que su objeto es la puesta en conocimiento de hechos, exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de la libertad de expresión. Por veracidad ha de entenderse el resultado de una diligencia



razonable por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con las pautas profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso, aún cuando después dicha información puede ser desmentida o no resulte confirmada. En tercer lugar, la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, porque la CE no reconoce un hipotético derecho al insulto. **(STS de 25 de febrero de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don E ejercita una acción de tutela de su derecho al honor y a la propia imagen frente a la sociedad X y el ente público T, alegando que, con ocasión de la víspera del primer aniversario de los trágicos sucesos del 11 de marzo de 2004, se emitió en televisión un documental, en el que aparece la imagen del demandante identificando al mismo con un terrorista interviniente en dichos sucesos. El juzgado de primera instancia estima la demanda; la Audiencia Provincial dicta sentencia por la que estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas únicamente en orden a la cuantía de la indemnización, confirmando el resto de la sentencia de primera instancia. Contra dicha sentencia se interpone recurso de casación por los demandados. *(Alma R. G.)*

**9. La ponderación en caso de conflicto entre las libertades de información y expresión y el derecho al honor. Examen de los criterios de ponderación.**—La ponderación puede definirse como el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de los derechos en conflicto resulta afectado, con el objeto de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella. La técnica de ponderación exige hacer una valoración, en primer lugar, del peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde tal perspectiva la ponderación ha de respetar la posición prevalente que ostentan las libertades de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar aquellas imprescindibles para la formación de una opinión pública libre. La técnica de ponderación obliga a valorar, en segundo lugar, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales en colisión. Para ello la ponderación ha de apreciar la relevancia pública o interés general de la noticia, que constituye un requisito para que puedan prevalecer las libertades de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado. También ha de tenerse en cuenta que la libertad de información, cuando comporta la transmisión de noticias que derivan en descrédito de la persona, para que aquella prevalezca sobre el honor se exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que sucede con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por último, la transmisión de la noticia no puede exceder el fin informativo que se persigue dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado. **(STS de 23 de febrero de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña D. presenta demanda de protección del derecho al honor y a la intimidad contra don F. y dos sociedades relacionadas con el mundo de la comunicación, por las declaraciones ver-



tidas por don F. en un programa de televisión. El juzgado de primera instancia estima parcialmente la demanda al apreciar una vulneración parcial de los derechos al honor y a la intimidad de la demandante. La Audiencia Provincial estima parcialmente los recursos presentados por los codemandados y contra dicha sentencia interpone recurso de casación la demandante. (*Alma R. G.*)

**10. Derecho al honor. Libertad de expresión y derecho a la defensa jurídica: ponderación.**—El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (entre otras, SSTs de 19 de febrero, 6 de julio y 4 de junio de 2009). La ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor y tener en cuenta si la información o la crítica tienen relevancia pública o interés general (SSTEDH 1991/51, *Observer y Guardian*, 2004/36, *Plon, Von Hannover y Alemania*, SSTC 115/2000 y 143/1999 y, entre otras, SSTs de 29 de diciembre de 1995, 8 de julio de 2004 y 21 de abril de 2005). La relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado. Asimismo, la prevalencia de la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones; y la protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1.a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (entre otras, SSTC 127/2004 de 19 de julio; 198/2004 de 15 de noviembre, y 39/2005 de 28 de febrero).

En el presente procedimiento nos encontramos ante un supuesto atípico de colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión, que no se desarrolla en medio periodístico, ni en un entorno público, ni entre contendientes políticos, sindicales o análogos, sino que se desarrolla dentro de un procedimiento sancionador, con base a una mala praxis profesional y con telón de fondo de una reclamación judicial en vía penal y civil. Por tanto, junto a los mencionados derechos al honor y libertad de información y expresión, se encuentra también el derecho fundamental de defensa (art. 24 CE) y es doctrina consolidada (SSTC 205/1994, 157/1996, 226/2001, 79/2002, entre otras, y STEDH de 22 de febrero de 1959 caso *Bardof*) que el ejercicio del derecho de defensa en las actuaciones judiciales —campo al que se extiende la libertad de expresión— tiene un contenido específicamente resistente y es inmune a restricciones salvo aquellas que derivan de la prohibición de utilizar términos insultantes, vejatorios o descalificaciones gratuitas, ajenas a la materia sobre la que se proyecta la defensa. En nuestra jurisprudencia se parte de que el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación, al estar ligado estrecha-

mente a la efectividad de los derechos de defensa del artículo 24 CE (STS de 12 de julio de 2004 y de 5 de noviembre de 2008). Y aunque en el presente caso no nos encontramos ante un procedimiento judicial, resulta aplicable la doctrina expuesta por tratarse de una manifestación del ejercicio de defensa. Por tales razones se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar. **(STS de 3 de marzo de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

HECHOS.—El abogado F presentó escrito de queja ante los Colegios de abogados de Santa Cruz de Tenerife y las Palmas de Gran Canaria por la actividad desplegada por otro abogado, C., en el marco de un juicio verbal. Tras la incoación de un procedimiento sancionador, C. interpuso demanda contra F. y su anterior clienta del juicio verbal E., después clienta de F., por considerar que el contenido del escrito había vulnerado su derecho al honor.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife estimó en parte la demanda mediante sentencia de 23 de enero de 2008, condenó a F. a indemnizar el daño al demandante, y absolvió a E. Interpuesto recurso de apelación por parte de F., la sentencia de 22 de diciembre de 2008 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife lo estimó. A diferencia de la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial consideró que el escrito de queja tuvo por objeto resaltar una conducta profesional digna de reproche en el marco de la defensa jurídica de un cliente. C. recurre en casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

**11. Títulos nobiliarios. Adquisición por usucapión de cuarenta años.**—De acuerdo con la Ley 45 de Toro, que recogía la posesión civilísima y, en consecuencia, la transmisión hereditaria del derecho sin necesidad de acto de aprehensión por el llamado a suceder, se reconocía la imprescriptibilidad de los títulos nobiliarios, esto es, la imposibilidad de adquirirlos por usucapión. Sin embargo, a partir de 1985 la doctrina jurisprudencial admite la posibilidad de que el título nobiliario sea poseído materialmente por un miembro del linaje distinto del óptimo y, con base en la Ley 41 de Toro, se admite que este poseedor material consolide la adquisición en virtud del título por la posesión de cuarenta años. Esta prescripción adquisitiva prevalece sobre la posesión civilísima, de modo que la Ley 41 de Toro, en tal ámbito, viene a representar una excepción a la Ley 45.

**Rehabilitación de títulos nobiliarios. Salvaguarda de los derechos de terceros con preferencia a ostentar el título.**—Las rehabilitaciones de títulos nobiliarios se hacen siempre sin perjuicio de tercero de mejor derecho, por lo que el que pretenda tener un mejor derecho habrá de ejercitarlo en el juicio ordinario correspondiente. Por ello, al orden jurisdiccional civil le corresponde declarar el mejor derecho genealógico del solicitante frente al rehabilitante. No frente a todos, porque puede no ser el óptimo, sino que ha de apreciarse únicamente en lo que concierne al reclamante y al actual poseedor (SSTS de 7 de octubre de 1984, de 13 de octubre de 1993 y de 26 de mayo de 2006). **(STS de 14 de febrero de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El actor, en nombre de su hijo, interpuso demanda solicitando que se declarara el mejor y preferente derecho genealógico del menor para ostentar el título nobiliario poseído, en virtud de rehabilitación, por la hermana del demandante y tía del menor. Asimismo se interesó que, con carácter previo, se declarara la nulidad de la rehabilitación del título hecha a favor de la demandada. El Juzgado de Primera Instancia no entró en el fondo de la cuestión al estimar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia Provincial de Cádiz desestimó esta excepción y, conociendo del asunto, estimó la demanda planteada, declarando el mejor derecho del menor, representado por su padre, a ostentar el título nobiliario discutido. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la demandada. (L. A. G. D.)

**12. Enajenación de bienes inmuebles en donde radica el domicilio social de una Fundación. Régimen de autorización del Protectorado de la Fundación.**—El artículo 21.2 de la Ley de Fundaciones exige autorización previa del Protectorado de una fundación para la enajenación y el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o bien estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines de dicha fundación. Según el TS, esta disposición contiene una norma de interpretación auténtica, según la cual se entiende que los bienes y derechos de la fundación están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, cuando dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada, que realice una portación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados, o bien mediante resolución motivada del protectorado de la fundación o de la autoridad judicial. Solamente alguna de estas acciones permite vincular un bien con el fin fundacional, y no otras. Por tanto, el TS entiende que el hecho de designar como domicilio de la fundación un edificio concreto no implica necesariamente la vinculación de este edificio al fin de la fundación, cuando el domicilio es perfectamente modificable. Asimismo, el TS aclara que ni siquiera el hecho de la fijación del domicilio fundacional en tal edificio por el fundador de ésta antes del momento de la donación permite deducir *per se* la intención del fundador de que dicho bien se integrase en la dotación inicial. (STS de 7 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La Junta de Andalucía interpuso demanda de impugnación del acuerdo del Patronato de la Fundación M. R., por el que ésta enajenaba el inmueble en el que entonces radicaba su domicilio estatutario. La demandante entiende que la enajenación de tal inmueble requería de la autorización preceptiva del Protectorado de la Fundación, ejercido por la Junta de Andalucía, a través de su Consejería de Cultura.

El Juzgado de Primera instancia estima la demanda y anula el acuerdo impugnado. Contra esta sentencia interpone recurso de apelación el Patronato de la Fundación.

La Audiencia Provincial estima el recurso, revocando la sentencia de primera instancia y desestimando, por tanto, la demanda originaria.

La Junta de Andalucía interpone recurso de casación, que es desestimando por el Tribunal Supremo. (*G.M.A.*)

### 3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**13. Interpretación de los contratos: artículo 1281 CC y doctrina jurisprudencial al respecto.**—La cláusula interpretable establecía que el Club, salvo los derechos por los partidos de la final de la Copa del Rey y de la Supercopa, cedía los derechos correspondientes a todos los demás partidos de competiciones nacionales e internacionales en los más amplios términos. No resulta irrazonable, sino incluso «intención evidente» de los contratantes, la de excluir de la cesión todos aquellos derechos que no pertenecieran al Club al tiempo de celebrarse el contrato, cual sucedía con los de los partidos de la Liga de Campeones de la UEFA desde la temporada 1992/93.

**Venta de cosa ajena: doctrina jurisprudencial; no procede su aplicación.**—Los motivos alegados sobre la validez de la venta de cosa ajena y la consiguiente posibilidad del objeto del contrato litigioso y sobre la jurisprudencia que declara el carácter obligacional de la compraventa en nuestro Código Civil y la posibilidad de que el vendedor adquiera la cosa que todavía no es suya al tiempo de celebrarse el contrato para poder entregársela al comprador, desconocen las diferencias entre la hipótesis jurisprudencialmente admitida y aquella otra en que ambas partes saben o deben saber que el vendedor nunca podrá entregar al comprador la cosa objeto del contrato (STS de 7 de septiembre de 2007, del Pleno), cual es el caso, hipótesis a resolver por vía de nulidad del contrato por imposibilidad del objeto o, a lo sumo y según las circunstancias, por error en el consentimiento. (**STS de 10 de diciembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—El litigio que da origen a la sentencia del Tribunal Supremo reseñada versa sobre el posible incumplimiento por la demandada-reconviniente, *R.C.D.M., S.A.D* (en adelante el Club), del contrato que ésta celebró con la actora-reconvenida, una sociedad anónima dedicada a la gestión de medios audiovisuales (en adelante Gestora), cediendo la primera a la segunda los derechos de imagen y de propiedad intelectual de todos los partidos de fútbol mencionados en el contrato que disputaran los equipos del Club durante las temporadas y en las competiciones igualmente señaladas, así como la autorización para efectuar la grabación, reproducción, transformación y comunicación pública de los partidos, pactándose una determinada cantidad por cada partido internacional y una cantidad fija más un 25 por 100 de participación en los beneficios netos de la explotación de los derechos audiovisuales por la temporada de Liga nacional. La sentencia de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. En apelación, se estimó en parte el recurso de la Gestora y se desestimó totalmente la impugnación del Club. (*S.M.S.*)

**14. Principio de relatividad del contrato. No afectan a tercero las cláusulas de un contrato anterior que establecen obligaciones para las partes que carecen de carácter real y que no constituyen tampoco obligaciones *propter rem*.—A)** El artículo 1257 CC establece como principio general que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, de modo que en general no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento (SSTS de 23 de julio de 1999, 9 de septiembre de 1996). Por ello si el contrato es considerado como una manifestación de la autonomía privada en orden a la reglamentación de los propios intereses, resulta claro que dicha reglamentación ha de afectar, en principio, tan solo a la esfera jurídica de sus autores, porque sólo respecto de ellos la autonomía existe.

B) No obstante lo anterior, tanto la doctrina como la jurisprudencia mantienen la relatividad de los efectos de los contratos, no de un modo general y abstracto, sino de manera concreta y muy determinada. En tal sentido, las sentencias de esta Sala que aplican la teoría de la relatividad de los contratos se refieren a obligaciones *propter rem* (por razón de la cosa) constituidas en función de la titularidad del derecho de propiedad sobre la cosa; así en las obligaciones asumidas por el promotor o vendedor de viviendas frente a segundos o sucesivos adquirentes por defectos constructivos, al ser doctrina jurisprudencial que dicho precepto no impide que los contratos tengan eficacia indirecta, refleja o mediata para los terceros que han de respetar situaciones jurídicas creadas (SSTS de 5 de diciembre de 1996, 29 de septiembre de 1997 y 29 de diciembre de 1998).

Partiendo de lo anterior, y dado que no se trata de un gravamen real, ni de una obligación que sea inherente a la titularidad de la cosa, derivada de su naturaleza o de las cargas que deben satisfacerse por razón de su mantenimiento o situación urbanística, susceptible de ser calificada como una obligación *propter rem* (por razón de la cosa) en la que deben entenderse subrogados los sucesivos titulares del inmueble, sino de una obligación personal establecida en virtud de un pacto contractual entre comprador y vendedor que está llamado a agotarse en la relación entre ellos, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 1257 CC fundado en la imposibilidad de que los efectos de los contratos, puedan perjudicar o afectar negativamente a aquellos terceros que ajenos a los mismos, adquieran bienes o derechos que libres de cargas y gravámenes que no sean inherentes a su naturaleza o situación jurídica o económica. (STS de 11 de abril de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Las partes en litigio habían celebrado en 1986 un contrato de compraventa de una finca en el que se había insertado una cláusula en cuya virtud los compradores se obligaban a entregar a los vendedores cualquier indemnización que en el futuro recibieran por una eventual expropiación de los terrenos vendidos. En 2003 se incoó expediente de expropiación forzosa de las fincas, por lo que los compradores designaron como beneficiarios de la indemnización a los vendedores. Pero en 2004 vendieron la finca litigiosa a un tercero, quedando apartados los vendedores del expediente de expropiación. Interpuesta demanda de nulidad de este segundo contrato transmisivo y declarada ésta en primera instancia, la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia y establece que la cláusula del primer contrato es inoponible al segundo

adquirente de la finca en virtud del artículo 1257 CC, pronunciamiento que resulta confirmado en casación. (*L. F. R. S.*)

**15. Contrato en favor de tercero. Debe distinguirse entre el contrato con estipulación a favor de tercero y la obligación contractual de efectuar una prestación a favor de una tercera persona.**—Para responder al motivo así planteado debe partirse de la jurisprudencia de esta Sala sobre la estipulación a favor de tercero. La sentencia de 9 de marzo de 2006 (rec. 2392/99) declara que «[d]esde la sentencia de 10 de diciembre de 1956, como recuerda la de 23 de octubre de 1995, se ha venido definiendo el contrato con estipulación a favor de tercero como el que se celebra entre dos personas que actúan en nombre propio y que otorgan un derecho a un extraño que no ha tomado parte en su conclusión». Y sobre el contrato examinado entonces, la misma sentencia de 2006 puntualiza que no era exactamente asimilable a un contrato con estipulación a favor de tercero «en el que entre estipulante y promitente se conviene una prestación a favor del tercero que confiere a este, en el supuesto de que haya aceptado (lo que puede haberse realizado expresa o tácitamente) un derecho a exigir la prestación convenida».

Esto último, a su vez, debe ponerse en relación con la jurisprudencia representada por las sentencias de 28 de noviembre de 1989 y 26 de abril de 1993, citadas por la sentencia impugnada y a las que cabe añadir la de 19 de diciembre de 1940, en cuanto distingue entre la verdadera estipulación a favor de tercero, en que la titularidad del derecho se deriva hacia el tercero beneficiario, y la obligación contractual en que la prestación ha de hacerse a una tercera persona, que no adquiere el derecho estipulado sino únicamente la facultad de recibir la prestación, supuesto en el que la sentencia recurrida encuadra el presente caso y que en verdad es el que mejor se acomoda al contenido de lo pactado, consistente en que el hoy recurrente indemnizaría a la Sra. Raimunda «por» D. Eutimio y D.<sup>a</sup> Amalia.

Pues bien, tal vez cabría plantearse el problema de legitimación que propone el motivo si el tercero ajeno al contrato, la Sra. Raimunda, hubiera tenido alguna oportunidad de aceptar expresa o tácitamente lo acordado entre los demandantes y el hoy recurrente, o si el hoy recurrente hubiera cumplido lo pactado pagando a la Sra. Raimunda antes de proceder esta a la ejecución de la sentencia sobre los bienes de los demandantes. Pero carece de sentido planteárselo una vez que la Sra. Raimunda, eliminando cualquier incertidumbre sobre una eventual aceptación por ella de lo pactado por otros en el contrato litigioso, decidió proceder contra D.<sup>a</sup> Amalia y D. Eutimio por la totalidad de la indemnización que estos le debían en virtud de sentencia firme. De otro modo, esto es de aceptarse el planteamiento del motivo, el resultado sería la liberación del hoy recurrente y su consiguiente enriquecimiento sin causa, ya que su prestación, pago del 50 por 100 de la indemnización que D.<sup>a</sup> Amalia y D. Eutimio tuvieran que pagar a la Sra. Raimunda en función del importe que se fijara en ejecución de sentencia, tenía como contraprestación la renuncia de D.<sup>a</sup> Amalia y D. Eutimio a cualquier expectativa de resultar absueltos dejando que ganara firmeza la sentencia condenatoria de primera instancia para que el hoy recurrente pudiera cumplir sus propios compromisos con otras personas y edificar sobre la finca.

En definitiva, ya se considere el pacto primero del contrato litigioso una estipulación a favor de tercero, ya una delegación parcial de deuda ignorada y por tanto no aceptada por el delegatario, ya un acuerdo entre demandantes



y demandado limitado a prever que el 50 por 100 de la indemnización a cargo de los demandantes y a favor de la Sra. Raimunda pudiera ser recibido directamente por esta del demandado D. Bruno, interpretación que parece la más ajustada al caso, el resultado será siempre, en último extremo por las reglas del incumplimiento contractual según considera también la sentencia recurrida, que D. Bruno, dado su nunca negado incumplimiento y dada la acción judicial de la Sra. Raimunda sobre los bienes de los demandantes, deba pagar a estos la cantidad que él se había obligado a pagar a la Sra. Raimunda, porque esta cantidad tenía que pagarla «por» ellos y como contraprestación a la renuncia de los mismos a cualquier expectativa de sentencia favorable, o menos desfavorable, en el pleito precedente, y ello por el interés de D. Bruno en construir sobre la finca objeto de ese mismo pleito. **(STS de 14 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—A consecuencia de una doble venta, un señor y su madre resultan condenados a abonar a una de las compradoras de la finca doblemente vendida una determinada cantidad. Posteriormente, los condenados celebran un contrato de transacción con el demandado en cuya virtud, y a cambio de desistir del recurso de apelación contra la sentencia recaída en otro procedimiento judicial, éste se obliga a pagar las cantidades adeudadas por aquellos a la citada señora compradora, así como a satisfacer los honorarios de abogado y procurador devengados en el trámite de ejecución de sentencia. Ante el incumplimiento de estos pactos, el promitente es condenado en ambas instancias al pago de lo estipulado, pronunciamientos que son confirmados por el Tribunal Supremo. *(M. C. B.)*

**16. Pago por tercero. La acción de reembolso ejercitada por la sociedad demandante no puede ser desestimada por fraudulenta, abusiva o contraria a la buena fe, al no haberse acreditado como razón única del pago efectuado la intención de causar un perjuicio al deudor.**—Pues bien, a partir de lo anterior no cabe considerar que el pago hecho por la demandante fuese contrario a las exigencias de la buena fe ni incurriera en un abuso del derecho prohibido por el ordenamiento jurídico hasta el punto de impedir el reembolso de lo pagado por la deuda ajena, ya que del sistema del Código Civil, deducible de su regulación del pago por tercero (arts. 1158 y 1159), de la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor (arts. 1203-3.º y 1209 a 1213) y de la transmisión de créditos (arts. 1.526 a 1.536), se desprende la posibilidad legal de que un tercero ajeno a la obligación obtenga un beneficio propio del pago al acreedor, siendo el ejemplo más característico el de la compra de un crédito por un precio inferior a su importe si el comprador consigue luego cobrarlo en su totalidad.

Es cierto que el pago por tercero regulado en el artículo 1158 CC puede parecer en principio extraño a casos como el aquí enjuiciado, esto es, el de constitución de una sociedad mercantil cuya única actividad era pagar deudas ajenas con la expectativa de obtener beneficios situándose en una posición especialmente favorable para el caso de que, si el deudor no le reembolsaba lo pagado, promover una ejecución sobre sus bienes inmuebles. Sin embargo esta finalidad no puede considerarse en sí misma ilícita, ilegítima o manifiestamente anormal o antisocial porque, de un lado, la doctrina científica sí contempla, entre las muchas hipótesis que caben en el artículo 1158 CC, la de un



acreedor ordinario que pague a otro preferente para liberar un bien del deudor y promover ejecución sobre el mismo; y de otro, la utilidad a que se refiere el párrafo último de dicho artículo debe entenderse, aunque ciertamente sobre este punto la doctrina científica no sea unánime, en sentido objetivo, esto es, analizando si mediante el pago se ha producido un aumento del patrimonio del deudor mediante la disminución de su pasivo, cual sucedió en el presente caso.

Si a todo ello se une que la jurisprudencia mantiene un concepto amplio de tercero a efectos de su legitimación para el ejercicio de las acciones de reembolso o repetición (p. ej. SSTs de 23 de julio de 2007 en rec. 2427/00 y 12 de marzo de 2010 en rec. 2369/05), no exigiendo ninguna relación especial entre el deudor y el tercero que paga su deuda, habrá que concluir que la acción de reembolso ejercitada por la sociedad demandante no puede ser desestimada por fraudulenta, abusiva o contraria a la buena fe, desestimación cuya consecuencia sería que hubiera pagado gratuitamente una deuda ajena ascendente a 134.455,91 euros, pues no están probados hechos constitutivos de circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio del derecho) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) que la sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 2010 (rec. 1956/06), siguiendo el precedente representado por la de 18 de julio de 2000, exige para poder apreciar abuso del derecho, y ni tan siquiera pueden considerarse probados unos daños y perjuicios concretos o, si se quiere, distintos de la genérica pérdida de oportunidad de llegar a un acuerdo con el acreedor, oportunidad que sin embargo la recurrente sigue conservando en relación con la demandante-recurrída que pagó su deuda.

En atención a todo lo anteriormente razonado el motivo ha de ser desestimado, pues la propia recurrente, al alegar el propósito de enriquecimiento de la demandante, implícitamente viene a admitir que la finalidad de la demandante al pagar sus deudas no podía ser únicamente la de causarle un perjuicio.

**La utilidad del pago debe entenderse en sentido objetivo, como disminución del pasivo.**—Así planteado, el motivo se desestima por las siguientes razones:

1.<sup>a</sup>) Incurrir en el vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, ya que la sentencia recurrida da por probada la inexistencia de una de las deudas afirmadas en la demanda pero no la de otra deuda más que se indica en este motivo. Si la recurrente considera que esta otra deuda también era inexistente tendría que haber impugnado la sentencia recurrida mediante recurso extraordinario por infracción procesal y observando los requisitos que la jurisprudencia de esta Sala exige para poder revisar por tal vía la valoración de la prueba.

2.<sup>a</sup>) No es aceptable la tesis de que el pago se hizo contra la expresa voluntad del deudor, dando así lugar a la acción de repetición y no a la de reembolso, porque si el artículo 1158 CC admite el pago por tercero ignorándolo el deudor parece lógico deducir que su voluntad expresa en contra ha de manifestarse antes del pago o, a lo sumo, simultáneamente, pero no después.

3.<sup>a</sup>) Aun admitiendo, con un autorizado sector doctrinal, que el párrafo tercero del artículo 1158 CC impone al que pagó la carga de probar la utilidad del pago para el deudor que expresamente se hubiera opuesto al mismo, mientras que en el caso de pago hecho ignorándolo el deudor se daría una presunción de utilidad que el deudor podría neutralizar probando su falta de utilidad, el resultado acabaría siendo también la desestimación del motivo

porque, como se ha razonado en el fundamento jurídico precedente, la utilidad del pago debe entenderse en sentido objetivo, como disminución del pasivo, y esta disminución fue patente en el presente caso según los hechos que la sentencia recurrida declara probados. Y como quiera que a estos hechos la recurrente tan solo contrapone sus genéricas expectativas de haber llegado a acuerdos favorables con sus acreedores, dando además por sentado que iba a lograrlos pese a que la sentencia recurrida no lo declara probado, su planteamiento no puede ser acogido porque, conforme a lo también razonado en el fundamento jurídico anterior, tales expectativas genéricas siempre existen en toda relación entre acreedor y deudor sin que por ello impidan el pago por un tercero con los efectos que determina el artículo 1158 CC.

4.ª) Aunque las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo no generen jurisprudencia civil, sí conviene destacar que la sentencia de dicha Sala de 28 de marzo de 1978, ante un caso de deudas tributarias pagadas por un tercero, como eran casi todas las satisfechas por la demandante-recurrida en el presente litigio, declaró que «el actuar así un tercero extraño a la deuda tributaria, no solo no actúa de modo ilegal sino que le ampara el fundamental artículo 1158 párrafo 1.º CC que como es notorio permite a un tercero realizar el pago de la deuda, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe ya lo ignore el deudor», siendo evidente la legitimidad del pago, «del que únicamente se derivaría la acción de reembolso por parte del tercero que paga». (**STS de 26 de mayo de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Una sociedad mercantil se constituye con el propósito de pagar deudas ajenas frente a distintos organismos y Administraciones Públicas y ostentar una posición de privilegio ante el embargo y posible ejecución de los inmuebles de las sociedades deudoras. Efectuado el pago de varias deudas, la sociedad *solvens* reclama a la deudora el reembolso de lo pagado, a lo que ésta se opone alegando un abuso de derecho y que lo pertinente, en todo caso, sería la repetición de aquello en lo que le fue útil el pago. El Tribunal Supremo respalda la actuación de la entidad *solvens* entendiéndola cubierta por los artículos 1158 y ss. CC. (*M. C. B.*)

**17. Facultad resolutoria ex artículo 1124 CC. Doctrina jurisprudencial.**—Esta Sala tiene declarado en sentencias, entre otras, de 17 de julio de 2007 y 31 de enero de 2008, que la jurisprudencia, a la hora de interpretar y aplicar el artículo 1124 CC, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o, en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento o producida por causa no imputable al que pide la resolución, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato, o como dice la Sentencia de 9 de marzo de 2005: «La doctrina jurisprudencial de esta Sala ha sufrido un cambio evolutivo progresivo en el sentido de abandonar el requisito subjetivista de la voluntad deliberadamente rebelde, sustituyéndole por el impago en el sentido objetivo, con lo que ya no se viene exigiendo una actitud dolosa del comprador para que la resolución por incumplimiento de

pago puede tener lugar que es a lo que apunta la frase “actitud deliberadamente rebelde”, bastando con que se frustre la finalidad económica de la relación, imputable al comprador o sucesores que resulten obligados, que no satisfacen el precio que se había acordado. Esta doctrina se presenta acomodada a los tiempos actuales para las situaciones de incumplimiento contractuales, ya que frente al vendedor que cumple el comprador incumplidor desequilibra la relación contractual al incurrir en impago voluntario».

**Responsabilidad civil contractual. Alcance de la indemnización de daños y perjuicios. Doctrina jurisprudencial acerca de los artículos 1106 y 1107 CC.**—Es lo cierto que aunque se pruebe la existencia del daño, e incluso su relación causal con el incumplimiento por aplicación de la teoría de la causalidad adecuada o de la *conditio sine qua non*, no siempre cabe imputar el mismo a la conducta del deudor pues se habrá de tener en cuenta el fin de protección de intereses que comporta el contrato. No todos los daños que pueda experimentar el acreedor por incumplimiento del deudor, aun probados, son indemnizables, pues sólo lo serán aquellos en los que se cumplan determinadas exigencias jurídicas y, entre ellas, en el ámbito subjetivo, que se trate de un deudor doloso en los términos a que se refiere el artículo 1107, párrafo segundo, del Código Civil, en cuanto hace al mismo responder frente al acreedor de todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación. Con independencia de la amplia discusión doctrinal acerca de la distinción entre el deudor de buena y de mala fe, esta Sala ha declarado en sentencia de 10 de marzo de 2009 que, según reiterada jurisprudencia, no pueden imputarse objetivamente al deudor todos los daños conocidamente derivados de la obligación (art. 1107 CC), pues para ello es exigible que la sentencia de instancia haya declarado expresamente el carácter doloso del incumplimiento, cosa que no ocurre en el caso examinado. El carácter doloso en el incumplimiento ha de comportar no sólo la voluntad de incumplir sino también la conciencia de que tal incumplimiento no está amparado por la ley ni por el contrato, situación que no cabe predicar de la conducta de las hoy recurrentes. En consecuencia, los daños y perjuicios de los que había de responder el deudor eran, en este caso, los previstos o los que se hubieran podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que fueran consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento (arts. 1106 y 1107, párrafo primero, del Código Civil); en suma, aquellos que estuvieran dentro de la órbita del contrato o del fin de protección de intereses amparados por el mismo. En el caso ahora enjuiciado la consecuencia perjudicial para el acreedor no sólo estaba ausente del fin de protección del contrato, sino que además no cabe encuadrarla en el concepto de daños y perjuicios previsibles y necesariamente vinculados al incumplimiento en los términos a que se refiere el artículo 1107 CC, pues se sitúa en un ámbito que resulta absolutamente extraño al propio contrato, como es el destino que el vendedor iba a dar al precio recibido, por lo que el motivo debe ser estimado. (STS de 17 de marzo de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En fecha 15 de noviembre de 2001, la entidad P. vendió a D. y C. una finca acordando el pago del precio en tres plazos. Ante el incumplimiento de dos de ellos, la entidad P. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Valencia solicitando la resolución del contrato de compraventa y la condena solidaria de las entidades demandadas a indemnizar a la actora en cerca de un millón de euros.

El Juzgado estimó en parte la demanda, rescindió el contrato y condenó a las sociedades demandadas a indemnizar a la actora en 800.000 euros. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Valencia la revocó, pero sólo en el sentido de estimar la cuantía indemnizatoria en cerca de 400.000 euros. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar en parte al mismo y absolvió a las entidades demandadas de la obligación de indemnizar. (A. S. C.)

**18. Rescisión por fraude de acreedores. Presupuestos: insolvencia y fraude.**—El primer motivo del recurso denuncia la infracción de lo dispuesto por el artículo 1111 CC, en relación con los artículos 1297 y 1291-3.º del mismo Código, pues entiende la parte recurrente que la sentencia impugnada no declara que los contratos rescindidos se hayan realizado beneficiando a un tercero o con ánimo de perjudicar al acreedor, que no se hace referencia a la existencia de una sentencia condenatoria previa sino a un simple auto que acuerda despachar ejecución, que tampoco se afirma que no existieran otros bienes en el patrimonio de la entidad deudora por lo que quedara minorada su solvencia y que la parte actora tenía como garantía de cobro el precio de venta que la demandada CIP —antes GIPC— había de obtener de sus compradores, sin que tenga trascendencia el hecho de que la deudora hubiere sido declarada posteriormente en estado legal de suspensión de pagos. El motivo ha de ser desestimado pues ninguna infracción legal se ha producido en relación con las citadas normas del Código Civil que, por el contrario, han sido rectamente aplicadas. El artículo 1111 permite a los acreedores impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho; el 1291, apartado 3.º, considera rescindibles los contratos celebrados en fraude de acreedores cuando estos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba y, por último, el artículo 1297 presume fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquél contra el que se haya expedido mandamiento de embargo de bienes, situación que es la que se ha producido en el caso presente. En este caso, ha quedado acreditada tanto la existencia de un mandamiento previo de embargo contra los bienes de la demandada como las enajenaciones de bienes llevadas a cabo con posterioridad por ésta a la otra demandada GPR, perjudicando así los derechos de la acreedora que no ha podido obtener la satisfacción de su crédito, situación de la que eran partícipes ambas contratantes. La presunción de existencia de fraude, de carácter *iuris tantum*, comporta la necesidad para quien resulta afectado por ella de acreditar la inexistencia de tal fraude, singularmente mediante la acreditación de la existencia de otros bienes en los que el acreedor podía hacer efectivo su crédito, sin que este último —beneficiado por la presunción— resulte obligado a ello.

**Requisito del *consilium fraudis*.**—El requisito del *consilium fraudis* viene establecido por la Audiencia con datos sumamente relevantes como son la identidad de personas que representan a las partes en los contratos fraudulentos, que actúan además por medio de otras sociedades. La sentencia de esta Sala de 25 junio 2010, Rec. 2160/2005, afirma que el propósito de defraudar (*consilium fraudis*) ha de concurrir tanto en el que enajena como en quien adquiere la cosa objeto de la enajenación (STS de 20 octubre 2005), pero tal exigencia ha sido flexibilizada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, bastando la conciencia de que se puede ocasionar

dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora (SSTS de 12 de marzo, 21 de abril y 13 de mayo de 2004; 19 de julio y 25 de noviembre de 2005; y 25 de marzo de 2009, entre las más recientes). El *consilium fraudis* se entiende de manera amplia como «conciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor» (SSTS de 31 de diciembre de 2002; 12 de marzo y 21 de junio de 2004; 25 de noviembre de 2005; 19 de noviembre 2007). Basta que el deudor –enajenante– haya conocido o debido conocer la eventualidad del perjuicio (SSTS de 31 de diciembre de 2002, 30 de octubre de 2006, 19 de noviembre de 2007, entre otras). Pero se requiere también la complicidad o el conocimiento de la persona con quien se contrata (STS de 20 de octubre de 2005). Para este conocimiento resulta suficiente la conciencia de causar daño o perjuicio –*scientia fraudis*– (SSTS de 15 de marzo de 2002; 17 de julio de 2006; 30 de abril y 19 de noviembre de 2007; 19 de mayo y 20 de junio de 2008; y 28 de mayo de 2009). **(STS de 23 de marzo 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.–En fecha 27 de abril de 2000, PCPA vendió una serie de fincas a GIPC. Tras el impago del precio de la compraventa, el día 21 de junio de 2000 un Juzgado de Primera Instancia despachó ejecución de sentencia contra los bienes de la compradora. Con posterioridad, los días 26 de junio y 2 de octubre de 2000, la empresa GIPC vendió las fincas a GPR y, más adelante, el auto de fecha 29 de diciembre de 2004 dictado por otro Juzgado declaró GIPC en suspensión de pagos y mandó embargar sus bienes. PCPA interpuso demanda contra las empresas GIPC y GPR por la que solicitó la rescisión de las compraventas de fechas 26 de junio y 2 de octubre de 2000 por fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia núm. 42 de Madrid desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la sentencia de 16 de febrero de 2007 de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid lo estimó, tras constatar que las mismas personas físicas que representaron a GIPC en la compraventa de 27 de abril de 2000 intervinieron después por cuenta de GIPC y GPR en los contratos de fecha 26 de junio y 2 de octubre de 2000 a través de sociedades interpuestas. Las empresas GIPC y GPR recurren en casación por considerar que no concurren los presupuestos de la acción rescisoria y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

**19. Cesión de contrato. Necesidad de consentimiento del contratante cedido.**–Una de las partes contratantes puede hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones sinalagmáticas si éstas no han sido todavía cumplidas y la otra parte (contratante cedido) prestó consentimiento anterior, coetáneo o posterior al negocio de cesión (SSTS de 28 de abril de 1966, 6 de marzo de 1973, 25 de abril de 1975 y 26 de noviembre de 1982). Como señala la STS de 29 de junio de 2006, la cesión del contrato implica la transmisión de la relación contractual en su integridad, que sin afectar a la vida y virtualidad del contrato que continúa en vigor, mantiene sus derechos y obligaciones con los que son continuadores de los contratantes (STS de 4 de abril de 1990) y la primitiva relación contractual se amplía a un tercero, pasando al cesionario sus efectos (STS de 4 de febrero de 1993). Su esencia es, pues, la sustitución de uno de los sujetos

del contrato y la permanencia objetiva de la relación contractual (SSTS de 19 de septiembre y 27 de noviembre de 1998). Por lo cual, es evidente que requiere el consentimiento del contratante cedido; es, pues, necesaria la conjunción de tres voluntades contractuales (STS de 5 de marzo de 1994).

**Cesión de contrato. El cedente deja de poder resolver el contrato cedido.**—Operada la cesión, el cedente deja de ser parte en el contrato siendo íntegramente sustituido por el cesionario en los derechos y obligaciones derivados del mismo, por lo que carece de la facultad resolutoria desde el preciso momento en que alcanza efectividad la cesión. (STS de 26 de mayo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don Ezequiel celebró un contrato de opción de compra con la empresa Urbanizadora E.C., S.A., cediendo con posterioridad aquél su posición en el mismo a favor de la empresa V.N., S.L.

Don Ezequiel demandó a la empresa, solicitando la declaración de la resolución del contrato y la condena de ésta al pago de los daños y perjuicios causados por su incumplimiento, con los intereses legales y costas, ante lo que la demandada se opuso alegando su falta de legitimación activa al haber cedido a tercero la titularidad de la relación jurídica dimanante del contrato.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La sentencia fue apelada por la demandada y la Audiencia Provincial estimó el recurso, revocando la sentencia del Juzgado, desestimando la demanda y absolviendo a la empresa. Contra esa sentencia, el demandante recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

**20. Resolución contractual: cambio de las condiciones urbanísticas de la finca vendida.**—A la hora de enjuiciar si cabe o no la acción de resolución del contrato ejercitada por el comprador de una finca que posee limitaciones urbanísticas en cuanto a su edificabilidad, lo decisivo es la posibilidad que haya tenido el adquirente de conocer dichas limitaciones antes de comprarla y la diligencia empleada por él para llegar a tal conocimiento. Así, no puede afirmarse que la buena fe exigible, como comportamiento honesto y leal en los tratos, imponga un especial deber de información de los vendedores que venga a coincidir con la información que pueda obtenerse mediante la consulta de los Registros y de las Oficinas Públicas que la dispensan, entre otras razones, porque la misma buena fe exige también en la contraparte un comportamiento diligente. En cambio puede y debe poseer relevancia el deber de información del vendedor en dos grupos de casos: Primero, cuando haya circunstancias o condiciones que estén en contradicción o que supongan modificación o alteración de hecho de cuanto se refleje en los Registros o Archivos (por ejemplo, se halla pendiente una modificación del plan, o una decisión sobre su validez que conozca ya la parte vendedora pero que no haya trascendido aún al Registro). Segundo, cuando la parte vendedora, mediante maquinaciones o insidias, consigue convencer a la compradora de que, no obstante la información urbanística pública, se dan en el caso otras condiciones que incitan a la adquisición. (STS de 16 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]



HECHOS.—La parte compradora, una sociedad dedicada a la promoción inmobiliaria, pide la declaración de ineficacia del contrato de compraventa de una finca, considerada por ambas partes contratantes como solar edificable, pero que en realidad ya no lo era en el momento de la perfección del contrato a causa de una actuación municipal que las dos partes contratantes ignoraban, pese a que pocos días antes la compradora había pedido información al Ayuntamiento correspondiente y se le había facilitado un plano en el que la finca sí aparecía como edificable. La sentencia de primera instancia desestima la demanda de la compradora. Interpuesto recurso de apelación por la actora, el tribunal de segunda instancia lo acoge y revoca la sentencia apelada. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los codemandados. (*Alma R. G.*)

**21. Compraventa con eficacia diferida al otorgamiento de una licencia urbanística. Obligaciones a plazo y condicionales.**—Las obligaciones a plazo a que se refiere el artículo 1125 CC son aquéllas para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto, que es el que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo, de modo que si la incertidumbre consiste en si ha de llegar o no el día, la obligación es condicional y se regirá por las normas propias de las obligaciones de tal clase.

En la compraventa cuya plena eficacia se difiere al momento de otorgamiento de una licencia urbanística su calificación no puede ser de un término, que es un hecho futuro y objetivamente cierto del que depende la eficacia, sino de condición, como hecho futuro y objetivamente incierto; la concesión por la Administración local de una licencia de obras no puede tenerse por algo objetivamente cierto, sino que es cuestión *incertus an et incertus quando*. Las obligaciones del contrato despliegan su eficacia, y sólo si no se obtiene la licencia se extingue la eficacia retroactivamente, es decir, se resuelven las obligaciones ya que la condición afecta a la totalidad del contrato y las obligaciones que de él derivan. Asimismo, es condición resolutoria negativa, en el sentido de que es la falta de la licencia la que resuelve el contrato. Todo ello, en el plazo previsto. Si no se fija plazo, debe reputarse cumplida y por tanto, resuelto el contrato, en el tiempo que verosímelmente se hubiese querido señalar, como dice el artículo 1118, segundo párrafo (SSTS de 5 de febrero de 1996, 25 de marzo de 2002 y 22 de julio de 2003). (**STS de 31 de mayo de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don Aquilino y doña Beatriz, como vendedores, y don Adolfo, como comprador, celebraron un contrato de compraventa sobre una finca rústica propiedad de los primeros, haciendo constar que la misma estaba catalogada en gran parte como suelo urbanizable. A la firma del contrato se entregan 60.000 euros y el resto del precio se entregaría al momento de otorgar escritura pública de compraventa. Se especifica que el Sector-5, en el que se inserta la finca, debe ser desarrollado mediante un Plan de Actuación Urbanizadora (PAU) y Plan Parcial, a tenor del Plan de Ordenación Municipal, y que en un plazo máximo de 90 días contados desde que se produzca la aprobación de dichos Planes ambas partes firmarán escritura pública; y para el caso de que, en el plazo de un año



contado desde la firma del contrato no se hubiesen aprobado los Planes, el comprador tendría la facultad de rescindir el contrato, procediéndose por parte de don Aquilino a la devolución a don Adolfo de la cantidad recibida.

Faltando pocos días para que se cumpliera un año desde la celebración del contrato, el comprador se dirigió por carta a los vendedores requiriéndoles a fin de que le informaran sobre el estado de tramitación de los Planes. Los vendedores requirieron notarialmente al comprador para el otorgamiento de la escritura pública y pago del resto del precio con apercibimiento de que, en caso contrario, considerarían resuelto el contrato, a lo que contestó el comprador oponiéndose a ello al no haber sido aprobado el PAU y Plan Parcial a que se refería el contrato. Se hizo constar por acta notarial la presencia de ambas partes en la Notaría sin que se llegara a formalizar la escritura pública, ni a pagar por parte del comprador el resto del precio.

Los vendedores don Aquilino y doña Beatriz interpusieron demanda contra el comprador don Adolfo, interesando que se dictara sentencia por la cual se declarara resuelto el contrato de compraventa.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la resolución del contrato. Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la Audiencia Provincial lo desestimó parcialmente. Don Adolfo recurrió en casación contra esa sentencia, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

**22. Resolución por incumplimiento contractual. El vendedor no puede instarla únicamente por no haberse pagado el precio en el tiempo establecido, pues el comprador puede pagar mientras el vendedor no le requiera de pago.**—A tenor de la jurisprudencia más reciente (SSTS de 2 de febrero de 2005, 9 de julio de 2007 y 13 de febrero de 2009), la estrecha conexión existente entre la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas y el precepto que regula su ejercicio por el vendedor en supuestos de compraventa de inmuebles por precio aplazado, impone que el incumplimiento del comprador que constituye su presupuesto sea grave o sustancial, lo que no exige una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento pero sí que su conducta origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte (SSTS de 9 de julio de 2007, con cita de las de 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo y 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, y 20 de septiembre, 31 de octubre y 22 de diciembre de 2006), cosa que ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit [art. 7.3.1 (2.b)], cuando se «priva sustancialmente» al contratante, en este caso, al vendedor, «de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato», encontrándose sin duda entre sus lógicas expectativas el cobro del precio acordado en el tiempo, lugar y forma que se hubiera estipulado, pues, no en vano, constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el comprador (art. 1500 CC, en relación con el art. 1445 CC). En todo caso, la singularidad del artículo 1504 CC conlleva

que no pueda otorgarse validez a la resolución instada por el vendedor por el mero hecho de no haberse pagado el precio en el tiempo establecido; dado que el comprador se encuentra facultado para pagar incluso después de expirar el término estipulado en el contrato mientras el vendedor no le haya requerido de pago, judicialmente o por acta notarial. (STS de 14 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Las empresas P., S.L., como vendedora, y F.A., S.L., como compradora, suscribieron un contrato de compraventa sobre una finca, pactándose que el precio se pagaría en tres pagos, a la firma del contrato, en concepto de señal y a cuenta del precio; durante el mes de octubre de 2003, y durante el mes de febrero de 2004. El mes de octubre de 2003 finalizó sin que la parte compradora hubiera satisfecho el segundo de los pagos estipulados. No obstante, mediante burofax enviado a la vendedora la compradora manifestó su voluntad de satisfacer dicha suma en el acto de otorgamiento de la escritura pública, ofrecimiento que fue aceptado por la entidad vendedora. A pesar de lo anterior, la vendedora instó la resolución del contrato privado por impago mediante requerimiento notarial y posteriormente papeleta de conciliación con el mismo fin.

La entidad compradora demandó a la vendedora en ejercicio de acción de cumplimiento del citado contrato y de condena al otorgamiento de escritura pública. La vendedora se opuso y formuló reconvencción con fines resolutorios por impago del precio.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, estimando la reconvencción, al entender que a primeros de noviembre existía una situación objetiva de impago exclusivamente imputable a la parte compradora. La sentencia fue apelada por la compradora demandante y la Audiencia Provincial estimó el recurso, revocando la sentencia del Juzgado, estimando la demanda y rechazando la reconvencción, sobre la base de que la parte vendedora no estaba en disposición de resolver válidamente el contrato cuando lo intentó, pues el requerimiento notarial fue posterior a su propia aceptación de un aplazamiento en el otorgamiento de la escritura, y el intento en acto de conciliación fue posterior a su previo incumplimiento, al negarse a otorgar escritura pública. Contra esa sentencia, la vendedora demandada recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

**23. Donación con cláusula de reversión: producido el evento reversional y habiendo edificaciones en la finca donada se aplica el artículo 353 CC y revierte al donante con sus edificaciones. No procede la aplicación del artículo 361 CC ni la liquidación del estado posesorio.**—La cuestión que debe resolverse se centra en la aplicación del artículo 361 CC, accesión inmobiliaria en suelo ajeno con materiales propios que da derecho a una opción por parte del dueño del terreno: liquidación del estado posesorio o compraventa o arriendo (que estudia con detalle la sentencia de 15 de febrero de 1999). No es éste el caso. La donación con cláusula de reversión, que contempla el artículo 641 CC, es una restricción a la donación, que consiste en que producido el evento reversional se da el mecanismo recuperatorio que determina automáticamente la readquisición por parte del donante (a

no ser que la reversión sea a favor de un tercero). Pero mientras no se dé dicho evento, el donatario es propietario de lo donado, por lo que no puede pensarse en que se ha edificado en terreno ajeno: el terreno era propio y no cabe aplicar por analogía el artículo 361 que se ha dictado para otro básico presupuesto.

La cláusula de reversión, en el caso y en la finca de autos, tiene la siguiente redacción: «La cesión o donación del solar indicado se hace a dicha entidad cesionaria para la construcción por esta última de una sucursal del colegio de huérfanos de ... y con la condición de que las obras del mismo han de comenzarse a construir en el terreno cedido, dentro de un año a contar desde la fecha de esta escritura y de que, si pasado ese tiempo, no llegase a construirse o no se usase por la institución donataria de tales terrenos al fin indicado, revertirán nuevamente al Excmo. Ayuntamiento..., quedando nula y sin ningún efecto la cesión de dichos terrenos.»

El evento reversional se produjo a partir de 1983 cuando dejó de usarse la finca al fin indicado de impartir enseñanza como colegio, como dice la sentencia firme de 28 de mayo de 1990 que declaró el derecho de reversión.

Hemos de advertir la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 18 de junio de 1990 y 27 de febrero de 1993 en cuyas cláusulas de reversión se hacía constar que revertiría el terreno «automáticamente y de pleno derecho... con todas sus pertenencias y accesiones», «en las mismas condiciones de gratuidad en que se hizo la donación». En la de autos –escritura de 28 de marzo de 1945– tal como se ha transcrito, se dice: «revertirán nuevamente... quedando nula y sin ningún efecto la cesión de dichos terrenos».

De tal doctrina lo que hemos de reiterar es la gratuidad de la donación y la gratuidad de la reversión: el donatario si no cumple, porque no quiere o porque no puede, lo que condiciona la donación y se da el evento reversional no puede exigir al donante (o al tercero a quien se debe la reversión) lo que haya hecho que puede ser de un alcance económico inalcanzable. El decir, el donatario a quien se le aplica la reversión, debe devolver lo donado, sin tener derecho a exigir una liquidación posesoria ni, mucho menos, una aplicación del artículo 361 CC. En todo caso, la aplicación lo será del principio *superficies solo cedit* que proclama el artículo 353 del Código civil con carácter general, a favor del donante. (STS de 27 de enero de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.–El Ayuntamiento de P. ejerció tres acciones frente a la Asociación Colegio de Huérfanos ... La primera, reivindicatoria de un terreno donado años atrás a la Asociación con cláusula de reversión si los terrenos no se usaban para los fines para los que fueron cedidos. La segunda, de deslinde para delimitar correctamente la finca objeto de la reivindicación anterior. Por virtud de la tercera acción se solicitaba la declaración del derecho de accesión del Ayuntamiento respecto de las edificaciones construidas sobre la finca sin derecho de indemnización del colegio demandado. El colegio reconvino pidiendo indemnización consistente en el «valor actual» de las edificaciones y declaración del derecho de accesión del suelo sobre el que se encontraban construidas las edificaciones de su titularidad. La Audiencia confirmó la estimación de la acción reivindicatoria previo el deslinde interesados en la demanda. Declaró, además, el derecho de accesión del Ayuntamiento respecto de las edificaciones construidas en la finca y el derecho del colegio a

percibir una indemnización consistente en los gastos de construcción de los edificios debidamente actualizada. Formuló recurso por infracción procesal y de casación el Ayuntamiento y el Tribunal Supremo estimó ambos lo que, desde el punto de vista sustantivo, supuso para el colegio la pérdida de la indemnización establecida por la Audiencia. (R. G. S.)

**24. Arrendamientos urbanos sometidos al Real Decreto-ley 2/1985. Posibilidad de sometimiento a prórroga forzosa si así se pacta de modo expreso, aun implícitamente.**—Aunque tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/1985 se produjo la supresión del régimen de prórroga forzosa que, para los arrendamientos urbanos, imponía el artículo 57 TRLAU 1964, nada impide que las partes, en uso de su libertad contractual, puedan establecer cláusulas o pactos que impliquen el voluntario sometimiento al referido régimen. En tal caso, es necesario que exista un acuerdo expreso de sometimiento, ya que, en caso contrario, hay que estar a la norma general, la duración del contrato por el tiempo convenido. El referido acuerdo, en general, debe existir en el contrato explícitamente, aunque cabe deducir la existencia de sometimiento del arrendador a la prórroga de modo implícito, que no tácito, de los propios términos del contrato, sin que exista una cláusula específica, pero, aun en estos casos la deducción de duración y sometimiento a la prórroga forzosa debe ser clara y terminante (SSTS de 9 de septiembre de 2009 y 7 de julio de 2010). (STS de 30 de mayo de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La entidad R.B., S.L., presentó demanda de desahucio contra don Ceferino, sobre la base de que el plazo del contrato de arrendamiento de vivienda celebrado entre el anterior propietario del inmueble y el ahora demandado, el 1 de diciembre de 1990, había expirado. Manifestó que había remitido al arrendatario un burofax, en el que le manifestaba su voluntad de poner fin al contrato por expiración de plazo, ya que se había consumido el plazo de la última tácita reconducción prevista en el artículo 1566 CC, de conformidad con la disposición transitoria 1.ª LAU 1994. El arrendatario se opuso al considerar que el contrato de arrendamiento estaba sometido al régimen de prórroga forzosa regulado en el TRLAU 1964.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, considerando que el contrato de arrendamiento no estaba sometido a la regulación prevista en el TRLAU 1964 y que en el texto del contrato se había establecido una duración para el arrendamiento de cinco años, pero la voluntad de las partes fue la de someter el contrato, en cuanto a su duración, al régimen de prórroga forzosa. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial lo estimó, entendiendo que tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/1985, los arrendamientos celebrados bajo su vigencia únicamente estarían sometidos al régimen legal de prórroga forzosa previsto en el artículo 57 TRLAU cuando así lo hubieran establecido los contratantes de manera expresa, lo que en el caso no se había producido; de modo que transcurridos los cinco años de duración pactados, en aplicación de la DT 1.ª LAU 1994 el contrato se sometió a la tácita reconducción de tres años, y a partir de entonces a la

tácita reconducción anual, por lo que el plazo del contrato había expirado y debía estimarse la demanda. Contra esa sentencia, el demandado recurrió en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

**25. Actualización de la renta de arrendamiento de vivienda sujeto a la LAU de 1964 conforme a la disposición transitoria 2.ª LAU de 1994: valoración del silencio del arrendatario ante el requerimiento del arrendador.**—La falta de contestación al requerimiento efectuado por el arrendador ha suscitado la cuestión relativa a determinar el alcance de este silencio:

i) Algunas AAPP consideran que el arrendatario acepta tácitamente la actualización de renta cuando no comunica por escrito al arrendador su oposición a ella dentro del plazo de treinta días a la recepción del requerimiento de actualización. En defensa de este criterio se aduce que, con carácter general debe entenderse aplicable lo dispuesto en el artículo 101 LAU 1964, ya que el apartado 1.º de la disposición transitoria 2.ª LAU 1994 establece que los contratos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 continuarán rigiéndose por la ley arrendaticia derogada, salvo las modificaciones introducidas por el régimen transitorio. El referido artículo 101 LAU 1964 preveía, dentro del capítulo destinado a la modificación de la cuantía de la renta, que una vez hubiera el arrendador notificado por escrito al arrendatario la cantidad que, a su juicio, debía pagar éste como aumento de renta y la causa de ello, el arrendatario tenía un plazo de treinta días para contestar si aceptaba o no la obligación de pago propuesta, interpretándose su silencio como aceptación tácita. En tal caso, así como en el supuesto de aceptación expresa, el arrendador en el siguiente recibo podría girar el incremento y devenía su pago obligatorio, pese a lo cual, en caso de aceptación tácita, el arrendatario podría pedir la revisión y devolución de lo indebidamente pagado en el plazo del artículo 106 LAU 1964, (que era de tres meses y de caducidad).

ii) En otras resoluciones de AAPP, por el contrario, se ha entendido que la falta de oposición del arrendatario a la actualización de la renta en ese plazo de 30 días naturales solo conlleva que se pierde la facultad de impedir la actualización, con la contrapartida de la extinción del arrendamiento a los ocho años y la revisión anual de la renta conforme al Índice de Precios al Consumo, pero no, por sí sola, la aceptación tácita de la actualización pretendida. En definitiva el silencio del arrendatario equivale a los supuestos en los que el arrendatario, aún considerando correcta la actualización, se opone a ella expresamente. (Disposición transitoria 2.ª, D. 11, regla 6.ª LAU).

Con carácter general, cuando en el marco de una relación jurídica preexistente, se lleva a cabo un acto concreto por una de las partes que debería obtener una respuesta de la otra, bien aceptándolo bien rechazándolo, si esta última, pudiendo y debiendo hablar, guarda silencio, ha de reputarse que consiente, en aras de la buena fe. [SSTS de 15 de julio de 2004 (RC n.º 2443/2008), 20 de julio de 2006 (RC n.º 2534/1999)]

Como ya declaró esta Sala en STS de 23 de septiembre de 2008 (RC n.º 2836/2001) «[L]a incompleta y farragosa redacción de las normas examinadas conducen a una solución que tiene un momento de claridad y un desarrollo problemático: el inquilino dispone de treinta días naturales desde que recibe la notificación fehaciente del arrendador (y aquí tiene sentido que se exija la fehacencia) para oponerse sin más, con los efectos de la regla 6.ª,

párrafos primero y segundo; o para demostrar, en caso de que se encuentre en la situación que describe la regla 7.<sup>a</sup>, que los ingresos percibidos por el conjunto de los convivientes hacen improcedente la actualización pretendida por el arrendador. Transcurrido tal plazo sin que se haya formulado oposición, se tendrá al arrendatario por aceptante tácito, pero, en el caso de que sea aplicable la regla 7.<sup>a</sup>, ello no impediría que cupiera la revisión que previene la regla 4.<sup>a</sup> del apartado 2 del artículo 101 TRLAU 1964. Tal y como se produce la composición de intereses en el seno de los preceptos que venimos comentando, la notificación del arrendador se ha de producir de modo que quede constancia de su fecha, y la respuesta del inquilino o del arrendatario parece también exigir certeza y claridad que, en el supuesto de la oposición formulada sin otra razón de apoyo que la mera voluntad del inquilino, se habría de traducir en la carga de comunicar también fehacientemente la oposición. La regla 7.<sup>a</sup> párrafo segundo se refiere a que el inquilino ha de “acreditar” los ingresos y esta expresión parece referirse a algún medio o instrumento que permita advenir o comprobar el supuesto de hecho a que se contrae la regla 7.<sup>a</sup>, lo que claramente desborda la mera manifestación verbal. Pero no se está hablando de comunicación fehaciente en la regla 7.<sup>a</sup> (ni en la 8.<sup>a</sup>), y aunque no se está exactamente en la situación a que se refiere el artículo 101.2.2.<sup>a</sup> TRLAU 1964 (propuesta de elevación por escrito y aceptación o no por escrito en el plazo de treinta días, con aceptación tácita en caso de silencio), del tenor de las reglas 7.<sup>a</sup>, primero y segundo párrafo, podría deducirse que no se exige una notificación fehaciente, sino una suerte de principio de prueba por escrito, una respuesta escrita.»

En definitiva, es criterio de esta Sala que el silencio del arrendatario durante los treinta días siguientes a la notificación fehaciente del arrendador de su voluntad de iniciar, dentro del plazo legalmente previsto, la actualización de la renta, conforme a la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> LAU 1994, equivale a un consentimiento tácito. Ello no impide que conforme a lo dispuesto en el artículo 101.4.<sup>a</sup> en relación con el artículo 106 LAU 1964 pueda el arrendatario pedir la revisión de la renta satisfecha y la devolución de lo indebidamente pagado en el plazo de los tres meses siguientes, si considera que la fijación de la renta actualizada no se ciñe a los parámetros establecidos por la tan citada disposición transitoria 2.<sup>a</sup> LAU 1994. **(STS de 27 de diciembre de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El recurso de casación trae causa de un juicio de desahucio por falta de pago de la renta y cantidades asimiladas a ella de un arrendamiento sujeto a la LAU de 1964. El arrendador había requerido al arrendatario para actualizar la renta en los términos de la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> de la LAU de 1994 sin que éste contestara. Mientras que el Juzgado desestimó la demanda por considerar que el silencio del arrendatario no suponía aceptación de la actualización, la Audiencia estimó el recurso de apelación por estimar que no era posible valorar el silencio del arrendatario como oposición a la actualización de la renta. Formula recurso de casación la parte demandada alegando la existencia de interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el extremo debatido en las instancias inferiores. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y sienta doctrina en la cuestión que se somete a su conocimiento. (R. G. S.)



**26. Arrendamientos urbanos. Actualización de la renta en los contratos de inquilinato sujetos a la LAU de 1964. Posibilidad de exigir la totalidad del incremento a los diez años.**—La actualización de la renta establecida a favor del arrendador y a cargo del arrendatario por la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> D) 11 LAU había de consumarse en un plazo de cinco o diez años, según circunstancias previstas en la norma, lo que suponía un beneficio para el arrendatario, que podía gozar de una actualización gradual a partir del primer vencimiento del contrato posterior a la entrada en vigor de la Ley de 1994, y un derecho potestativo para el arrendador que estaba facultado para incrementar cada año desde esa fecha un 10 por 100 más en la renta a percibir hasta llegar al 100 por 100 de incremento al décimo año. La falta de ejercicio de ese derecho potestativo por parte del arrendador durante las nueve anualidades anteriores, durante las que no exigió incremento alguno, no le impide que, cumplida la previsión legal el transcurso de diez años, pueda exigir la totalidad del incremento correspondiente.

El arrendatario conoció —o debió conocer (art. 6.1 CC)— que la nueva LAU de 1994 concedía al arrendador el derecho a incrementar la renta en determinada cuantía y a hacerlo desde el cumplimiento de la primera anualidad del contrato tras la entrada en vigor de la Ley, por lo que desde ese momento debía realizar las previsiones económicas oportunas para poder adaptarse a esta nueva situación, sin que la actuación del arrendador solicitando la actualización íntegra transcurrido el plazo de diez años suponga en forma alguna la aplicación retroactiva de la norma y, sí por el contrario, un beneficio para el arrendatario que, durante los nueve años anteriores, no sufrió el incremento que legalmente podía haberle aplicado el arrendador. En cualquier caso, subsiste la facultad del arrendatario para —incluso en este supuesto— rechazar la actualización con extinción del contrato en el plazo de ocho años desde el requerimiento formulado en tal sentido.

La tesis contraria conduciría, llevada a sus últimas consecuencias, a que —una vez iniciada la actualización para continuar durante el período previsto por la ley— en caso de que el arrendador omitiera la notificación de la actualización correspondiente a una anualidad no podría en el siguiente año aplicar el porcentaje propio de dicha nueva anualidad, sino que habría de aplicar el fijado para la anualidad en que se produjo tal omisión; lo que abiertamente pugnaría con la doctrina jurisprudencial que, al enjuiciar la aplicación de cláusulas voluntarias de elevación de renta y el montante del coeficiente de elevación correspondiente, proclama que ha de ser tomado en toda su extensión desde que la última elevación hubiera tenido lugar (SSTS, entre otras, de 28 de septiembre de 1994 y 21 de marzo de 1995). **(STS de 12 de mayo de 2011;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

**HECHOS.**—Don Cesáreo y don Argimiro concertaron en 1971 un contrato de arrendamiento sobre una vivienda.

Don Cesáreo interpuso demanda contra su inquilino don Argimiro en ejercicio de acción de actualización de renta, dirigida a obtener una declaración judicial por la que, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria 2.<sup>a</sup>, aptdo. D) 11, LAU 1994, se estime procedente la actualización de la renta al 100 por 100, al haber sido solicitada esta actualización una vez transcurridos diez años desde la entrada en vigor de la actual LAU. El demandado se opuso a la demanda por entender que la renta actualizada mensual que le es exigible transcurridos diez años desde el primer vencimiento del contra-



to producido una vez en vigor la nueva Ley de 1994 será, durante el primer año, el 10 por 100 de la renta actualizada más el 10 por 100 de los gastos de comunidad, y así sucesivamente hasta alcanzar el 100 por 100 de renta actualizada después de diez años.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, acogiendo la tesis mantenida por el demandado en cuanto a la necesidad de un incremento de renta gradual y por años de un 10 por 100 hasta llegar a la totalidad del incremento previsto en la ley en un plazo de diez años. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia del Juzgado y declarando procedente la actualización total de la renta solicitada por el arrendador al haber transcurrido ya los diez años previstos en la citada disposición transitoria. Contra esa sentencia, el demandado don Argimiro recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia de la Audiencia. (F. J. J. M.)

**27. *Dies a quo* para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción de retracto. El conocimiento de la transmisión por parte del retrayente hace innecesaria la notificación.**—La jurisprudencia de esta Sala ha modulado el rigor del mandato contenido en el apartado segundo del artículo 48 LAU de 24 de diciembre de 1964, que constituye el precedente legislativo del actual artículo 25.3 de la vigente ley locativa, afirmando que, no obstante los tajantes términos del precepto, devenía innecesaria la práctica de la notificación en forma cuando aparecía probado que el arrendatario ya había tenido pleno y exacto conocimiento de la venta o transmisión y de sus condiciones, a partir de cuyo momento debía contarse el plazo de caducidad establecido en la norma.

Este criterio jurisprudencial, recogido, entre otras, en las sentencias de 6 de marzo de 2000, 14 de noviembre de 2002, 13 de marzo de 2004, y 14 de diciembre de 2006 y 24 de abril de 2007, mantiene plenamente su vigencia tras la publicación de la Ley 29/94, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, y es aplicable a los retractos ejercitados con arreglo a sus disposiciones, tanto más cuanto el legislador ha hecho desaparecer de la redacción del artículo 25.3 de la vigente ley la expresión *en todo caso* que contenía el artículo 48.2 de la anterior ley de arrendamientos. Se completa, por otra parte, con la doctrina conforme a la cual la publicidad registral del acto traslativo de dominio no desplaza el deber legal impuesto por la norma, ni tiene virtualidad de cara a considerar acreditado el conocimiento completo y exacto de las condiciones de la venta, advirtiendo la jurisprudencia de esta Sala acerca de la claridad y rotundidad del mandato legal, eliminado la ficción del Registro y su consiguiente presunción de conocimiento de los hechos inscritos (Sentencia de 14 de diciembre de 2006, que cita las de 22 de junio de 1962, 6 de febrero de 1965 y 19 de diciembre de 1968).

No se vulnera, por tanto, ninguna doctrina de esta sala respecto al ejercicio de la acción de retracto por cuanto la que aplica la sentencia es la que resulta de las sentencias citadas, y lo que realmente plantea el recurso es una cuestión de hecho, referida a la regla de conocimiento del arrendatario de las condiciones esenciales en que se produjo la compraventa, en contra del criterio de la Sala, lo que no es posible en el marco de este recurso (SSTS 23 de

diciembre 2005; 18 de octubre de 2007, entre otras). **(STS de 8 de noviembre de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS: Don L. acudió al Juzgado solicitando declarase su derecho a retraer la finca adquirida por don N. y doña M. E. y el órgano jurisdiccional accedió a lo pedido interpretando que el requerimiento de denegación de prórroga previo al juicio de retracto no podía equipararse a la notificación fehaciente de la venta o transmisión exigida por el artículo 48 LAU. La apelación de los demandados fue acogida por la Audiencia que consideró que el requerimiento notarial por el que se denegaba al actor la prórroga del arrendamiento dejando constancia a la vez de la titularidad del demandado bastaba para que el arrendatario tuviera conocimiento de la transmisión. El cotejo de las fechas del requerimiento y de interposición de la demanda permitía concluir la caducidad de la acción. El actor interpuso recurso por interés casacional planteando el problema de la determinación del momento en que comienza el cómputo de la acción de retracto. El Tribunal Supremo negó la vulneración de su doctrina aducida por el recurrente y declaró no haber lugar (*R. G. S.*)

**28. Arrendamientos urbanos. Subrogación en el arrendamiento de local de negocio por jubilación prevista en la DT Tercera LAU. Extinción del contrato por jubilación del cónyuge subrogado aun cuando se mantenga como empresario al frente del negocio explotado en el local.**—Bajo el régimen del TRLAU 1964 la duración del arrendamiento de los locales de negocio estaba sujeta a la prórroga forzosa por decisión unilateral del arrendatario a tenor del artículo 57. Entre las causas tasadas de resolución del contrato a instancia del arrendador previstas en el artículo 114 del expresado texto refundido de 1964, no se hallaba la jubilación del arrendatario. Sin embargo, la disposición transitoria 3.<sup>a</sup>, A), aptdo. 1, LAU dispone, en relación con los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985 que subsistan en la fecha de su entrada en vigor, que continuarán rigiéndose por las normas de la LAU 1964 relativas al contrato de arrendamiento de local de negocio, salvo las modificaciones contenidas en los apartados siguientes de la misma disposición transitoria, figurando entre estas modificaciones que los arrendamientos cuyo arrendatario fuera una persona física se extinguirán por su jubilación o fallecimiento salvo que se subrogue su cónyuge y continúe la misma actividad desarrollada en el local.

Los términos jurídicos de jubilación y titularidad de actividad empresarial no son equiparables, pues jubilación es el nombre que recibe el acto administrativo por el que un trabajador en activo, ya sea por cuenta propia o ajena, pasa a una situación pasiva o de inactividad laboral, tras alcanzar una determinada edad máxima legal para trabajar, mientras que el empresario individual (autónomo) es una persona física que realiza en nombre propio y por medio de una empresa una actividad comercial, industrial o profesional, que generalmente se asocia con el autoempleo, dado que el propietario de la empresa es a su vez trabajador en la misma, independientemente de la actividad que desarrolle y del tipo de trabajo que realice. Es decir, es empresario y trabajador al mismo tiempo y por tanto como trabajador resulta afectado por la situación de jubilación, por más que se sitúe al frente de una actividad

empresarial. La regla general es que el disfrute de la pensión por jubilación es incompatible con la realización de trabajos por cuenta ajena/propia o con la realización de actividades para las Administraciones Públicas a excepción de la denominada jubilación flexible que permite compatibilizar ambos conceptos bajo circunstancias muy concretas. Por otra parte, la pensión de jubilación del empresario es compatible con el mero mantenimiento de la titularidad del negocio o establecimiento mercantil, siempre que no lleve a cabo ningún trabajo. Si la arrendataria desea continuar con el arrendamiento de local de negocio, deberá no solicitar la pensión de jubilación en el régimen de trabajadores autónomos. **(STS de 8 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña Camila, doña Florencia, doña Noelia y doña Zulima, como propietarias de un local de negocio, ejercitan una acción de extinción de contrato de arrendamiento, contra doña Rebeca como actual arrendataria, al haberse subrogado en 1995 por la muerte de su marido que en el momento era el arrendatario de dicho local, desde 1953, y lo hacen sobre la base de que la subrogación prevista en la disposición transitoria 3.ª B) 3 LAU para los contratos de arrendamiento de locales de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985 en favor del cónyuge del arrendatario persona física ya se produjo, sin que quepa una nueva subrogación, y que por lo tanto el contrato habría de extinguirse por la jubilación del cónyuge subrogado, lo que se produjo por cumplimiento de los sesenta y cinco años por la demandada, que percibe la correspondiente prestación. La demandada alega que no ha cesado en sus funciones y actividad como empresaria del local citado, estando al frente del mismo, sin que se haya producido su jubilación, ya que se encuentra dada de alta en la Seguridad Social, teniendo a cinco trabajadores dados de alta a su cuenta como empresaria y estando dada de alta en la Agencia Tributaria en el impuesto de actividades económicas. Admite que desde que cumple sesenta y cinco años está cobrando una pensión de vejez, pero que en los trabajadores autónomos la pensión de vejez es compatible con el ejercicio de la actividad empresarial, no pudiéndose por tanto comparar la jubilación administrativa con la que se produce en el cese de la actividad laboral o profesional, produciéndose la causa de extinción cuando se produce la jubilación por el cese en el local de la actividad que en él se desarrolla.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, por considerar que la demandada seguía ejerciendo su actividad empresarial en el negocio que tiene en el local arrendado y que no se daba la causa de resolución de contrato. Interpuesto recurso de apelación por las demandantes, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia de instancia y declarando extinguido por jubilación de la arrendataria subrogada el contrato de arrendamiento de local de negocio. Contra esa sentencia doña Rebeca interpuso recurso de casación, siendo desestimado por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia impugnada. (*F. J. J. M.*)

**29. Retracto arrendaticio sobre local de negocio sometido a la LAU de 1964.**—La jurisprudencia referida por la Audiencia no es aplicable al caso

objeto de debate desde el momento en que la propia sentencia recurrida reconoce que la finca que pretende ser retraída se configura como una unidad independiente. Nada impide, en principio, el ejercicio del retracto porque el demandado haya adquirido otras fincas, también independientes, ubicadas en el mismo edificio, tal y como se expone en las dos sentencias más recientes de esta Sala que sustentan el interés casacional en el que se funda el recurso a las que antes se ha hecho mención. Máxime cuando en la escritura de compraventa, pese a que se da un precio global por la adquisición de los pisos y el local de negocio, aparece cada uno de estos inmuebles perfectamente individualizado. Negar el derecho de retracto ejercitado al amparo del LAU 1964, por producirse una enajenación, en bloque, de varios pisos o locales de un edificio, supondría, como indica la citada sentencia de esta Sala de 8 de abril de 2000, así como también la más reciente de 24 de marzo de 2010 (RC 753/2006), dejar en manos del propietario-arrendador y del nuevo adquirente la facultad de decidir si el arrendatario puede ejercitar o no un derecho que tiene legalmente reconocido.

Aunque la LAU 1994 opta por una solución distinta para el mismo supuesto de hecho en su artículo 25.7, al disponer que «No habrá lugar a los derechos de tanteo o retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble, ni tampoco cuando se vendan de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos y locales del inmueble», el conflicto debe resolverse dentro del marco normativo fijado por el TRLAU 1964, cuyos artículos 47 y 48 regulan el derecho de tanteo y retracto, debido a que el contrato de arrendamiento que vincula a las partes es de fecha 11 de marzo de 1987 (disposición transitoria 4.ª LAU 1994).

La parte recurrente ha ejercitado el derecho de retracto dentro del plazo legalmente establecido. La efectividad del retracto exige la individualización del precio, dado que, conforme a la naturaleza del propio retracto, la determinación del precio se configura como un elemento esencial. En el caso examinado, el precio de venta del local de negocio sobre el que se ejercita el derecho de retracto, no quedó concretado en la escritura de venta, donde únicamente se recoge un precio global por la compra de los diferentes inmuebles que adquirió el aquí recurrido. Para su determinación, se debe acudir, como así hizo el juzgado de primera instancia, al precio establecido en el informe elaborado por el perito judicial que consta en las actuaciones. Tal informe goza de una mayor imparcialidad que la que pueda reconocerse a los dictámenes emitidos por los peritos designados por las partes y, además, ha fijado el precio en atención al valor que tenía del local de negocio en el momento en el que se produjo la venta.

Se debe reiterar como doctrina jurisprudencial que el derecho de retracto reconocido al arrendatario en el artículo 48 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 se ha de considerar aplicable no sólo en los casos en que se venda un único piso o planta destinados a vivienda o local de negocio, sino también en aquellos otros en que el propietario proceda a la agrupación de dos o más pisos o locales y realice la venta conjunta de los mismos por un solo precio. (**STS de 10 de noviembre 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La actora había arrendado un local de negocio situado en un edificio dividido en régimen de propiedad horizontal cuyo arrendamiento —por la fecha de su celebración— quedaba

sometido a la LAU de 1964. El local fue enajenado por la propietaria-arrendadora a la demandada que, posteriormente, adquirió el resto del inmueble donde aquél estaba situado. La actora presentó demanda ejercitando acción de retracto. En ella hacía constar que el precio de venta del local arrendado no podía conocerse ya que se había establecido un precio global de adquisición por un conjunto de inmuebles entre los que se encontraba el que era objeto del retracto y solicitaba, en consecuencia, la determinación pericial del valor de venta. La demandada se opuso aduciendo que al haber adquirido no solo el local sino otros inmuebles situados en el mismo edificio, el retracto no podía prosperar. El Juzgado estimó íntegramente la demanda. La Audiencia estimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora y sienta jurisprudencia en cuanto a los casos en que debe considerarse aplicable el derecho de retracto del artículo 48 del TRLAU 1964. (R. G. S.)

**30. Arrendamiento de local de negocio versus arrendamiento de industria. Diferencias.**—Siguiendo una doctrina jurisprudencial ya asentada, el TS declara que los arriendos de locales para negocio se diferencian de los de industria en que en los primeros lo que se cede es el elemento inmobiliario, mientras que en los segundos el objeto contractual es tanto el local como el negocio instalado y que se desarrolla en el mismo, con los elementos necesarios para su explotación, que conforman un todo patrimonial autónomo (por todas, SSTs de 8 de junio de 1998 y de 7 de julio de 2006). Respecto de este segundo tipo de contrato de arrendamiento, la legislación aplicable ha de ser la contenida en el Código Civil (STS de 18 de marzo de 2009) y, por consiguiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 1565 CC, expirado el plazo inicialmente pactado por las partes y las posibles prórrogas determinadas en el contrato, procede acordar el desahucio del arrendatario por expiración del plazo del contrato de arrendamiento. (STS de 25 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—El presente litigio tiene su origen en la demanda presentada por la compañía mercantil IH contra don R, por la que se solicitaba que se declarara la resolución del contrato de arrendamiento de industria para la explotación de ganado concertado entre las partes y, por tanto, se manifestara que había lugar al desahucio del demandado.

El Juez de primera instancia estima íntegramente la demanda. Entiende que este tipo de contratos se ha de regir por el Código Civil, ya que si bien es cierto, a diferencia de la LAU de 1964, cuyo artículo 3 excluía del ámbito de aplicación los arrendamientos de industria, la LAU de 1994 no los excluye expresamente, pero no por ello han de entenderse incluidos en dicha Ley. El Juez entiende que en los contratos de arrendamiento de industria, a diferencia de los contratos de arrendamiento de local de negocio, no se arrienda exclusivamente el local, sino una industria ya instalada y en funcionamiento. Por tanto, concluye que, por aplicación del artículo 1565 CC, habiéndose pactado por las partes en la estipulación segunda del contrato la duración del mismo hasta el 31 de diciembre

de 2001, así como la posibilidad de prorrogarlo de mutuo acuerdo y constando en actos que la entidad demandante requirió al demandado para que dejase libre la explotación, vencida la prórroga, debe entenderse válido el requerimiento efectuado y expirado el plazo de arrendamiento. Por ello, conforme al artículo 1581 CC, ha lugar al desahucio por expiración del plazo.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandado y confirma la sentencia de primera instancia.

Contra esta sentencia, el demandado interpone recurso de casación alegando la existencia de interés casacional, al considerar que la sentencia recurrida resuelve un punto sobre el que existe jurisprudencia contraria de las Audiencias Provinciales. (*G.M.A.*)

**31. Distinción entre las figuras del acceso a la propiedad y el retracto.**—Según reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 14 de diciembre de 1992; 7 de octubre de 1994; y 24 de septiembre de 1999), en relación al acceso a la propiedad, fallecido el demandante, se extingue el acceso a la propiedad que al mismo pudiera corresponder por su condición de arrendatario, por lo que no es posible, de ningún modo, hacer una declaración o reconocimiento del derecho pretendido en favor del arrendatario fallecido, ni, por consecuencia de ese fallecimiento, a favor de quien pueda ostentar la condición de sucesor en el arrendamiento al amparo del artículo 79 LAR. Sin embargo, esta situación no puede extenderse al retracto, pues son instituciones que no tienen semejanza alguna, dado el evidente carácter personalísimo y, por consiguiente, intransmisible que se predica del acceso a la propiedad a la que la ley asocia el compromiso ineludible de cultivar personalmente las fincas adquiridas durante un mínimo de seis años. Cosa que no sucede con el retracto. Efectivamente, al ejercer el derecho de retraer, se recupera incondicionalmente como propietario aquello que anteriormente se disfrutaba como arrendatario.

**Expiación de la prórroga legal del arrendamiento rústico y extinción del contrato de arrendamiento rústico.**—La Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos prorroga estos arrendamientos por un único y último periodo —hasta el 31 de diciembre de 1997—, durante el cual el arrendatario podrá ejercer el derecho de acceso a la propiedad. El TS traza una clara diferencia entre la determinación de la fecha de finalización del derecho del arrendatario a acceder a la propiedad y la extinción del contrato, declarando que la expiración de la prórroga legal del primero no produce la extinción automática del contrato de arrendamiento rústico, pues puede haber existido tácita reconducción. En definitiva, la Ley 1/1992, de Arrendamientos Rústicos Históricos modifica la Ley 83/1980, de Arrendamientos Rústicos únicamente en lo que respecta al derecho de acceso a la propiedad del arrendatario y al complemento indemnizatorio por abandono. En todo lo demás, los arrendamientos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos siguen rigiéndose por la misma, que es la que determina el régimen jurídico de aquéllos, salvo en lo que respecta al tiempo de duración, que es el propio de la tácita reconducción del contrato de arrendamiento en el que se mantiene la relación arrendaticia y en cuya situación no pierde la condición de arrendatario que le permite ejercer el derecho de retracto, por no prohibirlo la citada



Ley de Arrendamientos Rústicos. (STS de 22 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El procedimiento se inicia por demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de retracto de fincas rústicas, al ser el demandante arrendatario de arrendamiento rústico histórico y haberse enajenado las fincas arrendadas al demandado, sin habersele notificado previamente. La demandada niega la condición de cultivador personal al demandante, así como la posibilidad del derecho de retracto, ya que habiendo transcurrido el plazo de prórroga legal de la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos sin ejercitarse el acceso a la propiedad, el contrato por tácita reconducción quedaba sujeto al derecho común, que no contempla dicho derecho de retracto.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda porque considera que ha quedado acreditada la condición de cultivador personal del demandante, así como su derecho de retracto sobre las fincas, ya que no puede entenderse que se esté ante la tácita reconducción, sino en el supuesto contemplado en el artículo 4 de la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos.

Formulado recurso de apelación por la demandada, se dicta sentencia desestimatoria, confirmando en todos sus extremos la sentencia de primera instancia. Argumenta esta sentencia que la aportación documental no se ha producido extemporáneamente, al tiempo que considera que no se está ante una situación de tácita reconducción, sino de prórroga del contrato, que no se ha extinguido. (G. M. A.)

**32. Contrato de obra. Legitimación activa del promotor para demandar a contratista y técnicos aun cuando haya transmitido la propiedad de la obra.**—La jurisprudencia del artículo 1591 CC admite reiteradamente la legitimación activa del promotor frente al contratista y técnicos intervinientes en el proceso constructivo, no sólo para el caso de que continúe siendo propietario de la edificación, sino también cuando los posteriores adquirentes le hubieran reclamado, de forma fehaciente, la reparación de los daños sobrevenidos a la construcción. Por lo que el promotor arrendador puede, legítima y legalmente, eludir esta responsabilidad demandando anticipadamente al ejecutor material, para que éste se responsabilice de su conducta incumplidora, origen del defecto constructivo (SSTS de 17 de julio de 1990, de 7 de noviembre de 2005 y de 20 de diciembre de 2007).

**Contrato de obra. Compatibilidad del ejercicio de las acciones derivadas de los defectos constructivos y de las resultantes del contrato.**—Es doctrina reiterada de esta Sala la de la compatibilidad de la acción derivada de la existencia de vicios ruinógenos del artículo 1591 CC con las de cumplimiento o resolución contractual del artículo 1124 CC, o incumplimiento o cumplimiento defectuoso del artículo 1101 CC y, por tanto, acumulables en su ejercicio (SSTS de 19 de mayo de 1998, de 2 de octubre de 2003 y de 30 de junio de 2006, entre otras muchas). (STS de 28 de febrero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]



HECHOS.—La promotora EISA formuló demanda por vicios ruínógenos frente a LEP, empresa encargada de los proyectos y de la dirección facultativa, la constructora ACS y frente a don Adriano y don Alonso como redactores de los proyectos básicos y de ejecución de la construcción de un centro comercial, solicitando que se condenase a todos solidariamente a la realización de las obras de reparación necesarias, así como a la realización de un proyecto adecuado y a la indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a los demandados. La Audiencia Provincial de Vizcaya estimó el recurso de apelación interpuesto por don Adriano y don Alonso y los absolvió de la demanda formulada contra ellos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación de las empresas condenadas. (*L. A. G. D.*)

**33. Ley de Ordenación de la Edificación: obligaciones tanto para el director de la obra, como para el director de la ejecución.**—Son aquéllas que tienen como punto de partida el proyecto que define la obra, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas; así como, las obligaciones contraídas con el promotor en virtud del encargo recibido de procurar una edificación no solo ajustada a la normativa técnica obligatoria propiamente dicha, sino al conjunto de la normativa reguladora del sector de actividad profesional de que se trate (STS de 13 de marzo 2008).

**El promotor: alcance de su intervención en el proceso edificativo.**—El promotor como agente que también es de la edificación, según el artículo 9 LOE, tiene una eficaz y decisiva intervención en el proceso edificativo, intervención que es continuada y parte desde la adquisición del solar y cumplimiento de trámites administrativos y urbanísticos para la edificación hasta llegar a presentar en el mercado un producto que debe ser correcto (STS de 13 de marzo 2008). (**STS de 6 de abril de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La entidad demandante, en su condición de promotora y constructora, contrató a los demandados, dos arquitectos superiores y un arquitecto técnico, para la elaboración del proyecto y la dirección técnica facultativa y de ejecución de la construcción de dos viviendas en una parcela de su propiedad. Al estar las obras prácticamente concluidas, el Ayuntamiento al que pertenecía la parcela, luego de constatar la falta de adecuación de la obra al proyecto y parámetros urbanísticos requeridos, concluyó que la obra, en esas condiciones, no era legalizable.

La parte actora interesó la condena solidaria de los demandados al pago de una indemnización de daños y perjuicios por negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones propias de su cargo y cometido. Su demanda no prospera en ambas instancias. El TS no da lugar al recurso de casación al quedar probado que el demandante participó en la obra no solo como promotora sino como contratista y que en el transcurso de su ejecución tomó numerosas decisiones que supusieron alterar sustancialmente lo proyectado, con evidente incumplimiento del régimen urbanístico aplicable al terreno en cuestión. (*I. D. -L.*)

**34. Recurso de casación. Imposibilidad de revisar los hechos fijados por la sentencia recurrida.**—Es doctrina de la Sala 1.<sup>a</sup> TS (SSTS de 11 de diciembre de 2008 y 15 de junio de 2009) que la casación no es una tercera instancia, ni permite revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación de la norma jurídica a la cuestión de hecho.

La LEC ha reforzado el carácter extraordinario del recurso de casación, limitado a los aspectos sustantivos y ajeno a la revisión de la valoración de la prueba o a supuestos defectos de motivación o congruencia de las sentencias, pues deslinda los aspectos sustantivos de los procesales y reserva al recurso de casación comprobar la correcta aplicación del Derecho sustantivo a la cuestión de hecho. **(STS de 16 de marzo de 2011;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios ejerció la acción de responsabilidad por ruina del artículo 1591 CC y la acción de responsabilidad contractual; en la demanda solicitó la condena a la constructora promotora a reparar o indemnizar los vicios y defectos descritos en el informe pericial que se aportaba.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda.

La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación. Consideró, en esencia, que, salvo uno de los defectos denunciados, el resto debían ser indemnizados, dado que se había acreditado que la construcción de las viviendas fue muy deficiente y ante la generalidad de los defectos cuya existencia fue probada durante la tramitación del pleito, los vicios que se denunciaban tenían la naturaleza de ruínógenos.

El Tribunal Supremo no entra en el fondo del asunto y desestima los dos motivos en los que se basa el recurso de casación porque en la formulación de cada uno de ellos la parte recurrente prescinde de los hechos probados en que se asienta la decisión que impugna y denuncia una serie de defectos que afectan a la motivación y congruencia de la sentencia.

Y así, en el primer motivo la recurrente aduce que no han quedado objetivamente acreditados diferentes defectos de construcción por cuya existencia ha sido condenada.

No obstante, observa el Alto Tribunal, el argumento esencial en que se apoya la parte recurrente es que ninguno de los supuestos defectos a que viene obligada a reparar o indemnizar puede ser catalogado como de ruina, ya sea física o funcional. Para realizar tales afirmaciones, la recurrente se aparta de los hechos que han quedado probados para la Audiencia Provincial y de los argumentos jurídicos que se ofrecen en la sentencia recurrida; en ésta se valora como muy deficiente la construcción de las viviendas y se considera acreditada la existencia de tal número de defectos que la construcción debe ser calificada de ruínógena.

También en este motivo, continúa el TS, la recurrente pretende poner de manifiesto una supuesta incongruencia de la sentencia, al denunciar que la Audiencia Provincial ha estimado en parte la demanda haciendo uso de la doctrina de la inhabilidad del objeto, cuando ésta no ha sido alegada por la comunidad de propietarios demandante.

Alega, además, que no se puede distinguir con claridad qué defectos constructivos tienen la naturaleza de ruina legal o funcional y cuales otros son meras imperfecciones o vicios ocultos, lo que impide, a quien recurre, conocer cuál es la base de la condena parcial.

Afirma el TS que estas alegaciones no pueden sustentar un recurso de casación, al tratarse de cuestiones procesales que únicamente pueden ser analizadas a través del recurso extraordinario de infracción procesal.

El segundo de los motivos se sustenta en la vulneración del artículo 1588 CC; la recurrente afirma que dado que la obra fue recibida y aceptada, no cabe solicitar una posterior indemnización por los defectos que se puedan apreciar, sobre todo cuando algunos de ellos tienen su origen en las variaciones que en la construcción realizaron los propietarios, mientras que otros configuran unos vicios aparentes de los que no debe responder el vendedor conforme al artículo 1484 CC.

El Alto Tribunal pone de manifiesto que estos razonamientos suponen una alteración de los hechos en que la sentencia funda su condena, pues no se ha considerado probado ni que los vicios sea aparentes, ni que la actuación llevada a cabo por los propietarios de los inmuebles hubiera afectado a la aparición o agravación de los defectos denunciados. La Audiencia Provincial razona que la firma de los compradores de cada uno de los inmuebles, en el momento en que se produjo la entrega de llaves de los mismos, de un documento en que se mostraban su conformidad en la construcción y calidad de los materiales no supone, como afirma la entidad demandada, que los adquirentes renunciaran a toda reclamación. Esto es así, no sólo porque en el referido documento se excepcionaban los vicios ocultos, sino porque no se renunció al ejercicio de la acción prevista en el artículo 1591 CC. (*B. G. F.*)

**35. Contrato de arrendamiento de obra. Concepto de ruina funcional.**—Es reiterada la jurisprudencia al precisar 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 1591 CC (SSTS de 21 de marzo de 2002, 13 de febrero de 2007, 5 de junio 2008 y 19 de julio 2010), en los que cabe apreciar un grado de afectación al normal uso y habitabilidad del edificio y un grado de incomodidad y molestias en su utilización. (**STS de 27 de mayo de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

**HECHOS.**—La Comunidad de Propietarios de X reclamó de la constructora ACPL, S.L., la reparación de los defectos y daños apreciados tanto en viviendas como en elementos comunes, bajo apercibimiento de ejecutarlos a su costa.

La Comunidad interpuso demanda contra la constructora, solicitando se condenara a la demandada a dejar el edificio afectado en el estado de habitabilidad, utilidad, seguridad y solidez que debería haber tenido de no haberse construido con vicios, y para el caso de que no realice las reparaciones, se ejecutaran a su costa.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, al considerar que los vicios no eran ruinógenos sino meros defectos constructivos y que habiendo ejercitado la parte actora sólo la acción del artículo 1591 CC, no procedía la condena de la parte demandada. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia del juzgado en el sentido de estimar parcialmente la demanda y de condenar a la constructora a la reparación de parte de los vicios apreciados, con subsidiaria ejecución a su costa, por estimar que los defectos apreciados entran dentro del concepto de ruina funcional en sentido amplio por cuanto hacen inhábil las edificaciones para el uso que les es propio, y que, aun cuando no se calificaran como vicios ruinógenos, procedería la condena de la constructora por existir un incumplimiento contractual. Contra esa sentencia, la constructora interpuso recurso de casación, siendo estimado en parte por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

**36. Responsabilidad de los partícipes en el hecho constructivo por causa de los vicios ruinógenos.**—El artículo 17 LOE recoge como regla general que la responsabilidad por vicios ruinógenos que se pone a cargo de los partícipes en el hecho constructivo es individualizada, personal y privativa, en armonía con la culpa propia de cada uno de estos sujetos en el cumplimiento de la respectiva función específica que desarrollan en el proceso edificativo (SSTS de 29 de noviembre de 1993, 24 de mayo de 2007 y 30 de julio de 2008). Por tanto, la condena solidaria de estos intervinientes en la construcción sólo está justificada cuando no pueda individualizarse la responsabilidad correspondiente a cada uno de los culpables de los defectos constructivos; si puede discriminarse con nitidez la participación de cada uno en el resultado ruinoso podrá exigírseles, en cambio, la reparación de forma individualizada (entre otras, SSTS de 30 de junio de 2005, 31 de mayo de 2007 y 26 de junio de 2008).

**Obligación derivada de la responsabilidad por vicios ruinógenos. Reparación o indemnización.**—Declara el Tribunal Supremo que tanto el tenor literal del artículo 1591 CC, como el del artículo 17 LOE permiten interpretar que la obligación a la que se refieren ambos de responder de los daños causados puede ser de hacer o simplemente indemnizatoria; caben, pues, ambas soluciones, como se deduce igualmente del artículo 19.6 LOE (STS de 21 de diciembre de 2010). Ello no es más que la consecuencia racional y lógica de que el fin de la indemnización es tanto la reparación como la compensación pecuniaria, y de que lo que se pretende realmente es que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa del responsable del daño, en situación igual o, al menos, equivalente, a la que tenía antes de haber sufrido el daño, aunque posiblemente la solución indemnizatoria sea más efectiva en atención a las complicaciones, dilaciones y conflictos que se pueden plantear en el trámite ejecutivo resultante de una condena de hacer a costa de quien causó el daño. Ahora bien, conforme a la regla

general del artículo 1098 CC, la indemnización es una excepción a la regla general de la reparación, que exige la acreditación de circunstancias añadidas, como es el requerimiento desatendido por los agentes responsables para ejecutar las obras de reparación de los desperfectos existentes, cosa que no se ha acreditado en este caso. (STS de 15 de febrero de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El propietario de un edificio interpuso demanda frente a quienes habían participado en la construcción del mismo, ejercitando la acción de responsabilidad decenal ante los graves desperfectos producidos en la fachada, y solicitando la condena al pago de una indemnización que comprendía la reparación de los defectos constructivos y los daños y perjuicios sufridos.

La sentencia de primera instancia condenó a todos los demandados de forma solidaria. Recurrida en apelación esta sentencia por los demandados, la Audiencia Provincial estimó varios de los recursos, revocando parte de la sentencia apelada. Se consideró acreditado que el defecto de la construcción puesto de manifiesto estaba en el mortero que servía de base al material de revestimiento de la fachada, lo que ponía de relieve que el daño no era imputable a los arquitectos superiores de la obra ni a la entidad suministradora del material de revestimiento de la fachada. Habiéndose, pues, individualizado los defectos y el grado de participación, declaró absueltos a estos recurrentes y condenó al resto al pago de la cantidad correspondiente a las obras ya realizadas y a la realización de las obras de reparación necesarias en las fachadas que aún no hubieran sido reparadas o a la ejecución a su costa, en caso de que no se realizaran en un plazo razonable. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación la propietaria del edificio. (A. M. M.)

**37. Contrato de arrendamiento de obra. Responsabilidad de los agentes de la construcción por defectos en la misma. Inversión de la carga de la prueba.**—La responsabilidad que impone el artículo 1591 CC, y ahora el artículo 17.8 LOE, a las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación se establece en favor de los propietarios y de los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos en el caso de que fueran objeto de división, y no será exigible a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación si se prueba que aquellos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño. Tiene como presupuesto el incumplimiento de la *lex artis* como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en el cumplimiento de las obligaciones de quienes ponen sus conocimientos técnicos al servicio de la construcción, aplicando a tal fin parámetros adecuados a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Acreditada que una construcción es defectuosa, se presumirá que existe una acción u omisión negligente del sujeto agente, que siempre responderá del daño, salvo que concurran las circunstancias enervantes de la acción, de tal forma que la falta de prueba sobre el origen del daño no recae sobre los demandantes, a los que les basta con acreditar que la ruina existe, que se produjo y se manifestó en el plazo decenal, sino sobre los demandados (SSTS de 29 de noviembre de 1993; y 31 de mayo de 2000, en la interpretación del art. 1591 CC).

Es, por tanto, de plena aplicación el principio de inversión de la carga de la prueba que obliga al perjudicado a acreditar que existe un daño vinculado a la actuación de los agentes y que éste ha ocurrido dentro del periodo de garantía. Si así fuera, no quedarán estos exonerados de su responsabilidad si no acreditan fehacientemente que el daño o vicio constructivo se produjo por causas ajenas a su intervención. (STS de 7 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios del edificio X interpuso demanda contra los arquitectos don Eliseo, don Eugenio y don Ezequías por existencia de vicios ruinógenos, solicitando la realización de las obras necesarias para la reparación y subsanación de los defectos y alternativamente en caso de no ejecución de tales obras una cantidad de dinero, además de los daños morales.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la Comunidad demandante, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia de instancia y estimando parcialmente la demanda, condenando a los demandados a realizar las obras necesarias para la eliminación y subsanación de los defectos de construcción determinantes de la ruina y, alternativamente para el supuesto de la no ejecución de dichas obras en un mes, al pago de la cantidad equivalente al coste de las obras de reparación, desestimando la demanda en todo lo demás. Contra esa sentencia, los demandados interpusieron recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, siendo desestimados por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

**38. Responsabilidad del promotor en los contratos denominados *llaves en mano*. Artículo 1591.2 CC.**—El promotor se comporta frente al comprador del inmueble de una forma ambivalente porque, por una parte, es un encargado de la construcción del edificio que ha vendido sobre plano y, en consecuencia, será responsable de los defectos o vicios de la construcción que presente el inmueble y, por otra parte, actúa como vendedor del inmueble.

En los contratos denominados *llaves en mano* no puede excluirse la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1591.2 CC, que establece un plazo de quince años para la responsabilidad ocasionada por el incumplimiento del contrato. Efectivamente, no se trata únicamente de un contrato de arrendamiento de obra en el que se demanda al promotor como tal, sino de una compraventa de cosa futura, que el promotor está encargado de poner a disposición del adquirente, con las condiciones expresadas en la memoria de calidades; por todo ello hay que aplicar la regla del artículo 1591.2 CC, dado que el promotor es el vendedor y responde por el incumplimiento de las calidades.

**Contratos con cláusula genérica de entrega a satisfacción.**—Siguiendo a la STS de 15 de marzo de 2010, este tipo de contratos «[...] cae[n] por sus características dentro del ámbito de aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, vigente en el momento de la adquisición [...], que aparece desarrollado en el artículo 3.2 Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, con evidentes reflejos constitucionales, en el que la oferta es un sentido amplio, incluida la publicitaria y, con mayor razón, el documento contractual, determinan el derecho del compra-

dor a recibir, a costa del vendedor, la copia de diversos documentos sobre el objeto y precio del contrato. Se trata, en definitiva, de que tenga una representación cumplida de lo que va a adquirir y que el vendedor asuma la obligación esencial y constitutiva de entregar al vendedor la cosa vendida, una vez que ésta ha alcanzado la existencia real y física cumpliendo de esa forma lo ofertado en la memoria de calidades y en la publicidad que se integran en el contenido del contrato». En el mismo sentido, la STS de 12 de diciembre de 2005. (STS de 8 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En unos folletos de propaganda, la promotora demandada ofreció la venta de viviendas de una urbanización con unos servicios comunes; adjunta figuraba la memoria de calidades.

Los demandantes (la comunidad de propietarios y 20 propietarios individuales) denunciaron el incumplimiento del contrato por defectos en la construcción e incumplimiento de las calidades, entre otros extremos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó totalmente la demanda.

La Audiencia estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por la promotora.

En el recurso de casación, desestimado por el Tribunal Supremo, la promotora alegaba, por un lado, la no concurrencia de incumplimiento; por otro lado, entendía que, al recibir los compradores las viviendas conocían sus características y no hicieron ninguna reclamación acerca de las cualidades de la vivienda hasta dos años después, con la interposición de la demanda, por lo que habían mantenido una conducta inequívoca (*sic*).

NOTA.—La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ha sido derogada por el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) que contempla la incorporación de la publicidad al contenido del contrato en su artículo 61. (B. G. F.)

**39. Contrato de asesoramiento y gestión para ahorro de costes de consumo de energía eléctrica: arrendamiento de servicios. Desistimiento unilateral: en las relaciones concertadas *intuitu personae* y en caso de frustración de la utilidad que el contrato comportaría.**—La relación jurídica litigiosa se encuadra en el ámbito de los denominados en el Código Civil arrendamientos de servicios (arts. 1542 y 1544), —aunque mejor sería hablar de contrato de prestación de servicios—, o, como hace la doctrina moderna, con referencia a una categoría más amplia, en las que califica como relaciones de gestión. El contrato de servicios, según el *facere* en que consista, puede cobijar múltiples modalidades —la del caso, que ya tiene precedentes en esta Sala en Sentencias de 20 de mayo de 1992 y 15 de diciembre de 2009 entre otras, se refiere a «asesoramiento y gestiones para ahorro de costes de consumo de energía eléctrica»— y presentarse con diversidad de estipulaciones, que, en virtud del pacto *—lex privata—*, conforman distintas perspectivas en cuanto a la duración, indemnización y otros aspectos y condicionan diversas consecuencias jurídicas. Con carácter general, cuando concurre al *intuitu personae*, se admite el desistimiento unilateral, con indemnización de daños



y perjuicios (SS de 6 de octubre de 1989; 30 de marzo de 1992; 11 de mayo de 1993; 20 de junio de 1995; 12 de mayo de 1997; 25 de marzo de 1998; 24 de junio de 2010, entre otras) salvo causa justificada. En el caso, la interrupción de la actividad de la prestadora del servicio (arrendataria en la terminología del t. 1546 CC) por la beneficiaria del mismo (arrendataria según dicho precepto, en cuanto que es la que se obliga a pagar el precio) se produjo por una causa justificada, dado que la reclamación administrativa que intentaba la actora «no tenía visos de prosperabilidad», y, por consiguiente, no se produjo infracción legal por la denegación de la indemnización pretendida. Pero, aún de ubicarse la relación del caso fuera del «carácter personal» –contemplación o miramiento de la persona en quien se deposita la confianza de la prestación del servicio–, lo que en un sector de la doctrina moderna se reduce a los arrendamientos de «servicios profesionales», no cambiaría la situación y los efectos consiguientes. La finalidad del contrato era la de obtener un ahorro en el consumo de energía eléctrica y su objeto la actividad encaminada a tal fin. Si en un momento dado la arrendataria estima que no va a conseguir ninguna ventaja o beneficio es razonable que pueda desistir de que continúe la actividad de gestión de la arrendadora, porque la utilidad es un elemento consustancial de la prestación que integra la obligación de hacer. Y claro es, para que no sea un mero arbitrio de cumplimiento del contrato o contrario a la buena fe, se requiere una causa justificada, que excluye la consecuencia indemnizatoria.

**Dolo contractual.**–[...] en modo alguno cabe estimar la existencia de una actuación dolosa por parte de... [la empresa arrendataria del servicio] . Las dos modalidades de dolo reguladas en el Código Civil (art. 1101 en relación con el incumplimiento de las obligaciones, y 1269 y 1270 respecto de la formación de la voluntad contractual –dolo *in contrahendo*–) no se presumen y corresponde la carga de probarlas cumplidamente a quien las alega (SS de 7 de julio de 1989, 4 de diciembre de 1990, 11 de mayo de 1993, 23 de enero de 1994, 8 de junio de 1995, 18 de julio de 2000, 31 de mayo de 2008). En el caso, ni se aprecia por el juzgador *a quo*, ni se plantea en el recurso un motivo idóneo para el examen del tema, ni cabe desconocer que si bien la significación jurídica es materia de casación, se requiere soporte fáctico adecuado, cuya fijación es ajena a este recurso. **(STS de 23 de diciembre 2010;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

**HECHOS.**–Una importante fábrica de cervezas y una entidad mercantil dedicada a la elaboración de proyectos y asesoramiento en materias energéticas pactan un contrato de «asesoramiento y gestión para ahorro de costes de consumo de energía eléctrica». La prestadora del servicio se encargaría de gestionar las reclamaciones procedentes respecto de la facturación de energía eléctrica de la empresa cervecera a fin de obtener la devolución de los importes incorrectamente facturados distribuyéndose, en este caso, la diferencia al cincuenta por ciento. Realizadas diversas gestiones y estando en curso una reclamación administrativa entablada a nombre de la arrendataria-beneficiaria del servicio, ésta la interrumpió por considerarla improcedente ya que la facturación energética efectuada era conforme con lo contratado. La entidad asesora consideró que la arrendataria de sus servicios había incumplido el contrato celebrado al no permitirle rematar sus gestiones con la consiguiente pérdida de la oportunidad de obtener el beneficio pactado.

El Juzgado estimó en parte su demanda y condenó a la empresa cervecera al pago de una indemnización. Recurrieron las partes y la apelación de la arrendataria fue acogida: la Audiencia revocó la sentencia de instancia desestimando la demanda inicial. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación interpuesto por la entidad asesora condenando a la empresa cervecera a pagar una indemnización por los conceptos –ajenos al incumplimiento del contrato– que se relacionan en los Fundamentos sexto y décimo de la sentencia. (*R. G. S.*)

**40. Cláusula abusiva: contrato de arrendamiento de servicios profesionales de abogado.**—El principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC se desenvuelve con las limitaciones propias que imponen las exigencias de la buena fe o la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos –art. 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 que deriva, en este caso, de la prestación de servicios profesionales de abogado. Aquí, la voluntad del profesional es 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 solo será posible hacerlo mediante el desembolso de una indemnización desproporcionada 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 el 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. (**STS de 8 de abril de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

**HECHOS.**—El objeto del pleito era una reclamación de honorarios que tenía su base en un contrato de arrendamiento de servicios profesionales celebrado entre un bufete, en el que está integrado el actor, y el padre de la demandada, ya fallecido, para la defensa de los intereses de éste último en el proceso divisorio de una herencia en la que era coheredero. En el contrato mencionado se incluía la cláusula siguiente: «si por cualquier circunstancia don A. (padre de la demandada) decidiera prescindir de los servicios de abogados, los honorarios quedarán fijados en el quince por ciento del valor de su participación en la herencia, según la valoración más alta de la que se tenga conocimiento y serán satisfechos en el momento de retirada del asunto».

La sentencia de primera instancia admitió parcialmente la demanda de reclamación de honorarios y estimó también en parte la reconvenición al declarar nulo el inciso final de la cláusula del contrato citada en el párrafo anterior. Ambas partes apelaron y la audiencia estimó en parte el recurso de la actora y desestimó totalmente el formulado por la demandada. El TS dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada al declarar nula por abusiva la referida cláusula. (*L. A. P. M.*)

**41. Contratos de arrendamiento de servicios de enseñanza conectados a servicios de financiación. Crédito al consumo: valoración de la gratuidad del préstamo.**—No puede considerarse gratuito el préstamo concertado por una entidad cuyo fin esencial es la obtención de un lucro, pese a que el interés pactado sea del cero por ciento, cuando el prestamista ha convenido con el proveedor de los servicios una retribución a cargo de este último (este pacto a su vez supone un incremento en el precio del curso).

**Contratos vinculados y pacto de exclusividad.**—El hecho de que un contrato de financiación deba celebrarse con alguna de las entidades financieras determinadas por la empresa suministradora del servicio ha de ser interpretado como un pacto de exclusividad que limita la libertad del consumidor y que permite apreciar la vinculación entre los contratos de enseñanza y los contratos de crédito concertados para su financiación. Para determinar la vinculación entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de financiación, se considera suficiente la existencia de un acuerdo previo entre el concedente del crédito y el proveedor de los servicios, en virtud del cual aquél ofrezca crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los servicios. (STS de 22 de febrero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—En febrero de 2003 una empresa dedicada a la enseñanza del inglés cerró sus centros y comunicó a sus alumnos la consiguiente resolución de los contratos celebrados con ellos. Dichos contratos contemplaban dos modalidades distintas de pago: sea en efectivo, sea a través de un contrato de financiación que podía celebrarse con alguna de las distintas entidades financieras concretadas. Pese a la citada resolución de los contratos de enseñanza, las entidades financieras continuaron reclamando y cobrando las mensualidades correspondientes a los contratos de financiación celebrados, por entender que se trataba de contratos de préstamo que habían sido cumplidos por parte de dichas entidades con el pago adelantado del curso y por tanto debían ser cumplidos por parte de los prestatarios con la devolución de las cantidades adelantadas. Lo anterior dio lugar al ejercicio de una acción colectiva ejercitada por la Asociación de consumidores de la provincia de Barcelona en representación de quinientos sesenta y cuatro asociados, en virtud de la cual se solicita la resolución de los contratos de enseñanza de inglés y de los correspondientes contratos de financiación, con la consiguiente condena de las entidades financieras a devolver las cantidades percibidas desde febrero de 2003 con los intereses legales devengados desde la fecha en que fueron abonadas las diversas mensualidades. Las entidades financieras se opusieron alegando, entre otros motivos, los siguientes: que no se trataba de contratos vinculados dado que no ostentaban la exclusividad para la financiación de los cursos; que se trataba de préstamos gratuitos, excluidos de la Ley de crédito al consumo; y, en definitiva, que los alumnos asumían el riesgo del pago anticipado del curso mediante el contrato de préstamo celebrado con una entidad financiera con la que, por otra parte, asumían la obligación de devolución del dinero prestado. En Primera Instancia se estimaron los argumentos esgrimidos por las entidades financieras y solo se condenó a una de ellas (al allanarse esta última a la demanda). Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona esti-

mó la pretensión resolutoria de los contratos de financiación formulada por la Asociación de consumidores apelante. En casación, no hubo lugar. (C. J. D.)

**42. Nulidad de las cláusulas de redondeo en los préstamos bancarios. Control judicial del contenido de las cláusulas abusivas. Interpretación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.**—El Tribunal de apelación declaró nulas las cláusulas a que la demanda se había referido, en aplicación del artículo 8, apartado segundo, de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y, por tanto, del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios. Esto es, por tratarse de estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Esa fue la norma aplicada para resolver el conflicto de intereses planteado en la demanda y no la señalada por la recurrente en el motivo. Y hay que decir que lo fue correctamente, por cuanto la demanda rectora del proceso se interpuso en el año dos mil cinco, mientras que los contratos bancarios a los que las cláusulas se incorporaron fueron celebrados en los años mil novecientos noventa y nueve y dos mil.

No hubo, pues, aplicación retroactiva de la norma que en el motivo señala la recurrente. Y, tampoco, de los artículos en los que realmente se basó la sentencia recurrida.

Por otro lado, respecto a la otra cuestión planteada —deficientemente— en el mismo motivo por Caja Provincial de Ahorros relativa a la posibilidad de un control judicial del contenido de las cláusulas litigiosas y, al fin, a la interpretación del apartado segundo del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, ha de tenerse en cuenta que, como declaró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 3 de junio de 2010 —C-484/08—, dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida.

Por ello, esta segunda parte del recurso, en todo caso, también se desestima. (STS de 4 de noviembre 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

**HECHOS.**—La Asociación de Usuarios y Consumidores de Servicios Bancarios demandó a una Caja de Ahorros declarando el Juzgado de Primera Instancia la nulidad, por abusivas, de las cláusulas que la entidad imponía a los consumidores en los contrato de préstamo y concesión de crédito que con ellos celebraba. Según estas cláusulas, el interés variable debía determinarse según una fórmula de redondeo al alza de las fracciones de punto aplicables en cada caso. La Audiencia desestimó el recurso de apelación de la demandada considerando, como ya había hecho el Juzgado, que procedía declarar la nulidad de las cláusulas en litigio no por la infracción de los requisitos exigidos para su incorporación a los contratos sino por resultar abusivas para los consumidores en con-

cordancia con lo dispuesto en el artículo 8, apartado segundo de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación. El recurso de casación que interpuso la Caja de Ahorros se fundamentó en la infracción la disposición adicional duodécima de la Ley 44/2002 de noviembre de medidas de reforma del sistema financiero, en relación con la Orden ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Se argumentó que hasta la Ley de 2002 –que excluía la validez del redondeo al alza en los contratos de crédito y de préstamo garantizados con hipoteca, caución, prenda o garantía equivalente– la norma aplicable a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria era la Orden de 1994 y que no cabía una aplicación retroactiva de la norma legal. El Tribunal Supremo, por los motivos que arriba se transcriben, declaró no haber lugar. (R. G. S.)

**43. Contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Transparencia de las condiciones financieras. Aplicación de la Ley 7/1998 a condiciones generales reguladas por otras normas.**—El artículo 4.2 LCGC deja fuera de su normativa las condiciones generales que reflejen las disposiciones que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes. Sin duda la finalidad de esta norma es respetar la legislación en sectores específicos, como los de las entidades de crédito, entidades aseguradoras y otras entidades financieras. Es el caso de la Orden de 5 de mayo de 1994, relacionada con la concesión de préstamos con garantía hipotecaria sobre viviendas, concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebase los 25 millones de pesetas. La finalidad no es otra que la de garantizar la información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, facilitando la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario así como la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato que finalmente vaya a concertar. Ahora bien, la finalidad tuitiva que se procura al consumidor en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/1998 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general. Así lo dispone el artículo 2.2 de la Orden, según el cual «lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación». Sería una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC.

**Cláusulas sobre notificación previa del tipo de interés y de redondeo: carácter abusivo.**—La cláusula 3.4.c) del contrato sobre notificación previa del tipo de interés establecía que «[s]alvo en los casos que, por disposición legal, esté relevado de hacerlo, el banco comunicará a la parte prestataria, por cualquier procedimiento escrito, el nuevo tipo de interés aplicable a la operación, con carácter previo a su aplicación». Como con acierto dice la sentencia de instancia, la norma sexta de la Circular 8/1990 «vacía de contenido real la estipulación primera, 3.4.c) pues el juego de ambas [la cláusula y la Circular] impedía siempre la aplicación del deber de comunicación escrita al prestatario, siendo así una condición de imposible cumplimiento [...] provocando una apariencia desmentida por un elemento no explicitado en el contrato y

desconocido por la parte más débil», y creaba en esta «falaces expectativas, que sólo tuvieron una apariencia imaginaria, y nunca existencia real». Estamos, por tanto, ante una cláusula abusiva en la medida en que, según el artículo 10 bis.1 de la LGDCU, no ha sido negociada individualmente y causa, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Por su lado, la cláusula de redondeo del tipo inicial contenida en el contrato de préstamo hipotecario está redactada literalmente de la siguiente forma: «Si la suma del tipo básico de referencia y el margen o diferencial no fuera múltiplo exacto de un cuarto de punto porcentual, el tipo de interés resultante se redondeará al múltiplo superior de dicho cuarto de plazo». Es hecho probado que la cláusula de redondeo pretende la simplificación del cálculo de la cantidad que debe ser abonada en concepto de interés y que se encuentra sometida al ámbito de la Ley 7/1998, sobre las Condiciones Generales de la Contratación y como tal sujeta a los controles de incorporación que el ordenamiento establece para éstas, desde el momento en que provoca un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, pues la posición del Banco queda reforzada mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación, y contrariamente se debilita la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso sin recibir nada a cambio. Tal desequilibrio, provocado por el banco, sólo puede calificarse de contrario a la buena fe, pues no de otro modo se puede entender que no se opte por el redondeo a la fracción decimal más próxima o al cuarto de punto más próximo, que fácilmente permitiría repartir entre él y su cliente la oportunidad de beneficiarse del redondeo. Este argumento se mantiene. La Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010, que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año, declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las «fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto», con base en los artículos 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; y, mantuvo, de otro, que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 –C 484/08– ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia, pueden «apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible». (STS de 2 de marzo 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.–Con fecha 16 de mayo de 2000, B suscribió un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad bancaria BP. Al parecer, en el momento de celebrar el contrato el banco



conocía que la normativa específica en materia de transparencia de las condiciones financieras la eximía de la obligación de comunicar la variación del tipo de interés. Tras comprobar que la prestamista había incrementado el tipo de interés pactado, B interpuso demanda por la que reclamó que las cláusulas de notificación previa del tipo de interés y de redondeo fueran declaradas abusivas.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Valencia desestimó la demanda mediante sentencia de 22 de abril de 2002. Interpuesto recurso de apelación por parte del prestatario, la sentencia de 19 de octubre de 2002 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia lo estimó. A diferencia de la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial declaró abusiva la cláusula de redondeo y además, tras considerar aplicable la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación a la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, declaró nula la expresión «[s]alvo en los casos que, por disposición legal, esté relevado de hacerlo» de la cláusula relativa a la notificación previa del tipo de interés. La prestamista recurre en casación por considerar válidas ambas cláusulas y aplicable a la cláusula sobre notificación previa del tipo de interés únicamente la normativa específica en materia de transparencia de las condiciones financieras. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (J. M. B. S.)

#### **44. Culpa extracontractual: Accidente laboral: Competencia civil.–**

En el supuesto de las reclamaciones civiles por accidente de trabajo constituye jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS de Pleno, de 15 enero 2008, que en aplicación del artículo 9 LOPJ, declaró que será competente la jurisdicción social siempre que el daño dimanase de la vulneración de normas reguladoras de la relación laboral, incluyendo las que desarrollan los deberes del empresario, entre los que se encuentra el de proteger eficazmente al trabajador en materia de seguridad e higiene, y únicamente competente la jurisdicción civil cuando conste que el daño se funda en la infracción de normas distintas de aquellas que regulan el contenido de la relación laboral.

Esta doctrina cuya estricta aplicación permitiría a la Sala examinar de oficio su jurisdicción, tal y como hizo en SSTS de 17 noviembre y 15 diciembre 2008, ha sido después matizada por la STS de 11 setiembre 2009, seguida por la de 9 marzo 2010, ante la inoportunidad de aplicarla a procesos, como el presente, iniciados al amparo de una normativa orgánica, sustantiva y procesal interpretada ahora de forma distinta, a fin de no negar ahora legitimidad al orden jurisdiccional civil para conocer de un asunto que se inició con la cobertura que le proporcionaba una reiterada jurisprudencia al respecto. Esta doctrina, contraria a que se pueda apreciar de oficio la falta de jurisdicción en casos como el de autos, se sustenta en que tal solución resultaría contraria a la esencia misma del derecho a la tutela judicial efectiva, pues no se compadece con esa tutela que a partir de una interpretación posterior de la normativa, y después de pasar tanto tiempo desde que se interpuso la demanda, se declare inadmisión en la jurisdicción en la que había sido planteada vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión, y a la evitación de dilaciones indebidas.



**Muerte por electrocución: Pirotecnia que contrata con empresa del servicio de prevención de riesgos laborales: Actividad de riesgo: Culpa levísima de la pirotécnica concurriendo con negligencia de la otra empresa: Hecho nuevo.**—En la sentencia recurrida se declara probado que la causa del siniestro fue la incorrecta instalación de la plancha de aluminio que debía recubrir la madera de la mesa de trabajo, por carecer el cable conductor a tierra de una resistencia en serie debido a la incorrecta redacción que de tal medida hizo la empresa previsor de riesgos. La pirotécnica para la que trabajaba la fallecida, cumplió con la obligación reglamentaria de velar por la seguridad y salud de sus trabajadores contratando con esta última, e imponiendo a los trabajadores las medidas indicadas en el plan, entre ellas, la instalación de un recubrimiento metálico en las mesas de trabajo, contando en el momento del siniestro con todas las autorizaciones administrativas. Sin embargo, en casos de actividades especialmente peligrosas, como la que se desarrollaba por la víctima, no es suficiente el cumplimiento de las normas y reglamentos, debiendo el empresario extremar su diligencia. En el presente caso no lo hizo e incurrió en culpa levísima tanto por no entregar a la empresa de electricidad que se encargó de ejecutar la medida de recubrir las mesas una copia por escrito de las directrices que había ordenado la empresa de prevención, y limitarse a comunicarlas telefónicamente, como por no contrastar tampoco con otros técnicos la efectividad de dichas medidas habida cuenta de las dudas que existían desde el punto de vista científico.

La jurisprudencia ha precisado que el recurso se da contra el fallo y los argumentos que constituyen la *ratio decidendi*, no pudiendo formularse la impugnación en los *obiter dicta*. Ello determina la no-admisión del recurso que introduce un hecho nuevo, no debatido en la instancia, a saber, la ausencia de relación de dependencia o jerarquía entre las empresas demandadas, en orden a defender la inaplicabilidad del artículo 1903.4 CC (STS de 11 de abril de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Si algún caso de reclamación de indemnización con base en la responsabilidad civil del empresario en accidente laboral encajaba indudablemente en la regla general de la competencia jurisdiccional laboral según la última doctrina de la Sala 1.<sup>a</sup> establecida en varias sentencias de Pleno, es el presente. Se discute aquí sobre la responsabilidad de una empresa de pirotecnia por muerte de una obrera, la cual había contratado los servicios de otra empresa de prevención de riesgos laborales y había ejecutado el plan propuesto por ésta. Un supuesto claro sobre el supuesto (in)cumplimiento de las obligaciones de seguridad en el trabajo. Pero subsiste todavía lo que acaso pueda calificarse de una *difusa y residual competencia civil* con que la Sala 1.<sup>a</sup> justifica en determinadas circunstancias el mantenimiento de la antigua doctrina en la materia. Muchas veces la incompetencia civil se alega en la instancia como excepción, y en tal caso han de pronunciarse los tribunales inferiores (que en la actualidad parecen aceptar con relativa facilidad la doctrina general), y el asunto puede no llegar, en definitiva, al TS. Aunque ambas partes acepten la competencia civil hay que recordar que los tribunales deben apreciar *ex officio* su propia competencia (como ocurre en STS de 16 octubre 2009, ext. en ADC 2011, págs. 440 s.) pero en el supuesto extractado apreciaron la legitimación pasiva de varios demandados ajenos a lo laboral (dueño de la

casa en construcción y técnicos de la obra), por lo que se impone también, en definitiva, la competencia civil. Los argumentos que en sentencia extractada se hacen valer, (ya contenidos en la STS de 9 marzo 2010, extr. en ADC, 2011, p. 844 y s.) son la duración del proceso (accidente ocurrido en enero del 2002) y el hecho de haberse planteado la demanda cuando no se había clarificado jurisprudencialmente la doctrina general sobre la competencia que hoy rige, con riesgo de violar el artículo 24 CE. Pero el resultado es una innegable incertidumbre para los recurrentes cuando pleitean ante la Sala 1.<sup>a</sup>. Me parece que la última *ratio* de esa doctrina sobre competencia residual civil es la convicción de que la Sala 1.<sup>a</sup> otorga mayor protección patrimonial a las víctimas. ¿Llegaría a apreciarse, en su caso, una *culpa levissima* en el empresario, como se hace aquí, por la Sala de lo Social? (G.G.C.)

**45. Imposibilidad de revisar, en vía casacional, los hechos fijados por la sentencia recurrida.**—Es doctrina de esta Sala (SSTS de 11 de diciembre de 2008 y 15 de junio de 2009) que la casación no es una tercera instancia ni permite revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación de la norma jurídica a la cuestión de hecho. La aplicación de esta doctrina determina la desestimación del primer motivo del recurso, pues se observa que en su formulación la parte recurrente prescinde de los hechos probados en los que se asientan los razonamientos jurídicos que la sentencia recurrida ofrece para establecer que existen todos y cada uno de los presupuestos exigidos para apreciar la existencia de una responsabilidad extracontractual. La Audiencia Provincial declara que la entidad demandada no cumplió con las exigencias mínimas de diligencia en el ejercicio de su actividad, al poner a disposición y para su uso por los trabajadores, un tractor que no era adecuado para las labores que debían realizar, que no tenía superada la inspección técnica de vehículos y que no cumplía con la normativa vigente en el momento de producirse el accidente, respecto de la necesaria colocación de una estructura protectora de la cabina, que a la vista del modo en el que se produjo el accidente, resultaron ser circunstancias esenciales en la producción del accidente. Frente a ello la parte recurrente, niega que tales hechos fueran relevantes, realizando una nueva valoración de la prueba conforme a sus pretensiones.

**Aplicación orientativa del sistema legal de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico en otros sectores de la responsabilidad civil extracontractual.**—Esta Sala, a fin de evitar soluciones dispares, viene aceptando los criterios cuantitativos que resultan de aplicación de los sistemas basados en la tasación legal, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, para fijar los perjuicios y las consecuencias patrimoniales derivadas de daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad. Esta aceptación no es vinculante, tal y como aparece para la cuantificación de los daños derivados de un hecho relacionado con la circulación, sino orientativa, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Así lo establecen, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 22 de julio de 2008 y 2 de julio de 2008. (STS de 25 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En fecha 1 de agosto de 2000, L, empleado de la entidad mercantil A sufrió un accidente laboral al volcar el tractor que conducía, produciéndose su fallecimiento. Ante ello, su viuda y sus dos hijos mayores de edad interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lalín contra A solicitando la oportuna indemnización.

El Juzgado estimó en parte la demanda al considerar acreditada la negligencia de la sociedad demandada, puesto que el tractor llevaba años sin realizar la inspección técnica de vehículos y carecía de sistema antivuelco. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia Provincial de Pontevedra. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

**46. Culpa extracontractual: Caída en estación de esquí, golpeándose contra cañón de nieve: Demanda contra la entidad titular de la estación: Actividad de riesgo: Imputación objetiva: Negligencia de la empresa: Prueba.**—La empresa titular de la estación de esquí no discute si, como consecuencia de la doctrina del riesgo, se aplicaron correcta o incorrectamente las reglas de la carga de la prueba, sino que se centra únicamente en negar, contra lo afirmado en la sentencia recurrida, que se le pueda imputar un comportamiento negligente causalmente determinante del resultado lesivo. Pero es un hecho acreditado que instaló un cañón de nieve en un lugar próximo a la pista, lo que incrementaba el riesgo inherente a la práctica de esquí. También es acertado concluir que resultaba previsible que contra dicho elemento colisionaran los esquiadores en caso de las también previsibles caídas durante la práctica de este deporte, aún sin mediar culpa alguna del deportista, como fue el caso. Con estos datos, debe juzgarse como razonable la decisión de calificar como no diligente la conducta de la empresa titular de la estación, pues lo mismo que en el caso de la organización de una carrera ciclista (STS de 9 abril 2010), el dueño de una estación de esquí se encuentra obligado a poner los medios adecuados para evitar el daño teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad que gestiona, y con mayor motivo cuando contribuyó a incrementar el riesgo propio de la actividad colocando en lugar próximo a la pista un elemento artificial, rígido y duro, como un cañón artificial, que generaba riesgo evidente de lesiones en caso de colisión, incluso si esta se producía por consecuencia de un deslizamiento subsiguiente a una caída. Y siendo todo ello previsible, las caídas, las colisiones y el daño, no podía limitarse a señalar el elemento sino que le incumbía adoptar medidas de seguridad encaminadas a evitar o a disminuir el riesgo de lesiones, lo que no hizo (pues el colchón naranja, por sus características de grosor insuficiente, no servía para preservar la integridad de los esquiadores en caso de impacto).

**Cuantía de la indemnización por daños corporales con arreglo al valor del punto en el momento del alta definitiva: Aplicación analógica del baremo aplicable a los accidentes de circulación.**—Conforme a la doctrina fijada en STS de 17 de abril de 2007, y otras posteriores, seguida por reiterada jurisprudencia, el momento del accidente determina el régimen legal aplicable a la determinación del daño, pero su cuantificación ha de llevarse a cabo con arreglo a los importes publicados para el año en que se produzca el alta definitiva. En este caso esta se produjo el mismo año del accidente, por lo cual los diferentes conceptos a indemnizar, recogidos en la sentencia de apelación, deben cuantificarse en fase de ejecución de sentencia

con arreglo a los importes publicados para el año 2001 (año del accidente y del alta definitiva) por resolución de la DGS de fecha de 30 enero 2001. (**STS de 9 de febrero de 2011**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

NOTA.—Sorprende la cita de la STS de abril de 2010 (extr. en *ADC*, 2011, pp. 443-445) dada la ausencia de identidad del caso con la sentencia aquí extractada (en aquélla se trata de la organización de una carrera ciclista por una Asociación Deportiva Cultural de T., y en ésta, de la explotación —por tanto, con ánimo de lucro— de las instalaciones de una estación de esquí en el Pirineo), así como del sentido de su resolución (en aquélla se absuelve a la Asociación organizadora —condenada, sin embargo, en ambas instancias— de su eventual responsabilidad civil por las lesiones gravísimas sufridas por un corredor ciclista que se sale de la carretera, mientras en ésta se condena a indemnizar a la empresa que explota la estación); tampoco parece que exista mucha analogía entre la acción de esquiar y la de correr en bicicleta, aunque ciertamente en ambas se trata de actividades deportivas de riesgo que pueden originar, y originaron de hecho, lesiones fatales (el ciclista que se salió de la carretera, ha quedado en estado vegetativo, y el esquiador que colisionó con un cañón de nieve mal protegido, ha sido declarado gran inválido destinado a utilizar permanentemente silla de ruedas). (G. G. C.)

**47. Responsabilidad civil ex artículo 1902 CC. Necesidad de acreditar el requisito de la culpa.**—La jurisprudencia (SSTS de 5 de abril de 2010, 11 de septiembre de 2006, 10 de junio de 2006, 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000) no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC, y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. Por estas razones la aplicación de la doctrina del riesgo, además de que solo es posible en supuestos de riesgos extraordinarios (riesgo considerablemente anormal en relación a los parámetros medios, SSTS de 18 de julio de 2002 y de 21 de mayo de 2009), no implica una responsabilidad objetiva fundada en el resultado o en el propio riesgo creado (que no tiene encaje en el art. 1902 CC, como declara, entre otras, la STS de 25 de marzo de 2010), sino que, sin prescindir del elemento esencial de la culpa, a lo más que llega es aceptar la aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia a daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole. De esto se sigue que, al margen de cómo se distribuya la carga de la prueba, la doctrina del riesgo no elimina la necesidad de acreditar la existencia de una acción u omisión culposa a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo, sin perjuicio, eso sí, de que, en orden a apreciar la concurrencia del elemento subjetivo o culpabilístico, deba de tenerse en cuenta que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta. La Audiencia no se aparta de la doctrina expuesta. En primer lugar, la sentencia declara probada la relación de causalidad

desde el punto de vista físico o fenomenológico, entre la conducta del agente y el resultado, y lo hace a partir de considerar acreditados determinados hechos que ahora no pueden ser desvirtuados (el impacto entre el buceador y el casco de la nave). En segundo lugar, y desde el punto de vista de la imputación objetiva del resultado lesivo al agente, contrariamente a lo que se sostiene, la responsabilidad del piloto no se hace descansar únicamente en el riesgo creado por la conducción de una embarcación deportiva sino que, con absoluto respeto al sistema tradicional culpabilístico, se asienta en la omisión de la diligencia extrema que cabía exigirle en atención al extraordinario riesgo que origina quien conduce una embarcación de recreo, superior y completamente ajeno al asumido por la propia víctima con la práctica deportiva. En el caso enjuiciado, ese especial deber de diligencia resulta, asimismo, de las disposiciones administrativas sobre la materia, que obligaban a reducir la velocidad en las zonas más próximas a la costa, y especialmente a la playa, en previsión de la presencia de bañistas o nadadores.

**Interpretación jurisprudencial del concepto de «causa justificada» previsto en el artículo 20.8 LCS.**—A la hora de determinar qué ha de entenderse por causa justificada a los efectos de aplicar la regla octava del artículo 20 LCS, en la redacción dada por la disposición adicional sexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, esta Sala viene declarando que la mera existencia de un proceso o el hecho de que la aseguradora formule en él su oposición al pago frente a la reclamación del asegurado o perjudicado, no constituye causa en sí misma justificada del retraso, ni es óbice para imponer a la aseguradora los intereses cuando no se aprecia una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional, pues la razón del mandato legal radica en evitar el perjuicio que para estos deriva del retraso en el abono de la indemnización y en impedir que se utilice el proceso como instrumento falaz para dificultar o retrasar el cumplimiento de la expresada obligación, sin perjuicio de que la aseguradora pueda obtener de forma efectiva su tutela jurídica en el pleito y recuperar la cantidad satisfecha o previamente consignada en caso de prosperar su oposición. En esta línea, constituye doctrina reiterada que para vencer la oposición de la aseguradora se hace necesario examinar la fundamentación de la misma, partiendo de las apreciaciones realizadas por la Audiencia, a quien, como declara reiteradamente la jurisprudencia, corresponde la fijación de los hechos probados y las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica para integrar los presupuestos de la norma aplicada, y, asimismo, que solo cabe apreciar una auténtica necesidad de acudir al litigio cuando la situación de incertidumbre o duda racional a dilucidar a través de él afecte a la existencia misma del siniestro o su cobertura, sin que tenga tal consideración la discrepancia entorno a la culpa o respecto de la cuantía indemnizatoria, sobre todo cuando se ha visto favorecida por desatender la propia aseguradora su deber de emplear la mayor diligencia en la rápida tasación del daño causado, a fin de facilitar que el asegurado obtenga una pronta reparación. (STS de 14 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

HECHOS.—En fecha 13 de agosto de 2000, F resultó gravemente herido cuando, al practicar submarinismo en las inmediaciones de la costa, resultó arrollado por una embarcación a motor. Ante ello, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Barcelona contra M, piloto de la embarcación, O, pro-

pietaria de la misma, y la entidad aseguradora Z solicitando que se declarase la responsabilidad civil solidaria de todos ellos al pago de las oportunas indemnizaciones que, en el caso de la compañía aseguradora, debían incrementarse en un 20 por 100.

El Juzgado estimó en parte la demanda al apreciar la existencia de concurrencia de culpa de la víctima en un 25 por 100. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona la revocó, pero sólo en el sentido de considerar que la concurrencia de culpa de la víctima debía valorarse en un 50 por 100. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

**48. Responsabilidad profesional del Abogado: No personación en plazo y forma ante la Audiencia: Indemnización de daños y perjuicios: Cuantía: Control en casación.**—Si el abogado designado de oficio para la defensa del recurrente se personó ante la Audiencia Provincial una vez transcurrido el término de emplazamiento, y se le tuvo por personado a los solos efectos de recibir citaciones y notificaciones, lo que le impidió ejercer la acusación particular en el juicio oral o hacer reserva de acciones, incurrió en responsabilidad de la que se discute la cuantificación realizada en la instancia.

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, correspondiendo a la función soberana de los tribunales de instancia, 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 fijar el *quantum*.

En el presente caso resultaría atendible en abstracto la afirmación del recurrente en el sentido de que la sentencia de apelación limita expresamente la indemnización por negligencia profesional del abogado al daño moral cuando la jurisprudencia reconoce también el daño material en base a la posibilidad de éxito del recurso frustrado. Sin embargo, en este punto aquélla sigue los criterios de la sentencia de primera instancia en la cual se valoran entre otros extremos la «gravedad de los hechos enjuiciados» y «la imposibilidad del principal perjudicado de sostener la acusación contra el responsable». En suma, aunque sean discutibles los argumentos utilizados por la sentencia de la Audiencia Provincial sobre la calificación del daño, no se advierte que se haya incurrido en una notoria desproporción entre el daño patrimonial sufrido y la indemnización fijada con arreglo a las circunstancias del caso, integradas, entre otros extremos, por las posibilidades de éxito de las actuaciones frustradas por la negligencia del abogado.

**Seguro de responsabilidad civil: Intereses del artículo 20 LCS con cargo a la aseguradora: Valoración de su conducta.**—A la hora de determinar qué ha de entenderse por causa justificada a los efectos de la aplicación de la regla octava del artículo 20 LCS, en la redacción dada por la disposición adicional 6.<sup>a</sup> de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, esta Sala ha seguido una línea interpretativa rigurosa con las obligaciones de las aseguradoras, pues la razón del mandato legal radica en evitar el perjuicio que para los asegurados deriva del retraso en el abono de la indemnización y en impedir que se utilice el proceso como instrumento falaz para dificultar o retrasar el cumplimiento de la póliza, sin que disminuya la tutela jurídica de la aseguradora en el pleito, ya que, de prosperar su oposición, ello con-



lleva la devolución de la cantidad satisfecha o previamente consignada, por ser total o parcialmente indebida.

No cabe calificar de razonable o justificada la negativa de la aseguradora a cumplir con su deber de satisfacer la prestación frente al perjudicado lo antes posible, cuando, en el caso enjuiciado, es un hecho acreditado que la aseguradora tuvo conocimiento de los hechos inmediatamente de producirse por la notificación recibida por el Colegio de Abogados; existió una negociación para llegar a un acuerdo en la que participó la compañía de seguros y constan en autos los telegramas enviados por la representación procesal del actor a la compañía de seguros a efectos de interrupción del plazo prescriptorio, y, además, han transcurrido más de ocho años desde la primera reclamación a la aseguradora hasta la presentación de la demanda. En esta tesitura, teniendo la demandada datos suficientes para advertir la gravedad de los daños derivados del hecho causante, así como de la responsabilidad de su asegurado en su causación, cubierta por la póliza de responsabilidad suscrita, no debe tenerse por justificada la negativa de la aseguradora a asumir sus obligaciones para con el perjudicado. Tampoco constituye razón justificada el que no se tuviera la deuda por líquida, y con menor razón cuando a la misma coadyuva la aseguradora con una conducta pasiva, que discurre al margen de su deber de poner en marcha los mecanismos a su alcance para determinar económicamente el valor del daño y lograr la pronta satisfacción de la víctima, con omisión de la obligación de pagar o consignar en los tres primeros meses siguientes al siniestro al menos el importe mínimo de lo que fuera debido. (**STS de 9 de marzo de 2011**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los hechos arrancan del 3 octubre 1994, en que se produce una agresión con disparos de escopeta al actor desencadenada por la persona que había sido expulsada del bar en que se encontraba la víctima. En el proceso penal contra el agresor, se designa de oficio al letrado demandado, quien incurre en negligencia profesional por no personarse dentro de plazo para apelar ante la Audiencia Provincial. En 1995 se dicta sentencia condenatoria, de conformidad, condenando al agresor a penas de prisión y a indemnizar al demandante en la suma de 800.000 pts. por lesiones y secuelas. La víctima, no conforme con la indemnización otorgada en vía penal, y cerrada la vía civil por la negligencia de su letrado, demanda a éste y conjuntamente a la compañía aseguradora de su responsabilidad civil. El Juzgado de Primera Instancia le concede 30.000 euros con los intereses del artículo 20 LCS. En apelación se revoca el último extremo. El TS estima el recurso únicamente en cuanto a los intereses. Que el litigio se resuelva al cabo de casi diecisiete años de producirse los hechos originarios, justifica sobradamente la tacha de injustificada de la conducta de la aseguradora que *sólo* demoró durante ocho años el pago de la indemnización (*G. G. C.*)

**49. Responsabilidad civil por accidente laboral mortal. La revisión de la cuantía indemnizatoria fijada en la instancia sólo puede revisarse en casación excepcionalmente cuando concurren una serie de requisitos que no se dan en el presente caso.**—... el recurso debe ser desestimado, al no concurrir en el presente caso, los requisitos exigibles para que pueda abor-



darse por esta Sala la siempre excepcional revisión de la cuantía de la indemnización concedida en la instancia.

Para alcanzar esta conclusión resulta determinante que la sentencia que se recurre confirma la decisión del Juzgado en todos sus términos, y por ende, también en relación con la única cuestión controvertida en casación sobre la cuantificación de la indemnización derivada del fallecimiento del marido y padre de las demandantes, que igualmente centró el recurso de la parte actora en segunda instancia. Y, fundamentalmente, que al hacerlo, la Audiencia Provincial ratificó la valoración probatoria efectuada por el Juzgado, y los datos fácticos en que este se apoyó para fijar la concreta suma a indemnizar, que, consecuentemente, han de considerarse incontrovertibles en casación.

En esta tesitura, no cabe ver en la decisión impugnada ninguna de las infracciones que se denuncian, ni la existencia de error notorio o arbitrariedad, notoria desproporción o infracción de ley en la fijación de las bases tomadas en consideración, siendo razones para rechazar los argumentos de la recurrente los siguientes:

a) una vez que fue anulada la condena penal y se dictó nueva sentencia absolutoria, era esta última y no la anterior, la que debía tenerse en consideración en orden a apreciar su fuerza vinculante. Y dado que las absolutorias solo vinculan cuando declaran inexistente el hecho constitutivo de la infracción, lo que no es el caso, fue correcta la decisión de entender que ninguna limitación tenía la jurisdicción civil a la hora de cuantificar el daño sufrido con arreglo al material probatorio obrante en este proceso.

b) En esa labor soberana de determinar la cuantía de la indemnización, tampoco puede sostenerse con arreglo a la doctrina expuesta que se vulnerara el principio de resarcimiento íntegro del daño por la circunstancia de aplicar, con valor orientativo, el sistema legal de valoración de los daños personales vigente en materia de accidentes de tráfico, y con menor razón, cuando, incurriendo de nuevo en el misma falta de precisión que le reprochó la Audiencia Provincial, la parte recurrente insiste en calificar de insuficiente la suma recibida con referencia a unos daños superiores que tampoco concreta, o al menos, que no prueba que no sean resarcidos en su integridad con las cantidades concedidas, dada la dificultad inherente a la reparación del perjuicio moral. En este sentido, debe valorarse que la sentencia no distingue entre régimen legal aplicable para determinar el daño y el que debe aplicarse a su cuantificación, lo que supuso que se aplicaran las cuantías vigentes para el año en que se dictó sentencia (2007), decisión claramente beneficiosa para las demandantes y que no se compadece con la doctrina de esta Sala.

c) El hecho de que se concedieran sumas superiores para las hijas en la primera sentencia penal, además de no poder condicionar en modo alguno, como se ha expuesto, la libre decisión al respecto del juez civil, en atención a la prueba practicada en este proceso, tampoco es indicativo de la pretendida vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, al tratarse de órganos y jurisdicciones distintas. **(STS de 31 de mayo de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El marido y padre de las demandantes sufrió una caída mortal mientras trabajaba como peón de albañil en el domicilio del demandado. Seguido el correspondiente proceso penal, se reconoció a las actoras una indemnización que hubieron luego de devolver cuando, apelada la sentencia, se absolvió al demandado de

todo cargo por delito. Posteriormente, ante la jurisdicción civil se ejerció la acción de indemnización por responsabilidad extracontractual, pretendiendo la parte actora una vinculación del Juez civil a la cuantía dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Penal. La Audiencia Provincial les reconoció entonces una indemnización inferior, aplicando con carácter orientativo el baremo de la LRC-SCVM y no los artículos 1902 y 1106 CC. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación en el que las actoras plantean que la aplicación de la citada Ley vulnera el principio de resarcimiento integral del daño y que el establecimiento en la jurisdicción civil de una indemnización inferior a la fijada en vía penal contraviene el principio constitucional de igualdad en la aplicación de la Ley. (L. F. R. S)

**50. Responsabilidad civil médica. Ausencia de consentimiento informado. Efectos.**—Es cierto que existió una intervención quirúrgica que el demandado realizó a la paciente, y que en términos de causalidad física esta es la causa del daño sufrido, porque la secuela se generó como consecuencia de la intervención, y sin ésta no se habría producido. Ahora bien, el daño que se debe poner a cargo del facultativo no es el que resulta de una intervención defectuosa, puesto que los hechos probados de la sentencia descartan una negligencia médica en su práctica. El daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haber omitido la información previa al consentimiento. La falta de información implica una mala praxis médica que no solo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino que es además una consecuencia que la norma procura que no acontezca, para permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), como precisan las sentencias de 2 de julio de 2002 y 10 de mayo de 2006. La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal no es quien le informa sino él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses, incluso en aquellos supuestos en los que se actúa de forma necesaria sobre el enfermo para evitar ulteriores consecuencias. Cosa distinta son los efectos que producen esa falta de consentimiento informado, con independencia de que la intervención médica se realice correctamente, como pretensión autónoma que tiene como fundamento un daño y que este sea consecuencia del acto médico no informado. Sin daño no hay responsabilidad alguna. La falta de información, dice la sentencia de 27 de septiembre de 2001, y reiteran la de 10 de mayo de 2006 y 23 de octubre de 2008, no es *per se* una causa de resarcimiento pecuniario, lo que parece lógico cuando el resultado no es distinto del que esperaba una persona al someterse a un determinado tratamiento médico o intervención quirúrgica. Los efectos que origina la falta de información están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una interven-

ción innecesaria o de una necesidad relativa (SSTS de 12 de febrero de 2007, 23 de mayo, 29 de junio y 28 de noviembre de 2007; 23 de octubre de 2008). (STS de 4 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—J. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca contra la *Clínica B*, el médico P y la compañía aseguradora A solicitando que se declarase la responsabilidad civil solidaria de todos ellos, por los daños ocasionados por la falta de consentimiento informado previo a una intervención quirúrgica de una fístula perianal y de la que resultó como secuela una incontinencia anal.

El Juzgado estimó en parte la demanda y condenó a P. y a la compañía aseguradora A. a indemnizar a la actora en la cantidad de 18.000 euros, cuantía muy inferior a los cerca de 600.000 euros solicitados en la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca la revocó, pero sólo en el sentido de elevar la cuantía indemnizatoria a 36.000 euros. Interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los mismos. (A. S. C.)

**51. Responsabilidad civil médica: consentimiento informado en operación de cirugía estética.**—La información que se proporciona al paciente antes de la intervención, y el correlativo consentimiento por parte de este, es un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica, y se hace especialmente exigente en intervenciones médicas no necesarias, en las que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma y porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención (SSTS de 21 de octubre de 2005; 4 de octubre de 2006; 29 de junio de 2007).

Como tal, la información debe hacerse efectiva con tiempo y dedicación suficiente y obliga tanto al médico responsable del paciente, en este caso el cirujano, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto (SSTS de 15 de noviembre de 2006, y las que en ella se citan), dice la STS de 21 de enero de 2009, 22 de septiembre de 2010, entre otras.

En el caso, la información se proporcionó a la paciente de una forma escrita y suficientemente expresiva de la intervención que se iba a llevar a cabo (elevación mamaria —mastopexia—), así como de sus riesgos, incluidos los de la anestesia, siguiendo el protocolo preparado por la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética. Cuestionar la forma de practicarse, o determinadas omisiones, como la inexistencia de UCI en la Clínica, no es más que un intento de buscar y obtener a través del motivo un criterio de

imputación del facultativo inaceptable en un supuesto en el que la paciente no era desconocedora de la intervención a la que se sometía, como tampoco de las circunstancias de la clínica puesto que, con idéntica información, había sido previamente intervenida en el mismo centro en marzo de 2000 para dermolipectomía abdominal y liposucción de flancos y en abril del mismo año para mastopexia bilateral y liposucción de zonas axilares, realizándose ambas correcciones estéticas con la misma clase de anestesia local y sedación utilizada en la intervención del año 2002, lo que pone de relieve no solo que la información se dio, sino que ésta se produjo en el marco de una relación médico-paciente larga en el tiempo dirigida a resolver la estética que la anatomía de ésta presentaba. (**STS de 20 de enero de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—En el curso de una intervención de cirugía estética sufrió D.<sup>a</sup> R. lesiones irreversibles que le condujeron a un coma profundo. Su esposo y cuatro hijas demandaron al cirujano plástico, al anestésista y a la compañía con la que los facultativos tenían concertados sus seguros de responsabilidad civil. La demanda se apoyaba en una doble argumentación: de una parte, la teoría del daño desproporcionado, con prueba a cargo de los demandados y, de otra, en la infracción de las normas sobre consentimiento informado. La sentencia de instancia condenó solidariamente al cirujano y anestésista demandados sin entrar en el tema —que llegaría a la casación— del consentimiento informado. La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por los médicos absolviéndoles. La familia de D.<sup>a</sup> R. interpuso doble recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. En este último se alegó infracción del artículo 10, apartados 5 y 6 de la Ley General de Sanidad, así como de los artículos 1902 y 1903 CC en cuanto al consentimiento recabado a la paciente. El recurso de casación fue desestimado. (*R. G. S.*)

**52. Responsabilidad médica: reclamación de daños y perjuicios por el fallecimiento de uno de los fetos en el momento de un parto gemelar.**—Al ser la causa del fallecimiento del feto la hipoxia o anoxia, esto es, falta de oxígeno en el feto, que nació muerto, el beneficio de la indemnización se debe reconocer exclusivamente en relación con la pérdida de la vida del feto y no con la muerte de un ser humano que nunca ha existido. Lo que justifica la aplicación de forma orientativa del Baremo contenido en la Resolución de la Dirección General de Seguros de 7 de febrero de 2005 y en concreto de la Tabla II para «víctima embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente».

**Consentimiento informado para la práctica de una ligadura de trompas en el parto.**—Hubo información médica y consentimiento suscrito por la actora autorizando la ligadura de trompas porque «no quería tener más embarazos» y no porque no quisiera tener más de tres hijos, deseo que se vio frustrado con el nacimiento muerto de uno de los dos gemelos que esperaba.

**Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: jurisdicción civil cuando se ejercita la acción directa contra la aseguradora de la Administración.**—Se atribuye competencia a la jurisdicción civil cuando la demanda se dirige en el ejercicio de la acción directa del artículo 76 LCS,

contra el asegurador de la Administración (SSTS de 30 de mayo de 2007 y 21 de mayo de 2008). (**STS de 11 de febrero de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Los padres de dos menores, que actuaban en nombre propio y en el de sus dos hijos, ejercitaron acción de reclamación de daños y perjuicios por el fallecimiento de su hija y hermana en el momento del parto, en base a la acción directa derivada del contrato de seguro, frente a la aseguradora de un hospital público, por deficiente funcionamiento del servicio sanitario en lo relativo al fallecimiento de uno de los fetos, y por falta del consentimiento informado al considerar que la autorización de la ligadura de trompas durante el parto estaba condiciona a al deseo de no tener más de tres hijos.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. La audiencia Provincial de Murcia estimó en parte el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, condenó a la aseguradora a indemnizar a los actores en la cantidad de 15.527,82 euros al apreciar la existencia de un deficiente servicio sanitario, y ratificó el pronunciamiento sobre la información. El TS no dio lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes. (*I. D.-L.*)

**53. Obligación de medios: un centro sanitario está sólo obligado a poner los medios para que no se produzcan resultados de autolesión de los pacientes.**—Los hechos descritos permiten apreciar que la evaluación y diagnóstico de la paciente a su ingreso y durante la estancia en el Centro fue totalmente correcta. Se dice, incluso, que tampoco carecía de las medidas adecuadas a la función desarrollada en el mismo. Se trata de una unidad asistencial y no custodial bajo la atención de médicos especialistas al que los pacientes acuden de forma voluntaria desde su casa los días y las horas indicadas, en este caso durante cinco horas diarias, de lunes a viernes, durante los cuales asume, entre otras cosas, la seguridad del paciente; la organización y gestión y la calidad asistencial, en un sistema de medios y no de resultados por parte del personal sanitario y del hospital.

Los medios, por tanto, se pusieron a disposición de la paciente a partir de un diagnóstico adecuado en el que las instalaciones del hospital se tienen necesariamente en cuenta para el tratamiento asistencial que se le proporciona, de tal forma que la constancia de antecedentes de un peligro cierto, más o menos grave, de autolisis, constituía el principal elemento en la diagnosis y tratamiento en función del cual se establecieron las medidas de vigilancia y control pertinentes.

**Riesgo, previsibilidad del daño y deberes de seguridad a cargo de un centro psiquiátrico ambulatorio.**—[...] es evidente en ningún caso falló la apreciación del riesgo que pudiera resultar de la actividad que se desarrolla en una unidad psiquiátrica asistencial, como es la demandada, en la que es nota característica la ausencia de medidas de vigilancia especiales y la libertad de movimientos de los pacientes en razón a esa previa evaluación que, a juicio de la sentencia, resultó correcta, y que hacía innecesarias medidas genéricas como la que la sentencia apunta con evidente contradicción, consistente en el traslado de la enferma a otro Centro Psiquiátrico General, o propiamente custodial, pues no es posible sostener, de un lado, que no hubo

negligencia profesional médica, y trasladar, de otro, la responsabilidad al Centro en razón de un «peligro evidente y anunciado», que únicamente podían advertir quienes de forma absolutamente correcta diagnosticaron y trataron a la paciente precisamente de aquello por lo que ingresó; todo lo cual conduce a criterios de limitación de la imputabilidad objetiva para recordar que no puede cuestionarse esta toma de decisiones sobre seguridad, más allá de la que resultaba razonable, si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior, de la paciente, lo que se conoce como la prohibición de regreso (SSTS de 14 de febrero y 15 de febrero de 2006 y 7 de mayo de 2007).

Tampoco hay base para sentar un juicio de reproche en el ámbito de la culpabilidad en razón de no haber actuado el centro conforme a los cánones o estándares de conducta referidos, entre otros, a la previsibilidad del daño y la adopción de métodos alternativos, tanto en la perspectiva de la responsabilidad contractual como en la extracontractual, por hecho propio (art. 1902 CC) o ajeno (art. 1903 CC), ni para atribuirle el resultado conforme a criterios de imputación objetiva. El hecho de que se hubiera producido un resultado dañoso no determina necesariamente que se debe responder porque las medidas adoptadas resultaron ineficaces e insuficientes, pues tal conclusión, sin matices, conduce a la responsabilidad objetiva pura o por daño, que no es el sistema que regulan los artículos 1902 y 1903 CC (STS de 16 de octubre de 2007; 21 de noviembre de 2008). Sin duda mediante el ingreso en un Hospital de Día Psiquiátrico se crea no solo una razonable expectativa de curación del enfermo, sino una legítima expectativa de seguridad del paciente en razón a los antecedentes clínicos que determinan su ingreso. Pero es evidente que el tratamiento que le proporcionaban los médicos controlaba el riesgo a que podía estar expuesta durante su ingreso en el Centro, y tanto el diagnóstico como el tratamiento fueron correctos de tal forma que no es posible trasladar al Centro deberes de seguridad que no eran acordes al mismo y que pudieran llegar a justificar una imputación de responsabilidad por su incumplimiento teniendo en cuenta que los medios disponibles que deben proporcionar estos centros sanitarios han de contemplarse dentro de parámetros de normalidad sin exigencia de utopías, y que las medidas genéricas de seguridad, cuya desatención toma en consideración la sentencia para responsabilizar a la demandada, son más propias de un Centro custodial que ambulatorio. Lo contrario equivaldría, sin más, a que en el supuesto de enfermos con antecedentes clínicos reveladores de una situación de peligro, el establecimiento hospitalario debía imponer, a toda costa y permanentemente, al interesado, personal y exhaustiva vigilancia casi determinante de la privación total y absoluta de libertad del paciente –STS de 17 de febrero de 2000–; situación que en el caso no se corresponde con la estructura física, recursos materiales y humanos que el mismo dispone en razón del tratamiento dispensado. **(STS de 17 de noviembre de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.–Doña P. se precipitó desde una terraza del Centro Psiquiátrico en el que recibía tratamiento sufriendo lesiones que tardaron en curar casi trescientos días amén de determinadas secuelas. Ello dio lugar a sendas reclamaciones frente al centro médico tanto por la responsabilidad extracontractual derivada de los daños como por la emanada del incumplimiento del contrato que le vinculaba con la damnificada, incumplido al parecer de la actora, por no



adoptar el centro las medidas a que estaba obligado, necesarias para evitar caídas y accidentes de los pacientes tratados en la institución. El Juzgado desestimó la demanda en todos sus pedimentos. La Audiencia estimó parcialmente la apelación de la actora. Interpuso el Centro Psiquiátrico recurso por infracción procesal y recurso de casación desestimándose el primero y acogándose el segundo. (R. G. S.)

**54. Responsabilidad del profesional médico: se basa en la culpabilidad, debiéndose probar por el paciente la infracción de las técnicas médicas exigibles y el nexo de causalidad con el resultado dañoso.**—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 actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 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 que ha de quedar 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 de 2008 y 20 de noviembre de 2009). La prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva (SSTS de 11 de febrero de 1998, 30 de junio de 2000 y 20 de febrero de 2003) y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades (SSTS de 6 de febrero y 31 de julio de 1999, y 8 de febrero de 2000), aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad.

**Necesidad de causalidad material y jurídica para la imputabilidad.**—Para imputar a una persona un resultado dañoso no basta con la constancia de la relación causal material o física, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado o atribución del resultado (causalidad material y jurídica); actuando en la segunda, entre otros criterios de imputación, la prohibición de regreso que impide que el reproche se realice exclusivamente fundándose en la evolución posterior del paciente (SSTS de 14 de febrero y 15 de febrero de 2006, 7 de mayo de 2007 y 29 de enero 2010). (STS de 1 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

**HECHOS.**—Don Carlos Manuel era paciente del oftalmólogo don Gregorio, que le había operado de cataratas en el ojo derecho, aconsejándole hacerlo del izquierdo, intervención que se realizó previas las pertinentes pruebas preoperatorias. El día señalado para la operación, se le suministró anestesia peribulbar cuya instauración le produjo un hematoma intraorbitario con el consiguiente aumento de tensión orbitaria, que obligan a abortar la operación programada. Como quiera que en dos días dicha tensión volvió a límites normales, se acordó verificar la intervención interrumpida, que se llevó a cabo esta vez con anestesia tópica, a resultas de la cual se produjo la ruptura de la cápsula posterior con el efecto de que el humor vítreo se dirigió hacia la cámara posterior, lo que



determinó que se le diera un punto de sutura en la incisión e encarcelar el vítreo, originándose días después un desprendimiento de retina y la consiguiente pérdida de visión de este ojo.

Don Carlos Manuel interpuso demanda contra la compañía de seguros Z. en ejercicio de acción de responsabilidad civil. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda, por entender que no existió consentimiento informado por parte del paciente. Interpuesto recurso de apelación por la sociedad demandada, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia del Juzgado y desestimando íntegramente la demanda. Contra esa sentencia, el demandante formuló recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, siendo desestimados ambos íntegramente por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

**55. Inaplicación de los criterios de responsabilidad objetiva de la legislación de consumidores –Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios– a los actos médicos.**—La responsabilidad por productos y servicios defectuosos fundada en la LCU, según la más reciente jurisprudencia, 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* (reglas del oficio adecuadas al caso). Por esta razón la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios (SSTS de 5 de febrero de 2001; 26 de marzo de 2004; 17 de noviembre de 2004; 5 de enero y 26 de 2007; 4 de junio y 20 de noviembre 2009).

La aplicación de esta doctrina conduce a la desestimación del motivo, pues la parte demandante ha fundado sus pretensiones atribuyendo los daños padecidos básicamente a determinados actos u omisiones en el tratamiento y la asistencia médica y quirúrgica, respecto de las cuales se ha declarado que no ha existido incumplimiento alguno de la buena praxis médica.

**Responsabilidad médica y doctrina del daño desproporcionado.**—En general, la obligación del médico y, en general, del personal sanitario, no es la de obtener en todo caso la curación del paciente, sino la de proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y de la *lex artis ad hoc* (reglas del oficio adecuadas al caso) (STS de 24 de marzo de 2005, RC n.º 4088/1998).

En el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento. Sólo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente, y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, pueden servir de base para declarar su responsabilidad (STS de 15 de febrero de 2006).

En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para los supuestos tasados (art. 217.5 LEC). El criterio de imputación del artículo 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar 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 (STS de 24 de noviembre de 2005).

La efectividad del derecho al resarcimiento del perjudicado y el efecto indirecto de prevención, que constituyen principios propios del Derecho de daños, exige que se module en determinados casos, bien la imputación objetiva de los daños al profesional sanitario, bien la valoración del elemento subjetivo de la culpa o negligencia, como ocurre en los casos en los que se aprecia la producción de un resultado de daño desproporcionado. En virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que se produjo el daño si se presenta un resultado de daños generado en la esfera de acción del demandado de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, dado que entonces el enjuiciamiento de la conducta del agente debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recaer sobre el que causa un daño no previsto ni explicable en su esfera de actuación profesional (SSTS de 23 de mayo de 2007, y 8 de noviembre 2007, RC n.º 3976/2000).

Con arreglo a la anterior doctrina no son aceptables las argumentaciones de este motivo del recurso que parecen defender una concepción objetiva de la responsabilidad médica fundada en la existencia de un resultado de daños, o a sostener que los médicos actuantes estaban obligados a demostrar que la secuela padecida no fue debida a su negligencia, puesto que la sentencia destaca, entre otros extremos, que el tratamiento fue adecuado, que la secuela padecida puede aparecer por distintas causas y que solo podía evitarse mediante rehabilitación, en la que resulta importante la colaboración de la paciente, que no se produjo. **(STS de 25 de noviembre de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—La actora sufrió un accidente laboral a consecuencia del que resultó la fractura de una muñeca de la que fue tratada por los profesionales correspondientes en una clínica de su ciudad. Posteriormente interpuso demanda contra el médico, la clínica y mutua laboral a la que estaba afiliada reclamando indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Sostenía la existencia de negligencia en el tratamiento quirúrgico, error en el tratamiento médico empleado y dejación de la asistencia médica pertinente y achacaba a todo ello la incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión que padecía. El Juzgado desestimó la demanda por abonar las pruebas el acierto y la profesionalidad de médicos y clínica a la hora de establecer el diagnóstico y prescribir y aplicar el tratamiento requerido por la patología de la actora. La Audiencia confirmó la sentencia de instancia. Los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que ésta interpuso no prosperaron. *(R. G. S.)*

**56. Responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria por la mala praxis de los facultativos, personal sanitario o centros médicos.**—La responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria por una mala praxis de los facultativos, personal sanitario o Centros médicos, tal y como señalan las sentencias de 4 de diciembre de 2007 y 4 de junio 2009, ha venido reconociéndose o rechazándose por la jurisprudencia

de esta Sala en función de diversos criterios aplicados, alternativa o combinadamente, en atención a las circunstancias de cada caso:

(a) Responsabilidad por hecho ajeno dimanante de la existencia de una relación de dependencia contemplada en el artículo 1903 I y IV CC. La existencia de una relación de dependencia no parece ofrecer duda en aquellos supuestos en los cuales la relación de los médicos con la aseguradora de asistencia médica es una relación de naturaleza laboral. Sin embargo, en la mayoría de los casos esta relación es la propia de un arrendamiento de servicios entre la entidad aseguradora y el prestador sanitario, según la califica habitualmente la jurisprudencia (SSTS de 12 febrero 1990; 10 de noviembre de 1999). El hecho de que los facultativos presten sus servicios con total libertad de criterio, de acuerdo con sus conocimientos científicos y técnicos, sin interferencias de las aseguradoras, supone que en principio responde por sí mismo –siempre que reúna las cualidades adecuadas y por ello deba estimarse correctamente seleccionado por parte del empresario; y siempre que éste no ejerza una función de control sobre su actividad–, por lo que en alguna de estas sentencias se contempla algún elemento adicional, como el hecho de la elección directa del médico por la aseguradora.

(b) Responsabilidad derivada de naturaleza contractual que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica frente a sus asegurados, basada normalmente en asumir, más o menos explícitamente, que la aseguradora garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica (SSTS de 4 de octubre de 2004; 17 de noviembre de 2004), con apoyo en los precedentes históricos del contrato de seguro de asistencia médica, pues en las mutuas e iguales no existía separación entre la gestión del seguro y la prestación de la asistencia médica, y en el hecho de que el artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que «el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos».

(c) Responsabilidad sanitaria con base en la llamada doctrina o principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores (STS de 2 de noviembre 1999: el seguro se contrató en atención a la garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía, con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial, y también en la STS de 4 de octubre de 2004, en la que se toma en consideración que se garantizaba expresamente una correcta atención al enfermo). En todos estos casos, los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y en consecuencia corresponde a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga a resultas del contrato frente al asegurado, dado que la actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación. La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta, pues, como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio. Desde esta perspectiva, la responsabilidad de la aseguradora tiene carácter contractual, pero no excluye la posible responsabilidad del profesional sanitario frente al paciente con carácter solidario respecto a la aseguradora y sin perjuicio de la acción de regreso de ésta contra su auxiliar contractual.

(d) Responsabilidad derivada de la existencia de una intervención directa de la aseguradora en la elección de los facultativos o en su actuación

(STS de 2 de noviembre de 1999). Este tipo de responsabilidad opera en el marco de la relación contractual determinante de una responsabilidad directa de la aseguradora, pero no es infrecuente la referencia a las disposiciones del Código Civil que regulan la responsabilidad por hecho de otro en el marco de la extracontractual. La sentencia de 21 de junio de 2006 parte del hecho de que la comadrona estaba incluida en el cuadro facultativo de la aseguradora, y otras, más numerosas, de las Audiencias Provinciales, suelen considerar suficiente la inclusión del facultativo en el cuadro médico de la aseguradora para inferir la existencia de responsabilidad por parte de ésta derivada de la culpa in eligendo.

(e) Responsabilidad en aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios (arts. 26 y 28, en la redacción anterior al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad 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, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS de 5 de febrero de 2001; 26 de marzo de 2004; 17 de noviembre de 2004; 5 de enero de 2007 y 26 de abril de 2007).

En el caso enjuiciado, ha de entenderse, como expresa la sentencia, que por medio del contrato de seguro de asistencia sanitaria celebrado entre la entidad codemandada, S. S.A., y la codemandante «el asegurador se obliga no sólo a prestar la asistencia correspondiente al padecimiento (enfermedad o lesión) del asegurado, sino también la más segura y eficaz, alcanzando así a la elección del facultativo adecuado que se pone al servicio del cliente; prestación sanitaria que resultará defraudada si la asistencia recibida resulta incorrecta y conlleva graves consecuencias dañosas morales y materiales para el paciente, derivadas de una actuación negligente del facultativo elegido por el asegurado, dando lugar a una responsabilidad contractual por parte del asegurador por incorrecto cumplimiento de las prestaciones del contrato». Asimismo, el contrato de seguro de asistencia sanitaria exige la previa concertación entre la entidad aseguradora y cada uno de los médicos y centros hospitalarios que forman su cuadro médico, lo cual se produce por medio de un contrato de arrendamiento de servicios, como ocurre en este caso entre los codemandados «estableciéndose así una relación de dependencia cuando menos económica y funcional que da lugar a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno», establecida con carácter general en el artículo 1903,4.º CC, caso de producirse daños y perjuicios concretos con motivo de una actuación culposa o negligente del facultativo. (STS 4 de noviembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don N. y D.ª M. C. actuando en su propio nombre y en el de su hija menor E., ejercitan acción de responsabilidad civil extracontractual contra el médico que atendió a D.ª M. C. durante su embarazo y parto. También ejercitaron acción de responsabilidad contractual y extracontractual por hecho ajeno contra la Compañía de Seguros S. (con la que D.ª M. C. había celebrado un contrato de asistencia sanitaria). Se reclamaba la indemnización correspondiente a los daños morales y patrimoniales derivados del nacimiento de una niña con focomelia (ausencia de ambas manos y dos terceras

partes de los antebrazos). La demanda fue estimada por el Juzgado y la resolución confirmada por la Audiencia, si bien con diferencia en el monto de las indemnizaciones. La Compañía de Seguros y los actores en la instancia formularon recurso de casación. En ambos casos el Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (R. G. S.)

**57. *Dies a quo* para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción de repetición contra los responsables de la causación del daño.**—El día a partir del cual es posible el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse la acción de que se trate y que en caso las partes han reconducido a través del artículo 1968.2 CC y no del artículo 1964, como propia de una acción recuperatoria o contractual, no sujeta al plazo prescriptivo del año sino al de quince años establecido en aquel artículo 1964; plazo que no ha transcurrido si se tiene en cuenta que es presupuesto necesario para el ejercicio de la acción que la sentencia haya sido íntegramente cumplida por la entidad pública, puesto que la prescripción de la acción se cuenta a partir de la fecha del pago total efectuado. El pago de la indemnización extingue la obligación impuesta por la condena y legitima al condenado al pago para el ejercicio de la acción de repetición, de forma similar a lo que dispone Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Tratándose de una acción de repetición, dice la STS de 29 de octubre de 1997, el cómputo del plazo prescriptivo ha de contarse desde el último pago efectivo llevado a cabo, como acertadamente sienta la sentencia que se recurre, abono que tuvo lugar en fecha 21 de julio de 2003, por lo que no procede estimar la prescripción extintiva de la acción alegada, conforme al precepto general 1969 del Código Civil dado el tiempo de producción del evento y el de ejercicio de la acción que de él nace a través del pago efectuado. Con lo que el motivo ha de ser desestimado.

**Protección de los consumidores: responsabilidad solidaria de los causantes del daño. Relación interna entre los codeudores.**—Dice el artículo 27.2 de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en la actualidad: artículo 132 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: «El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causación del daño»), que «si a la producción de daños concurrieren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pagare al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños». En lo que aquí interesa supone que una cosa es la defensa que la ley proporciona a los consumidores mediante una amplia legitimación de las personas que pueden responder frente a la víctima y otra distinta que el ejercicio de la acción contra todos o contra uno de los posibles responsables no permita en la relación entre posibles codeudores la repetición de la totalidad de lo que se pagó, pues en ningún caso la ley condiciona la acción de repetición a que también hubiera sido condenado en el pleito inicial en el que la ahora demandada no pudo serlo por razón de la jurisdicción en la que fue instado, lo que impone a quien acciona, conforme a las reglas impuestas en el artículo 217 LEC, acreditar fehacientemente una responsabilidad distinta de las varias que contempla la Ley de Consumidores, o lo que es lo mismo, probar quien es el autor del daño y que, en el caso, se proyecta exclusivamente «sobre quien fabricó o al menos distri-

buyó» el producto al que la sentencia identifica como autor exclusivo, frente a la entidad pública a quien la jurisdicción social se lo imputa por una defectuosa asistencia sanitaria consistente en prescribir un tratamiento inadecuado de un producto que fabricó la demandada, que tiene el mismo efecto frente a la víctima, pero que son cosas distintas en la relación interna entre los deudores solidarios. (STS de 15 de noviembre 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La Administración sanitaria de determinada Comunidad Autónoma fue condenada por un Juzgado de lo Social a indemnizar a don F. al establecerse la relación de causalidad entre el medicamento administrado —en el marco de un tratamiento inadecuado— al susodicho y la hepatitis C contraída por éste. El Servicio Jurídico de la Comunidad Autónoma ejercita acción de repetición contra la empresa farmacéutica que fabricó y distribuyó el medicamento apoyando su acción en el artículo 28 de la Ley 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. La sentencia del Juzgado estimó íntegramente la demanda y condenó a la empresa al abono de la cantidad solicitada. La Audiencia revocó la sentencia inferior pero a los solos efectos de reducir la cuantía que la empresa debía abonar a la Administración pues mantuvo la responsabilidad de la apelante en los daños ocasionados. Recurre la empresa farmacéutica al Tribunal Supremo, declarando éste no haber lugar ni a la casación de la sentencia ni al recurso extraordinario por infracción procesal planteados. (R. G. S.)

**58. Indemnización por daños corporales en accidente de circulación: deuda de valor con arreglo al valor del punto en el momento del alta definitiva.**—Las SSTs de 17 de abril de 2007 y 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 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».

Las sentencias, cuya doctrina debemos aplicar en el supuesto examinado, consideran que la pérdida de valor que origina la valoración de los puntos en el momento del accidente no podría compensarse con los intereses de demora del artículo 20 LCS, dado que éstos no siempre son aplicables; las lesiones pueden curarse o manifestarse transcurrido largo tiempo; y la determinación de los intereses de demora exige determinar la cantidad en función de la cual se van a devengar.

Dichas sentencias descartan que exista una incompatibilidad entre irroactividad y deuda de valor, porque la tesis que ha defendido su existencia parte de una interpretación fragmentaria del artículo 12 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (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 (art. 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 valorativos, que serán los del momento del accidente. En consecuencia, cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado.

Los preceptos citados no cambian la naturaleza de deuda de valor que la Sala ha atribuido a la obligación de indemnizar los daños personales. De ahí que 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 de 8 de julio de 1987, 16 de julio de 1991, 3 de septiembre de 1996, 22 de abril de 1997, 20 de noviembre de 2000, 14 de julio de 2001, 22 de julio de 2001, 23 de diciembre de 2004, 3 de octubre de 2006, entre muchas otras). Y ello con independencia de que la reclamación sea o no judicial».

La doctrina sentada por estas sentencias ha sido aplicada posteriormente por las de 3 de octubre de 2006, SSTS de 9 de julio de 2008, RC n.º 1927/02 y 10 de julio de 2008, RC n.º 1634/02, 2541/03, 23 de julio de 2008, RC n.º 1793/04, 18 de septiembre de 2008, RC n.º 838/04, 30 de octubre de 2008, RC n.º 296/04, 18 de junio de 2009, RC n.º 2775/2004 y 9 de marzo de 2010, RC n.º 456/2006.

La disposición transitoria única del texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor aprobado por RDL 8/2004, de 29 de octubre establece: Disposición transitoria única. Subsistencia de las cuantías indemnizatorias actualizadas de las tablas I a V del anexo «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación», de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, incorporado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. Para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de este texto refundido, subsistirán y resultarán de aplicación las cuantías indemnizatorias fijadas en las tablas I a V del anexo «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación» de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, incorporado por la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; así como las resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones mediante las que se han hecho públicas las actualizaciones anuales de dichas cuantías.

Esta norma no se opone a la doctrina arriba expuesta pues tan solo aclara que, para accidentes producidos con anterioridad a su entrada en vigor, han de seguir rigiendo las cuantías indemnizatorias fijadas en el texto derogado, aunque actualizadas anualmente con arreglo a lo que cada año publique la DGS. En consecuencia, no contradice la jurisprudencia citada en cuanto a la procedencia de aplicar el régimen anterior para fijar los daños derivados de siniestros ocurridos durante la vigencia de la LRCSCVM 1995, sin perjuicio de que para su cuantificación deba estarse a la actualización correspondiente al año en que se produzca el alta definitiva, y esto, independientemente este momento sea anterior o posterior a la entrada en vigor del TR, pues el RDL 8/2004, de 29 de octubre mantiene el criterio 10 del apartado Primero C) del Anexo, que alude a la actualización anual de las cuantías con efectos de uno



de enero y con arreglo a las resoluciones publicadas por la DGS, en términos idénticos a los contemplados en el texto del 95, que fue objeto de refundición.

La aplicación de la doctrina que acaba de exponerse al caso examinado conduce a acoger la impugnación articulada a través del único motivo de casación, si bien solo parcialmente pues, aunque la Audiencia Provincial se aparta de aquella 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 su cuantificación económica, cuando la doctrina de esta Sala exige que esto último se haga en función de las cuantías actualizadas vigentes para el año en que las lesiones quedaron definitivamente estabilizadas, tampoco esta jurisprudencia acoge por completo la tesis de la parte recurrente de estar a la actualización correspondiente a la fecha de la sentencia, por ser lo adecuado tomar en consideración las cuantías actualizadas para el año en que se produjo el alta definitiva.

En consecuencia, al ser un hecho probado, no revisable en casación, que el alta tuvo lugar en enero de 2003, el cálculo de las cantidades por los diferentes conceptos indemnizatorios concretados correctamente en la sentencia recurrida con arreglo al sistema legal vigente a fecha del siniestro (año 2002) debe llevarse a cabo, en periodo de ejecución de sentencia, con arreglo a las cuantías señaladas para aquel año por resolución de la DGS de fecha 20 de enero de 2003 («BOE» de 24 de enero de 2003). La cantidad resultante devengará los intereses de demora fijados en segunda instancia, cuyo pronunciamiento permanece inalterado. **(STS de 10 de noviembre de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Tras haber sufrido lesiones como consecuencia de un accidente de circulación, el perjudicado entabló acción directa contra la aseguradora de la responsabilidad civil del vehículo causante reclamando la indemnización correspondiente, los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro y costas del pleito. Para el cálculo de la indemnización el actor tomó como referencia el sistema legal de valoración del daño corporal vigente en el momento de la demanda aunque sin renunciar a la actualización procedente en la fecha de la sentencia. El Juzgado declaró prescrita la acción y, sin entrar en el fondo, absolvió a la aseguradora. La Audiencia estimó parcialmente el recurso del actor y condenó a la entidad a abonar determinada cantidad más los intereses legales del artículo 20 desde la fecha del siniestro y hasta su completo pago. Recurre el actor en casación cuestionando el criterio de la Audiencia de atenerse al régimen vigente al tiempo del siniestro tanto para determinar el daño como para valorarlo económicamente. El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso considerando que la valoración económica de los daños corporales sufridos por el recurrente había de hacerse atendiendo a las actualizaciones vigentes al tiempo en que tuvo lugar el alta definitiva del perjudicado. (R. G. S.)

#### 4. DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**59. Limitaciones por razón del interés general en el ámbito de la propiedad horizontal: requisitos de eficacia.**—Esta Sala ha expuesto reite-

radamente que el derecho a la propiedad privada constituye un derecho constitucionalmente reconocido (art. 33 CE), concebido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente que, en todo caso, deben ser interpretadas de un modo restrictivo.

En el ámbito de la propiedad horizontal, resulta posible, el establecimiento de limitaciones o prohibiciones que en general atienden al interés general de la comunidad. Estas prohibiciones referidas a la realización de determinadas actividades o al cambio de uso del inmueble, deben constar de manera expresa, y a fin de tener eficacia frente a terceros deben aparecer inscritas en el Registro de la Propiedad.

La doctrina de esta Sala es prácticamente unánime [SSTS 23 de febrero de 2006 (RC n.º 1374/1999), 20 de octubre de 2008 (RC n.º 3106/2002), entre otras] al considerar que la mera descripción del inmueble no supone una limitación del uso o de las facultades dominicales. Para que las prohibiciones o limitaciones resulten eficaces, resulta imprescindible que una cláusula o regla precisa así lo establezca. Los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad como consideren más adecuado, a no ser que este uso esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de dicha propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria.

La interpretación que realiza la Audiencia Provincial de los preceptos que se consideran vulnerados por el recurrente, es plenamente acertada. Tras constatar que la comunidad de propietarios carece de estatutos, señala que en la escritura de división de la propiedad horizontal únicamente aparece reflejado el destino de la planta sótano (reservada a servicios comunes de la comunidad) para a continuación limitarse a describir los elementos del inmueble, señalando que la planta primera, donde está situada la finca del recurrido, está compuesta de locales comerciales. Esta referencia no permite deducir la vigencia de una prohibición que afecta a las facultades dominicales. Esta clase de prohibiciones o limitaciones deben ser expresas y no pueden presumirse. En definitiva no existe en el caso que se examina ninguna limitación de uso ni una prohibición de modificación del uso del inmueble. **(STS de 30 de diciembre de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El Juzgado había desestimado la acción interpuesta por una comunidad de propietarios solicitando declarase contrarias a la Ley de Propiedad Horizontal las obras realizadas por un propietario al afectar aquéllas a elementos comunes así como la ilegalidad del cambio de destino del inmueble, que de local comercial había pasado a ser vivienda, esto último por considerarlo prohibido tanto legal como convencionalmente. La Audiencia desestimó la apelación de la comunidad actora considerando la inexistencia de normas —incluso estatutarias— que impidiesen al demandado la alteración del uso del inmueble de su propiedad. La comunidad formalizó recurso de casación que el Tribunal Supremo desestimó reiterando su doctrina sobre la necesidad de que las limitaciones o prohibiciones referidas a la alteración del uso de un inmueble sean expresas como requisito de eficacia. (*R. G. S.*)

**60. Propiedad horizontal: elementos comunes por naturaleza y por destino.**—Los primeros serían imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los diferentes pisos o locales y no podrían quedar desafectados, mientras que los segundos, a través del título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, o por acuerdo unánime de la comunidad de propietarios, podrían ser objeto de desafectación.

**Las terrazas de los edificios constituidos en el régimen de la propiedad horizontal son elementos comunes por destino.**—Lo que permite atribuir el uso privativo de las mismas a uno de los propietarios.

**La cubierta del edificio no puede perder su condición de elemento común por naturaleza.**—Debido a la función que cumple en el ámbito de la propiedad horizontal, y ello pese a que la terraza situada en la última planta del edificio, se configure como privativa. (STS de 8 de abril de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Un comunero solicitaba a la comunidad de propietarios en la que se situaba su vivienda, que hiciera frente a los gastos de reparación de la terraza aneja a su vivienda que formaba parte de la cubierta del edificio.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. La audiencia estimó el recurso de apelación presentado por la parte actora al considerar, que como la terraza del actor constituía parte de la cubierta del edificio, no podía ser calificada como un elemento privativo al ser un elemento común por naturaleza. El TS no da lugar al recurso de casación. (I. D.-L.)

**61. Propiedad Horizontal. Acuerdos para la alteración del aspecto exterior o fachada del edificio. Atenuación de la regla de la unanimidad cuando se trata de locales comerciales abiertos al público.**—La exigencia de unanimidad, que establece el artículo 12 en relación con el artículo 17.1.ª LPH, para adoptar acuerdos que impliquen una modificación de los elementos comunes, por suponer una modificación del título constitutivo, como los que se refieren a la alteración del aspecto exterior del edificio, ha sido matizada por la jurisprudencia de esta Sala, que considera que debe interpretarse de modo flexible, cuando se trata de locales comerciales situados en edificios en régimen de propiedad horizontal. Pues estos locales están destinados a albergar diferentes negocios, de modo que para su correcto desarrollo es necesaria la instalación de elementos externos tendentes a la captación de clientela, que necesariamente va a afectar a elementos comunes del edificio y, en especial, a la fachada. En este sentido, las SSTs de 11 de noviembre de 2009 y de 30 de septiembre de 2010 declaran que no cabe idéntica interpretación entre locales de negocios y pisos, pues la zona de los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales. De este modo, los propietarios de los locales comerciales situados en la planta baja pueden ejecutar obras que supongan la alteración de la fachada del edificio, siempre y cuando su realización no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general o perjudique los derechos de otros propietarios. (STS de 14 de febrero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio situado en La Coruña promovió juicio verbal de suspensión de obra nueva, solicitando que se condenara al propietario y al arrendatario de un local comercial, situado en la planta baja, a reponer el estado de la fachada a la situación en la que se encontraba antes de la realización de las obras que ejecutaron sin haber obtenido el consentimiento de la comunidad. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a los demandados. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora. (*L. A. P. M.*)

**62. Propiedad horizontal: obras que afectan a elementos comunes sin autorización expresa. Consentimiento tácito de la comunidad de propietarios.**—[...] es preciso recordar la doctrina que se viene aplicando por esta Sala en relación con la necesidad del consentimiento de la Junta de Propietarios para la realización de obras que puedan afectar a elementos comunes, cuya naturaleza ostenta, en el caso que nos ocupa, la fachada afectada por la instalación de un cerramiento metálico. Esta Sala ha declarado ya en otras resoluciones que, ciertamente, el conocimiento no equivale a consentimiento ni el silencio supone una declaración genérica (SSTS de 26 de mayo de 1986, 16 de octubre de 1992 y 3 de octubre de 1998), tal y como defiende la parte ahora recurrente. No obstante, también se ha establecido, con valor de doctrina jurisprudencial, que ha de estarse a los hechos concretos para decidir si el silencio cabe ser apreciado como consentimiento tácito o manifestación de una determinada voluntad. De este modo, la resolución del conflicto radica en determinar bajo qué condiciones debe interpretarse aquél como tácita manifestación de ese consentimiento, a cuyo fin habrán de valorarse las relaciones preexistentes entre las partes, la conducta o comportamiento de éstas y las circunstancias que preceden y acompañan al silencio susceptible de ser interpretado como asentimiento [SSTS de 23 de octubre de 2008 (RC n.º 1332/2003) y 5 de noviembre de 2008 (RC n.º 1971/2003)].

Desde estos parámetros, el interés casacional por oposición a la jurisprudencia de la Sala es inexistente. Sólo si se ignoran los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial se puede concluir que concurra la contradicción que se alega. La sentencia recurrida, en el Fundamento de Derecho Primero, no sólo evidencia que se ha realizado un gran número de cerramientos de terrazas, mediante construcciones de aluminio, sin que la Comunidad haya iniciado acciones tendentes a su retirada, sino que considera acreditado que cuando los recurridos adquirieron la vivienda ya se había instalado una construcción de aluminio, cristal y material de obra en la terraza en cuestión. A todo ello se une que se han aportado pruebas que ponen de manifiesto que otro vecino, frente al que ninguna acción se ha llevado a cabo, realizó un cerramiento de la terraza análogo al ejecutado por los recurridos, que ha sido consentido por la Comunidad.

En definitiva, las sentencias de esta Sala que identifica el recurrente mantienen un criterio doctrinal que ha sido completado por jurisprudencia más reciente, conforme se ha examinado, y ahora se reitera, respecto a que es posible la aprobación tácita de la Comunidad en la realización de obras como las que son objeto de este pleito, una vez analizados los hechos concretos, que en el presente caso han permitido a la Audiencia Provincial, tras valorar

la existencia de construcciones análogas permitidas por la Comunidad, así como la preexistencia de un cerramiento anterior llevado a cabo por quienes vendieron a los ahora propietarios el inmueble en cuestión, declarar la validez de la construcción ejecutada. (STS de 26 de noviembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El Juzgado estimó la demanda interpuesta por una comunidad de propietarios declarando la ilegalidad de un cerramiento metálico de terraza al haber sido ejecutado sin contar con la preceptiva autorización de la comunidad. La Audiencia revocó la resolución de instancia y desestimó la demanda considerando la existencia en el edificio de cerramientos similares consentidos por la comunidad sin que, en aquellos casos, ésta hubiere interpuesto acción alguna. La comunidad de propietarios interpuso recurso por interés casacional al entender que sobre el punto debatido existía jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

**63. Legitimación del presidente de una comunidad de propietarios para el ejercicio de acciones relativas a daños sobre elementos privativos.**—Declara el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (v. gr., SSTs de 8 de julio de 2003, 18 de julio de 2007 y 30 de abril de 2008) que las comunidades de propietarios, con la representación conferida legalmente a los respectivos presidentes (art. 13.3 LPH), gozan de legitimación para demandar la reparación de los daños causados a elementos comunes y privativos del inmueble. Las personas ajenas a esta comunidad no pueden pretender realizar diferencia entre estos elementos, ya que tal cuestión queda reservada a la relación interna entre los integrantes subjetivos de la comunidad (STS de 24 de septiembre de 1991), sin perjuicio de las obligaciones del presidente de responder frente a ellos de su gestión (SSTs de 15 de enero y 9 de marzo de 1988). Frente al exterior, por tanto, vale la voluntad del presidente como voluntad de la comunidad. Con ello, el Tribunal Supremo extiende las facultades del presidente a la defensa de los intereses afectantes a los elementos privativos del inmueble cuando los propietarios le autoricen. Es más, tal autorización se presume, pues se entiende que existe mientras no se acredite lo contrario (STS de 2 de diciembre de 1989). A este respecto, no basta con la prueba de que no existe autorización previa de la junta de propietarios, pues, salvo en los supuestos expresamente excluidos por la Ley y en los que exista una oposición expresa, tal autorización no es necesaria si ejercita una pretensión en beneficio de la comunidad (ver al respecto SSTs de 3 de marzo de 1995, 16 de octubre y 20 y 31 de diciembre de 1996 y 18 de julio de 2007). Concretamente, se sigue esta doctrina, al menos, para los vicios y defectos de construcción, por afectar también el interés de la comunidad a los incumplimientos contractuales afectantes a viviendas en particular (STS de 10 de mayo de 1995).

**Incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato de obra. Reparación *in natura* frente a indemnización.**—Si bien el Tribunal Supremo afirma que existe una larga jurisprudencia que considera que, en el contrato de obra, el derecho del perjudicado a obtener la reparación *in natura* sólo es preferente sobre la indemnizatoria, cuando tal reparación sea posible y el perjudicado la prefiera (v. gr., SSTs de 2 de diciembre de 1994, 13 de mayo de 1996

y 13 de julio de 2005), en determinados supuestos se ha afirmado la solución contraria; esto es: que la posibilidad de instar la reclamación directa de la indemnización es únicamente una excepción a la regla general del artículo 1098 CC, que prescribe la reparación *in natura* (entre otras, SSTS de 17 de marzo de 1995 y 13 de julio y 27 de septiembre de 2005). Ahora bien, incluso conforme a esta otra doctrina, se ha mantenido la procedencia de la pretensión resarcitoria por equivalencia cuando concurren una serie de circunstancias – por ejemplo, acto de conciliación que termina sin avenencia–, que coinciden con las que se presentan en este caso. Todo ello es consecuencia racional y lógica de que la reparación trata de conseguir que el patrimonio del lesionado quede en situación igual o, al menos, equivalente, a la que tenía antes de haber sufrido el daño, y de que, como declara la STS de 21 de diciembre de 2010, a estos fines, la solución indemnizatoria es a veces más efectiva en atención a las complicaciones, dilaciones y conflictos que se pueden plantear en el trámite ejecutivo. (STS de 16 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.–La presidenta de una comunidad de propietarios interpuso demanda contra la promotora de las viviendas sobre la que se constituía la propiedad, así como contra los arquitectos y aparejadores de la obra realizada, en ejercicio de la acción por vicios ruinógenos del artículo 1591 CC y, subsidiariamente, de incumplimiento de contrato, reclamando la indemnización de los daños producidos en los bienes comunes, así como en los privativos de los diversos propietarios de la comunidad.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó únicamente a la promotora al pago de una indemnización menor que la solicitada, absolviendo al resto de los demandados. Contra esta sentencia interpusieron recurso de apelación tanto la comunidad de propietarios, a través de su presidenta, como la promotora de las viviendas. La Audiencia Provincial, partiendo de la inexistencia de vicios ruinógenos, pero sí de defectos leves relacionados con el incumplimiento contractual, desestimó ambos recursos, argumentando respecto del primero que no procedía declarar la condena solidaria de los arquitectos y aparejadores de la obra. Respecto del segundo recurso, rechazaba la Audiencia la tesis de la falta de legitimación de la presidenta de la comunidad de propietarios para el ejercicio de acciones en relación a elementos privativos, y declaraba por otra parte que no era necesario en este caso la previa solicitud de reparación *in natura*. La promotora interpuso entonces recurso de casación. (A. M. M.)

**64. Propiedad intelectual: requisitos para apreciar la existencia de obra fotográfica; diferencia entre obra fotográfica y mera fotografía. Originalidad: doctrina jurisprudencial.**–Citando la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1992, se hace referencia desde una perspectiva subjetiva, a la exigencia de un esfuerzo creativo y que «se refleje la personalidad del autor»; y, en el plano de la novedad objetiva, a la trascendencia de la obra.

**La originalidad protegible en la obra fotográfica: diferencias con la mera fotografía; valoración de una cierta altura creativa.**–La diferencia



entre obra fotogràfica y mera fotografìa va a recaer en la valoraci3n de una cierta altura creativa (no basta una novedad objetiva cualquiera). Su valoraci3n corresponde, en principio, a los tribunales que conocen en instancia, aun cuando la «suficiencia creativa» es verificable en casaci3n, en tanto que la «originalidad creativa» es un concepto jurìdico indeterminado. En el caso concreto no hay datos en la sentencia impugnada que evidencien irracionalidad de criterio, porque, en lo que se refiere al valor creativo de lo que la actora denomina «pintar con luz» ha sido contestado por la contraparte argumentando con un informe t3cnico que se trata de una de las maneras usuales y tradicionales de los fotogràfos profesionales de fotografiar los alimentos u objetos especìficos de los que aparecen en envases como el de autos. (STS de 5 de abril de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesùs Corbal Fernàndez.]

HECHOS.—El litigio versa sobre los derechos exclusivos de propiedad intelectual sobre unas fotografìas encargadas para ser incluidas en la confecci3n del diseõo de los envases de unos productos que comercializa la entidad demandada. El fotogràfo demandante sostiene que en la explotaci3n de las fotografìas se han ignorado sus derechos exclusivos de propiedad intelectual (patrimoniales y morales) como autor, en este caso, de una obra fotogràfica. En primera instancia se desestima la demanda y la Audiencia Provincial confirma el fallo recurrido en apelaci3n. (S. M. S.)

**65. Propiedad intelectual. Interpretaci3n del artìculo 46.1 LPI: participaci3n proporcional en los ingresos de explotaci3n.**—La demandada pretende que se tome en cuenta el pago que recibì del IMPU del Ayuntamiento de Barcelona por la cesi3n de derechos de la obra y no el precio de venta al pùblico de la obra por dicho IMPU, pues la editorial no obtuvo ingreso ni beneficio de dicha explotaci3n por un tercero. Sin embargo, aparte de que la editorial tambi3n percibi3 una cantidad por la publicidad inserta en la obra, en cualquier caso la interpretaci3n efectuada por la resoluci3n recurrida de la expresi3n «sobre las ventas» (para aplicar el porcentaje) no ha sido cuestionada como tal interpretaci3n contractual, ni por lo demàs es en absoluto arbitraria o irrazonable, siendo por lo demàs irrelevante (sì que tambi3n incierto) que el encargo del Instituto fuera posterior al efectuado por la Editorial a la actora. (STS de 6 de abril de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesùs Corbal Fernàndez.]

HECHOS.—El proceso versa sobre la fijaci3n de los porcentajes correspondientes al autor de unas obras literarias cuya explotaci3n cedi3 a la Editorial M., S.L., a cambio de una remuneraci3n proporcional sobre los precios de venta. El fallo de primera instancia estim3 parcialmente la demanda de la actora; lo mismo sucedi3 con el recurso en apelaci3n. La editorial demandada presenta recurso de casaci3n. (S. M. S.)

**66. Propiedad intelectual: protegibilidad del formato televisivo como obra: se requiere originalidad; no se aprecia.**—La obra audiovisual s3lo existe y merece tal protecci3n en el caso de que sea original. En el caso



del programa televisivo al que se refieren los derechos patrimoniales supuestamente lesionados contiene elementos pertenecientes al llamado dominio público cultural, semejantes en todos los programas televisivos del mismo contenido temático.

**Derechos patrimoniales del productor sobre la grabación audiovisual: derechos conexos; no se infringen.** Existiendo diferencias sustanciales entre ambos programas, basta ello para resolver la cuestión de los derechos patrimoniales del productor sobre la grabación, por no tratarse de un problema de plagio o usurpación, propio del derecho moral del autor de exigir el reconocimiento de su condición de tal.

**Actos de competencia desleal: artículos 6, 11 y 12 LCD (Ley 3/1991).** En relación con el artículo 6, al mencionar la norma como objeto de la confusión del consumidor «la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos», se refiere el legislador a los medios de identificación o presentación de la empresa, de las prestaciones o de los establecimientos de otro agente económico en el mercado. También se proyecta sobre las creaciones formales, bien que reputadas, el artículo 12 –STS de 19 de mayo de 2008–, mientras que el artículo 11 lo hace a la imitación de las iniciativas empresariales y de las prestaciones ajenas, entendidas éstas en el sentido de creaciones materiales –SSTS de 11 de mayo de 2004, 7 de julio de 2006 y 4 de marzo de 2010–. Conforme a lo expuesto, los artículos 6 y 12 sólo serían aplicables a la utilización por los demandados del título «La botica de Txumari» para identificar el programa de televisión a que se refiere la demanda. Pues bien, las sustanciales diferencias existentes entre ambos, considerados aisladamente, excluyen tanto el riesgo de confusión en los televidentes sobre el origen empresarial de uno y otro, como el aprovechamiento por el segundo de la reputación ganada en el mercado por el primero. La misma conclusión se impone en relación con el artículo 11. Por ello debe mantenerse la decisión del tribunal que conoció en apelación al considerar que los consumidores de programas televisivos sobre salud entienden que los litigiosos se producen por diferentes empresarios y son distintos, pues su parecido es tan usual como poco significativo en el ramo de actividad de que se trata y la identidad del presentador de uno con el que lo había sido del otro carece de potencialidad suficiente para generar riesgo de error o aprovechamiento de reputación. **(STS de 9 de diciembre de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.–La productora K, S.L. celebra un contrato de producción de obra audiovisual con D. B., por el que éste creará los guiones y presentará un programa televisivo sobre salud natural, que se tituló «La Botica de la Abuela». En 1998, la productora y D. B. convienen la extinción de la relación contractual hasta entonces vigente, cediéndole D. B. a la productora, en exclusiva, sus derechos de reproducción, distribución y comunicación pública sobre la obra audiovisual, que era emitida periódicamente, con indudable éxito. En enero de 2000 comienza la emisión periódica en una cadena de televisión, de la que es titular A3 TV, S.A., de un programa titulado «La botica de Txumari», producido por S.P., S.A. y presentado y conducido por el mismo D.B., con la misma estructura general e idénticos decorados, puesta en escena, contenido temático y medios de presentación que «La Botica de la Abuela». K, S.L. demanda a D. B., por plagio y vulneración de sus derechos exclusivos de propiedad intelectual, así como por actos de compe-

tencia desleal. En primera instancia fue desestimada la demanda y en apelación se confirmó el fallo recurrido. (S. M. S.)

**67. Propiedad intelectual: acción indemnizatoria por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido: artículo 140 LPI. Requisito para que las tarifas generales exigibles puedan considerarse parámetro de la cantidad que debería haberse abonado si el infractor hubiera pedido autorización: carácter equitativo.**—Según el artículo 140 la indemnización exigible por el titular comprende también el lucro cesante. Y además se permite al titular optar por el montante indemnizatorio resultante de la cantidad que como remuneración hubiera percibido si el infractor hubiera pedido autorización. No es correcto afirmar que, para verificar este cálculo haya necesariamente que estar a las tarifas generales de las entidades de gestión porque han sido comunicadas al órgano de la Administración competente, porque la Ley de Propiedad Intelectual no le atribuye facultades de aprobación, sino de mera recepción de la comunicación y de genérica vigilancia de cumplimiento de obligaciones y requisitos legales. Tampoco el proceso negociador previo justifica la aplicación de las tarifas generales con independencia de otro juicio sobre su carácter equitativo. Y, en todo caso, si las tarifas atienden exclusivamente a los rendimientos obtenidos por la infractora con el desempeño de su actividad, prescindiendo de cual haya sido el efectivo uso del repertorio, tampoco pueden considerarse equitativas, ni, en definitivas, una retribución válida para las autorizaciones que se conceden a cambio de una «remuneración equitativa». También deberá atenderse a los acuerdos a que hubiera llegado la entidad de gestión con otras entidades o personas para autorizar el uso de su repertorio, dada la estrecha relación de la equidad con la inexistencia de desproporción injustificada en supuestos semejantes. (STS de 23 de marzo de 2011; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—En las dos instancias se ha declarado probado que la demandada, A3TV, S.A., ente de radiotelevisión, desde el comienzo de sus emisiones ha lesionado, sin justificación conocida, los derechos gestionados por la demandante, AGEDI, al reproducir y comunicar al público, sin el necesario consentimiento, fonogramas de su repertorio.

Por dicha razón, en aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), fue condenada a cesar en tal actividad ilícita y a indemnizar a la entidad de gestión actora, con la extensión resultante de la aplicación de sus tarifas generales, por los daños y perjuicios causados. (S. M. S.)

**68. Propiedad intelectual. Derechos conexos: artistas. Derecho de remuneración por comunicación pública: artículo 108 LPI. Comparación con el régimen de los productores audiovisuales: sólo los artistas gozan de derecho de remuneración por los actos de comunicación primaria; justificación.**—Si bien es cierto que el artículo 7.3.III de la Ley 43/1994 (previo al texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado en 1996) otorgaba un tratamiento idéntico a productores y artistas audiovisuales, la normativa posterior sólo concede un derecho de remuneración a los productores en los

casos de comunicaciones públicas derivadas. Pero este cambio no puede admitirse como una actuación *ultra vires* del Gobierno en su actuación normativa (y por tanto, se desestima el vicio de nulidad del precepto alegado por los demandados). La falta de mención de los productores en los actos de comunicación originaria [arts. 20.2. f) y g) LPI] se explica razonablemente por el hecho de que al productor le corresponde el derecho a autorizar la comunicación pública de las grabaciones audiovisuales, por lo que parece injustificado que perciba una remuneración equitativa como compensación económica por el acto de comunicación pública que tiene la facultad de autorizar controlando el establecimiento de las condiciones económicas adecuadas. En los casos de comunicación pública derivada [supuestos aptdos. f) y g), artículo 20.2], por el contrario, resulta imposible prever el alcance que tendrán para establecer de antemano las condiciones económicas que compensen estos actos, de tal suerte que es en este supuesto donde se justifica la percepción de una remuneración equitativa por parte de los productores.

**La condición de usuario en el supuesto de hecho del derecho de remuneración del artículo 108 LPI. Distinción entre cesionario y usuario.**—El reconocimiento del derecho a la remuneración equitativa no se funda en la imposibilidad de establecer pactos de manera individual y concreta sobre los derechos económicos derivados de la autorización de la comunicación pública, sino en la necesidad de garantizar de manera efectiva la participación de los titulares de derechos de autor en la explotación de la obra. El legislador reconoce este derecho a los artistas habida cuenta de que, mientras los productores se hallan en la situación adecuada para negociar sus derechos económicos respecto de dichos actos, los artistas, intérpretes o ejecutantes se presumen en una situación de inferioridad frente a la productora en el momento de la contratación, como se refleja al proclamar el carácter irrenunciable de la expresada remuneración y establecerla sin perjuicio de lo que pueda haberse acordado en el contrato de producción de una grabación audiovisual entre el artista, intérprete o ejecutante y el productor. En consonancia con esto, en el caso de los artistas, no solo la ausencia de previsibilidad de los resultados económicos de las comunicaciones públicas futuras opera como factor para el reconocimiento de su derecho a la remuneración equitativa, sino también la imposibilidad en que se encuentran de imponer a los productores condiciones económicas adecuadas para lograr el reconocimiento efectivo de una participación económica en los resultados de la explotación de la obra. Es por ello que, aun siendo la entidad de radiodifusión cesionaria derivativa de los derechos exclusivos de comunicación pública de los artistas, es «usuaria» a los efectos del pago del derecho de remuneración, sin que quepa apreciar un supuesto de doble pago.

**Remuneración equitativa: criterios de equidad.**—No constituye garantía de equidad de las tarifas aplicadas por las entidades de gestión, por sí misma, la comunicación obligatoria de las tarifas al Ministerio de Cultura (art. 159.3 LPI). Tampoco que haya existido un proceso negociador previo. La fijación de tarifas generales atendiendo únicamente a los rendimientos de explotación es insuficiente para afirmar su carácter equitativo. Además, deben tenerse en cuenta otros criterios: comparación con otros acuerdos a que haya llegado la sociedad de gestión con otras productoras; amplitud del repertorio de cada sociedad en relación con las demás y con los sujetos activos de la remuneración; «factores variables y fijos», como menciona la STJUE 6 de febrero de 2003. La Doctrina de la Sala ha admitido ya en relación con los derechos de autor dimanantes de la comunicación pública de

obras audiovisuales, que la remuneración equitativa no puede fijarse de manera incondicionada, sino por aproximación a principios de efectividad de uso (SSTS 20 de septiembre de 2007; 15 de enero de 2008; 7 de abril de 2009). (STS de 13 de diciembre de 2011; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—AISGE y AIE demandan a la entidad de radiodifusión C.S.D., S.L., por impago del derecho de remuneración que la LPI reconoce a favor de los artistas por la comunicación pública de las grabaciones que contienen sus actuaciones (art. 108. LPI). El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. El fallo es confirmado por la Audiencia Provincial. (S. M. S.)

**69. Servidumbre de paso constituida a favor del Ayuntamiento. Carácter público del uso de la misma: la apertura de una puerta que da acceso al espacio público que comprende la servidumbre es conforme con su destino y ni crea ni agrava la servidumbre ya existente.**—No nos encontramos ante una servidumbre de interés privado sino de carácter público mediante la cual se configura como de uso público, abierto por tanto a cualquier persona, una determinada porción del dominio privado de forma permanente y perpetua (lo que venía exigido por razones urbanísticas). De ahí que la actuación de la parte demandada al abrir un acceso para su edificación a un espacio de uso público ni crea servidumbre ni agrava la ya existente haciendo, por el contrario, uso de la misma para la finalidad de paso para la que fue establecida a favor del Ayuntamiento, no excediéndose del uso *civiliter* que en relación con las servidumbres requiere el ejercicio de tal derecho conforme a las exigencias de la buena fe. Lo que comporta que la parte actora carece de interés jurídico protegible para el ejercicio de la acción negatoria de que se trata. (STS de 10 de febrero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios interpuso una acción negatoria de servidumbre contra la mercantil C.V., S.L., solicitando se declarara que sobre la parte de la finca de la actora destinada a plaza nunca se había constituido una servidumbre de paso a favor del inmueble de la demandada, y se le condenara a cerrar la puerta abierta en la fachada que da a dicha plaza. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Asturias rechazaron de plano la acción. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la actora. (C. O. M.)

**70. Determinación de la naturaleza de una pared como propiedad exclusiva o como medianería. Presunción *iuris tantum* de medianería en las paredes sobre la línea divisoria de dos edificios. Prueba a contrario.**—Según el TS, de los artículos 572.1 y 573.1 CC se desprende que la mera existencia de una pared sobre la línea divisoria de dos edificios contiguos permite presumir que aquélla es medianera, y no de propiedad exclusiva de uno de ellos, a menos que se acredite otra cosa, esto es, a menos que haya signo externo en contrario. Una evidencia contraria a la medianería consiste en la existencia de huecos en el elemento de separación. De existir dicho

signo externo, la norma del artículo 573.1 CC ha de conectarse con los artículos 580 y 581 CC, por cuanto el primero de ellos prohíbe la apertura de huecos y ventanas en pared medianera si no media acuerdo de los interesados, y el segundo admite la posibilidad –con ciertos límites– de que el dueño de una pared no medianera contigua a finca ajena pueda abrir tales huecos. (**STS de 24 de febrero de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.–El origen del litigio tiene lugar con la demanda de juicio ordinario presentada por la Comunidad de Propietarios A contra la Comunidad de Propietarios B. En dicha demanda se solicita que se declare que la obra de levante que efectúa la demandada ha afectado los derechos de propiedad, medianería y servidumbre de luces y vistas de la comunidad demandante y, en consecuencia, se condene a la demandada a eliminar a su costa la estructura metálica colocada en el patio que se encuentra entre ambos edificios.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda declarando que la obra ejecutada por la comunidad de propietarios demandada ha afectado negativamente a los derechos alegados por la demandante y condenado a la demandada a dejar el patio en su estado originario.

Ambas partes recurrieron en apelación, pero la Audiencia Provincial desestimó los referidos recursos.

Contra esta última resolución recurre en casación la comunidad de propietarios demandada. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial. (*G. M. A.*)

**71. Causas de nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria o causas de reclamación de cantidad o indemnización de daños y perjuicios.**–El TS entiende que un exceso en la reclamación por una presunta liquidación defectuosa de una deuda no determina, en cualquier caso, la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido, sino que establece, en su caso, la procedencia de una reclamación de cantidad e incluso la indemnización de daños y perjuicios. Sólo así se entiende que el artículo 132 LH contemple de manera separada las reclamaciones que versen sobre la nulidad del título y las actuaciones sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda y que el artículo 131, regla 2.ª, LH, en la fecha de inicio del proceso, dispusiera que el acreedor habría de quedar sujeto a indemnizar cuantos años y perjuicios irrogare al deudor o terceros interesados por malicia en la exposición de los hechos y de las demás circunstancias que ha de apreciar el Juez para autorizar el procedimiento.

**Validez de las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios.**–El TS reitera su doctrina en la que admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado del contrato en los préstamos hipotecarios, prevista en sus anteriores SSTs de 7 de febrero de 2000, 9 de marzo de 2001 y 4 de junio de 2008. Efectivamente, esta jurisprudencia, contraria al pronunciamiento contenido, con carácter *obiter dicta*, en la sentencia de 4 de junio de 2008, atiende a los actuales usos de comercio, a la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente y en el principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, cuando concorra justa causa para

ello, esto es, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo (STS de 17 de febrero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La compañía A interpone demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia de Güimar contra Caja P, posteriormente Banco B. V. A., interesando que se dictara sentencia por la que se declarara la nulidad de pleno derecho del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH seguido en su día por el antecesor de la demandada, el Banco C. A., contra la demandante ante el Juzgado de Primera Instancia de dicha ciudad. La demandante alega haberse producido indefensión de la parte demandante por no ser correcta la cuantía de la deuda reclamada por la existencia de errores en la liquidación de ésta, y no cumplir, por tanto, la demanda del procedimiento cuya nulidad se solicita con los requisitos legales sobre las circunstancias determinantes de la exigibilidad del crédito y la cuantía de la deuda previstos en el artículo 131, reglas 2.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> LH.

La demandada alega la falta de litisconsorcio pasivo necesario a fin de que fueran llamadas al proceso como demandadas las adjudicatarias del bien hipotecado, objeto de subasta en el procedimiento de ejecución hipotecaria, así como los terceros arrendatarios. Dichas adjudicatarias se personaron y se opusieron a la demanda.

El citado Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, por entender cumplidos en el caso los requisitos para la admisión de la demanda de ejecución hipotecaria, y el seguimiento del proceso, en cuanto a la certeza, subsistencia y exigibilidad de la deuda, así como en cuanto a la determinación de la cuantía exacta que por todos los conceptos era objeto de reclamación, sin perjuicio, eso sí, de que la parte ejecutada no estuviera de acuerdo con dichas cuantías o bien con la forma de practicar la liquidación.

Contra esta sentencia recurre en apelación la demandante. La Audiencia Provincial de Tenerife desestima también dicho recurso, por lo que confirma la sentencia de primera instancia.

La demandante vuelve a recurrir, esta vez en casación. En realidad, lo que el recurrente viene a plantear no es que faltara la determinación de las cantidades reclamadas, sino que éstas eran excesivas al haber sido liquidada erróneamente la deuda, por una incorrecta fijación de ésta. El TS declara no haber lugar al recurso, por lo que confirma las sentencias de instancia.

NOTA.—Téngase en cuenta que la redacción del artículo 131 LH que el TS aplica en la presente sentencia, es la vigente con anterioridad a la modificación producida por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dado que el procedimiento de ejecución hipotecaria al que se refiere la demanda data de 1997. En esta fecha, la regla 2.<sup>a</sup> de este artículo 141 LH declaraba lo siguiente: «*Se iniciará el procedimiento por demanda autorizada por Letrado, en la que deberá constar necesariamente: I) Los hechos y las razones jurídicas determinantes de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito y de la competencia del Juzgado; II) La*



*cantidad exacta que por todos los conceptos sean objeto de reclamación». Seguidamente, esta disposición afirmaba: «El acreedor quedará sujeto a indemnizar cuantos daños y perjuicios irrogare al deudor o terceros interesados por malicia en la exposición de los hechos y de las demás circunstancias que ha de apreciar el Juez para autorizar el procedimiento». Por su parte, la regla 4.<sup>a</sup> ordenaba al Juez que llevara a cabo el examen de la demanda y los documentos acompañados y, si se cumplieren los requisitos legales, que procediera a su admisión mandando sustanciar el procedimiento con la práctica de los requerimientos que fueren necesarios y solicitud de certificación al Registro de la Propiedad.*

Por otro lado, se debe llamar la atención sobre el hecho de que la controversia interpretativa acerca de las cláusulas de vencimiento anticipado ha sido zanjada con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento 1/2000, de 7 de enero, ya que en la nueva redacción de su artículo 693.2 se admite la plena eficacia de tales pactos siempre que estén inscritos en el Registro de la Propiedad. (G. M. A.)

**72. La buena fe en los supuestos de doble venta de inmuebles.**—Los supuestos de doble venta contemplados en el artículo 1473 CC se producen cuando el propietario vende la misma cosa a varios compradores, disponiendo cuál de ellos tiene la preferencia en la adquisición de la misma y declarando ineficaces el resto. Si la cosa es inmueble, adquiere el que antes la haya inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que presupone que antes hubo tradición real o instrumental por la escritura pública. Sin embargo, esta preferencia al que ha inscrito tan sólo se produce si ha mediado buena fe por su parte.

Aunque parece que el CC no exige la buena fe, al menos expresamente, cuando se trata de venta de inmuebles, ello no es así. La exigencia de la buena fe al caso de doble venta de inmuebles, prevista en el párrafo tercero del artículo 1473 CC, se deduce de los principios generales del derecho y de relacionar esta norma con el artículo 34 LH.

La buena fe no es un estado de conducta, como ocurre en las obligaciones y contratos, sino de conocimiento —el creer o ignorar si la situación registral es o no exacta, respecto a la titularidad registral—. En materia de propiedad y derechos reales, la buena fe consiste, en su aspecto positivo, en la creencia por parte de quien pretende ampararse en la protección registral, que la persona de quien adquirió la finca de que se trate era dueño de ella y podía transmitirle su dominio. En su sentido negativo, consiste en la ignorancia y desconocimiento de inexactitudes o de vicios invalidantes que puedan afectar a la titularidad del enajenante, por lo que carecen de tal cualidad quienes tienen noticia perfecta de la situación extratabular o de las posibles causas capaces de enervar el título de su transmitente.

**La causa de los contratos.**—Tal como establece el artículo 1274 CC, la causa de todo contrato es objetiva y distinta de los móviles subjetivos que llevan a las partes a contratar, que quedan fuera del contrato. (STS de 11 de febrero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

**HECHOS.**—Se trata de determinar la prevalencia entre el contrato de compraventa de 24 de enero de 2001 en documento privado y otro contrato de compraventa formalizado en escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad el 30 de enero de 2002. En el



primero, el codemandado y recurrente en casación don A vende la totalidad de las fincas de su propiedad que le restan de otras ventas anteriores, por un determinado precio a la demandante y parte recurrida, la entidad D. En el segundo, vende las mismas fincas por el mismo precio a la codemandada no recurrente doña M. Ni la entidad D. ni doña M. han llegado a tomar posesión de las fincas. Además, esta última las adquirió en calidad de testafierro, careciendo de buena fe. La entidad D. formula demanda en la que solicita la declaración de validez y eficacia del primero de los contratos, de 24 de enero de 2001, y la preferencia de éste sobre el segundo. El demandado, don A, formula demanda reconvenzional solicitando la declaración de nulidad del primero de los contratos.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Sin embargo, en apelación la Audiencia Provincial revocó la sentencia recurrida, estimó la demanda, aplicando la doctrina de la doble venta y declarando la validez de la compraventa formalizada en el documento privado de 24 de enero de 2001 y su preferencia.

El demandado formula recurso de casación, alegando básicamente la aplicación indebida del artículo 1473 CC, pues doña M. era poseedora material, aunque poseedora mediata. Según el TS, la segunda compradora carecía de buena fe. Además, entiende el Alto Tribunal que es discutible que el artículo 1473 CC incluya la entrega *ficta* de la posesión, como tal posesión, pero lo que es indiscutible es que tal tradición instrumental es considerada como tal posesión, cuando de la escritura y de los hechos probados se desprende que no hubo transmisión posesoria. En definitiva, al no tener la segunda compradora buena fe, no se le puede reconocer preferencia en la doble venta. (S. L. M.)

**73. El principio de protección del tercero hipotecario.**—En virtud del artículo 34 LH, el tercero hipotecario será mantenido en su adquisición aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante.

La presunción de exactitud registral se desdobra en los dos principios o aspectos de la eficacia registral: el principio de legitimación registral —eficacia defensiva de la inscripción— y el principio de fe pública registral —eficacia ofensiva de la inscripción—. Se protege, así, al tercero hipotecario frente a lo no inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que también se corrobora en el artículo 32 LH. Esto implica que si el transmitente era titular registral y tenía inscrito a su favor el derecho real, pero no era verdadero titular, careciendo por tanto de poder de disposición, y, pese a ello, lo transmite a título oneroso a un tercero de buena fe y éste inscribe su adquisición en el Registro, confiando en su contenido, va a quedar protegido registralmente y mantenido materialmente en su adquisición, pese a ser a *non domino*. (STS de 31 de marzo de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Los demandados vendieron las mismas fincas a distintas compradoras. También arrendaron otras fincas a varias arrendatarias a la vez. Doña A y sus hijas, que en su momento confiaron en la exactitud de las correspondientes inscripciones registrales a la hora de celebrar los citados contratos, formulan demanda solicitando la nulidad de éstos por simulación absoluta, con las can-

celaciones registrales procedentes e indemnización de daños y perjuicios. Además, el Banco B., también demandado, otorgó hipoteca, como acreedor hipotecante, sobre las fincas cuya titularidad de los contratantes deudores hipotecarios constaba inscrita en el Registro de la Propiedad. Se solicita también la cancelación de la hipoteca.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, por lo que las actoras recurren en apelación. La Audiencia Provincial no hizo mención alguna del negocio jurídico fiduciario y declaró la nulidad por simulación absoluta de las dos compraventas, la nulidad de los dos contratos de arrendamiento y la condena a los demandados al pago de una indemnización.

En casación el TS entendió que está totalmente claro que hubo unos contratos sin precio, lo que significa un supuesto evidente de contrato con simulación absoluta —el negocio fiduciario no es otra cosa que un negocio simulado—. Por otro lado, se alega el principio de protección del tercero hipotecante. Considera el TS que, dándose la buena fe de aquél y habiendo inscrito su derecho, queda protegido por la presunción de exactitud registral llegando incluso a la posible adquisición a *non domino*, lo que contempla expresamente el artículo 34 LH. Así, el TS termina estimando el recurso planteado por los demandados. (S. L. M.)

**74. Resoluciones extemporáneas de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Determinación de su validez o nulidad. Normativa aplicable.**—La letra del artículo 327, párrafo noveno, LH se limita a firmar que, respecto del recurso que puede interponerse ante la DGRN contra las calificaciones negativas del registrador, «*la Dirección General deberá resolver y notificar el recurso interpuesto en el plazo de tres meses, computados desde que el recurso tuvo su entrada en el Registro de la Propiedad cuya calificación se recurre. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución se entenderá desestimado el recuso quedando expedita la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que ello hubiere lugar*». Las sentencias de las Audiencias Provinciales recaídas hasta la fecha han resuelto de manera discrepante la cuestión de la interpretación de este precepto, defendiéndose, por un lado, la validez de la resolución recaída extemporáneamente (entre otras, SAP de Navarra de 2 de diciembre de 2008) y, en sentido contrario, por otro grupo de sentencias, la nulidad de las resoluciones extemporáneas (por todas, SSAP de Madrid de 17 de mayo de 2010; Las Palmas, de 23 de diciembre de 2009; y Alicante, de 9 de julio de 2009). La existencia de tales criterios judiciales opuestos determina la procedencia de la intervención del TS para unificar la doctrina. El Alto Tribunal se decanta por la segunda línea jurisdiccional enunciada. Por tanto, ha de entenderse que, transcurrido el plazo impuesto a la DGRN en el artículo 327, párrafo noveno, LH, el recurso se entiende desestimado y toda resolución recaída con posterioridad es nula. No podía ser de otra manera si atiende al tenor del artículo 327 LH, que, contiene remisiones concretas al régimen administrativo, pero no así con respecto al silencio administrativo, del que declara con claridad la desestimación por el transcurso del plazo temporal, sin remisión alguna a la LRJPAC. Seguidamente, aclara el TS que la aplicación supletoria de las normas de procedimiento administrativo no se puede aceptar, dado

que, a pesar de ser la DGRN un órgano administrativo y tener sus resoluciones esta misma naturaleza, la función calificadora presenta peculiaridades de notoria importancia respecto del régimen de las actividades administrativas públicas, que justifican su tratamiento específico –entre otras, el examen de su legalidad, que corresponde al orden jurisdiccional civil, no al administrativo–. Por último, entiende el Alto Tribunal que la posibilidad de que la DGRN pudiera modificar la decisión una vez transcurrido el plazo para resolver crearía una situación de inseguridad jurídica que, a diferencia de la actividad administrativa, no podría justificarse en motivos de interés general, dado que en el ámbito registral predomina la protección de los derechos de los terceros que, habiendo obtenido la inscripción registral de su derecho, pueden resultar afectados por el acceso al Registro de un derecho reconocido por la DGRN con carácter extemporáneo. **(STS de 3 de enero de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**–El presente litigio tiene su origen en la decisión de una registradora de la Propiedad de suspender la inscripción de una escritura de compraventa que le había sido presentada, por no relacionarse en ella los términos del poder de la representante de la vendedora de forma suficiente que para permitir su calificación, y no acompañarse copia autorizada de la escritura de poder. El notario que había autorizado la escritura interpuso recurso gubernativo, elevándose el expediente a la DGRN.

Transcurrido algo más de tres meses desde la interposición su interposición, la DGRN estimó el recurso y revocó la calificación de la registradora. Cuando recayó la RDGRN los otorgantes de la compraventa ya habían subsanado por su cuenta las deficiencias opuestas por la registradora y la escritura había sido inscrita al margen del recurso gubernativo interpuesto por el notario.

La registradora interpuso demanda solicitando que se dejase sin efecto la RDGRN recurrida por considerar que el recurso interpuesto debía entenderse desestimado por el transcurso de tres meses, en virtud del artículo 327, párrafo noveno, LH. El Juzgado estimó la demanda, declarando la nulidad de la resolución recurrida.

La abogacía del Estado interpone recurso de apelación. Recurso que es desestimado por la Audiencia Provincial, fundándose en que no puede admitirse la aplicación automática de las normas administrativas ordinarias para colmar sus lagunas en todos los casos de las resoluciones de la DGRN, dadas sus peculiares características. Dicho órgano jurisprudencial entiende que no resulta de aplicación supletoria la normativa sobre el silencio administrativo, habida cuenta de que el artículo 327, párrafo décimo, LH no se remite a ella.

Contra la sentencia de segunda instancia se interpone recurso de casación por el Abogado del Estado. Éste es desestimado por el TS, que confirma, por tanto, la sentencia de la Audiencia Provincial.

**NOTA.**–Para un estudio detallado del régimen de nulidad de las resoluciones extemporáneas de la DGRN, se recomienda encarecidamente la lectura de la siguiente obra: M. J. Pérez García, «Las resoluciones extemporáneas de la Dirección General de los Registros y del Notariado: ¿Validez o nulidad?», *Estudios a propósito de*

*sentencias judiciales dictadas en recursos contra la calificación del Registrador*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2010. En este trabajo, el autor analiza la jurisprudencia menor recaída hasta la fecha en materia de extemporaneidad de las RDGRN e interpretación del artículo 327, párrafo noveno, LH y realiza una propuesta de *lege ferenda* en la que sostiene una postura coincidente con la defendida por el TS en la sentencia que aquí se comenta. (G. M. A.)

**75. Comprobación del cumplimiento del requisito de la firma electrónica en los sistemas de comunicación entre notarios y registradores de la propiedad.**—El problema resuelto en esta STS versa en si el cumplimiento de los requisitos de autenticidad y vigencia en la comunicación telemática originaria —mediante el sistema de la firma electrónica— entre el Notario que da fe de una escritura pública de constitución de una sociedad y el Registrador Mercantil Central ha de ser comprobado únicamente por el primero, dentro de su función de dación de fe, o si, por el contrario, debe ser asimismo examinado posteriormente por el Registrador provincial que ha de practicar la inscripción en soporte papel, dentro de su función calificadora. El TS adopta una interpretación flexible, pues entiende que resultaría desproporcionada la exigencia de que el Registrador deba tener a la vista para la comprobación directa toda la documentación, sin que baste la dación de fe notarial. Por tanto, no es razonable exigir una doble comprobación de dichos requisitos, como tampoco lo es aminorar el alcance de la fe notarial respecto de datos de hecho. Además, de acogerse una postura más restrictiva, en el caso del Registrador, se estaría ampliando de manera infundada, para el sistema de firma electrónica, una función calificadora que no se da en el sistema soporte papel. Por otro lado, la generalización de este método de evaluación de la autenticidad introduciría serias dificultades en el funcionamiento actual, pues conduciría a exigir que se aportase fotocopia o transcripción de todos los documentos públicos (impuestos, Catastro, etc.) que deben incorporarse, con la matriz, al protocolo notarial. Entiende el TS que con esta interpretación flexible no se perjudica en absoluto la función de calificación del Registrador, y tampoco la seguridad jurídica, que queda plenamente cubierta por la fe pública notarial y la responsabilidad del Notario, sin necesidad de una doble comprobación directa. (STS de 15 de febrero de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El litigio se origina con la demanda interpuesta por el Registrador Mercantil Sr. D. T. contra la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la que se estimaba el recurso gubernativo de un Notario contra la negativa del citado Registrador Mercantil a inscribir la constitución de una sociedad cuya escritura pública fue autorizada por dicho Notario. El motivo alegado en la Resolución impugnada para expedir tal calificación negativa era la insuficiencia de las manifestaciones contenidas en el documento aportado para comprobar la autenticidad de la firma electrónica empleada en la certificación por el Registrador Mercantil Central.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil desestima la demanda. Contra ésta, el demandante originario plantea recurso de apelación.

La Audiencia Provincial estima el recurso, revoca la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acuerda anular y dejar sin efecto la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado impugnada.

La Dirección de la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Notario interponen sendos recursos de casación, que son estimados por el Tribunal Supremo, dejando sin efecto la anulación e ineficacia la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que había sido acordada por la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmando en tal aspecto la sentencia del Juzgado de lo Mercantil.

NOTA.—Téngase en cuenta que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado impugnada se dictó con fecha de 11 de noviembre de 2004, por lo que no es de aplicación la reforma del artículo 108 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por la Ley de 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el Impulso de la Productividad. En su estado originario, este precepto se limitaba a hacer una remisión al Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, por el que se regula el uso de la firma electrónica, actualmente derogado. En la versión vigente a día de hoy, el artículo 108 de la citada Ley, a pesar de remitir a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, regula de manera detallada las obligaciones derivadas de la implantación del sistema electrónico. Esta norma parte del principio general de que *«los notarios y registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, deberán disponer para la adecuada prestación de sus funciones públicas de firma electrónica reconocida»* (G.M.A.)

## 5. DERECHO DE FAMILIA

**76. Divorcio: Efectos frente a los hijos: Custodia compartida: Padre condenado en juicio de faltas por amenazas y coacciones a la esposa.**—El artículo 92.7 CC establece que no procederá esta guarda cuando uno de los cónyuges esté incurso en un procedimiento penal del tipo de los previstos en la primera parte de este párrafo, pero a continuación añade que *«tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica»*. Es verdad que el delito por el que fue condenado el ahora recurrente no está incluido en la lista contenida en la primera parte del párrafo séptimo del artículo 92, pero sí puede constituir un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso la ley declara que no procede la guarda conjunta.

Además debe recordarse que este no fue el único argumento que llevó a la sentencia de la Audiencia Provincial a rechazar la guarda compartida, puesto que se utiliza como un criterio más entre los enumerados en la sentencia. No es decisivo porque aunque se eliminara este argumento, la medida

acordada por la sentencia recurrida se mantendría por las restantes razones, que son suficientes para conservar la decisión de la sentencia recurrida.

**Informes técnicos favorables: No son vinculantes.**—En la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el juez puede pedir de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 92.9 CC. En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta Sala en SSTS de 28 septiembre 2009, y 11 marzo y 1 y 8 octubre 2010.

La reforma de 2005 acordó que con la finalidad de formar la opinión del juez, debían figurar en el procedimiento estos informes, que no son en modo alguno vinculantes y que el juez debe valorar a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor. Pero a partir de aquí, la decisión del juez está sometida al criterio de escrutinio general, es decir, que solo podrá ser revisada por esta Sala cuando sea arbitraria, o bien llegue a conclusiones erróneas, porque el juez no está vinculado por los informes profesionales y debe apreciar y expresar las razones de su decisión, y porque las sentencias deben ser siempre motivadas para evitar la arbitrariedad (**STS de 7 de abril de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías.]

**HECHOS.**—Aunque los hijos residen en Coruña con su madre, el padre vive fuera porque viaja con frecuencia por razones profesionales. La madre insta la separación, solicitando la guarda de los dos hijos menores, mientras que el padre reconvencional pidiendo, entre otras cosas, el divorcio y la guarda compartida. El Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca otorga el divorcio y, además de otros pedimentos, concede la guarda compartida y por periodo de quince días a cada cónyuge, comenzando por la demandante, a la vista de los informes periciales favorables y del acuerdo del Ministerio Fiscal. Se basaba en lo siguiente: *a)* las circunstancias personales eran favorables, porque al mantener los menores buena relación con ambos progenitores, se producía de hecho la situación de guarda y custodia compartida, que no había repercutido negativamente; que ambos progenitores estaban capacitados; que si bien el padre residía durante la semana fuera de Coruña, no tenía inconveniente en fijar su residencia allí y que la hija había expresado el deseo de que ambos progenitores tuvieran la guarda compartida; *b)* el informe favorable del Ministerio Fiscal. Con esta decisión declara que se protegen adecuadamente los intereses de los menores al dotar la relación con sus padres de la necesaria estabilidad y plenitud. Sin embargo, los argumentos contrarios de la Audiencia Provincial, reproducidos en la sentencia de casación, son confirmados por la sentencia extractada.

La Audiencia Provincial revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo relativo a la custodia compartida, invocando el interés del menor, con los siguientes argumentos: *a)* existía conflictividad entre los cónyuges no sólo debido a la ruptura, sino en relación a los esquemas educativos; *b)* la madre debió instar la ejecución de la pensión alimenticia [tema no discutido en casa-



ción]; c) el padre debía estar ausente de A Coruña por su actividad profesional, siendo la abuela quien se hacía cargo de los niños, lo que generaba enfrentamientos con la hija mayor; d) el padre fue condenado por una falta de amenazas y coacciones a la esposa por sentencia firme de 25 enero 2005, lo que obligaba a aplicar el artículo 97.2 CC; y e) no hay constancia de que este tipo de guarda y custodia sea el único medio de proteger los intereses de los menores. Ello, a pesar de que los informes técnicos y del Ministerio Fiscal, reproducidos en la segunda instancia, habían sido favorables a la adopción de la medida de la guarda y custodia compartida. En consecuencia, se atribuyó a la madre la guarda y custodia, reconociendo al padre un amplio derecho de visitas.

NOTA.—La importante práctica de la reforma del artículo 97 CC por Ley 15/20005 dista de ser asimilada e interpretada unívocamente por todos los tribunales de instancia, y tampoco hay una doctrina consolidada de la Sala 1.ª TS. No parece haber un claro principio inspirador en la nueva normativa. El apartado 4 parece conceder amplio campo de acción al acuerdo de los cónyuges, incluso admitiendo la custodia compartida ya que si se admite expresamente que la custodia sea ejercida parcialmente por uno de los cónyuges, es lógico que al otro se le atribuya, implícitamente, el ejercicio de las restantes facultades (¿es imaginable que el padre se ocupe sólo de la educación o de la atención médica, sin compartirlo con la madre que ejerce las restantes facultades que también compartirá, de hecho, con aquél?). El ap. 5 contempla expresamente el acuerdo de compartir la custodia, estableciendo algunas garantías judiciales, que también podrán adoptarse en el caso anterior. El ap. 6 fija, a mi juicio, un requisito fundamental, a saber la idoneidad de los padres para asumir la custodia compartida, implícito en las dos hipótesis anteriores, y que se deduce inicialmente de la relación que mantienen entre sí y con sus hijos. El controvertido ap. 8 establece el supuesto excepcional, —que ha sido aplicado en este caso por el Juzgado de Primera Instancia y que, al parecer, ha funcionado—, faltando el acuerdo y a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal. El ap. 7 establece obstáculos de naturaleza penal que impiden cualquier modalidad de custodia compartida, y que la sentencia extractada ha estimado que concurre en el caso analizado. Con carácter general, hay que observar que los supuestos penales incardinados en normas civiles no suelen ser interpretados pacíficamente, por la diferente técnica legislativa utilizada y, en este caso, por la indeterminación y vaguedad que suele darse en su redacción. ¿Qué significa estar «incurso en un proceso penal iniciado»? ¿Haberse iniciado diligencias penales, o hace falta estar imputado?; y si ha sido absuelto el cónyuge, pero el Ministerio Fiscal recurre ¿sigue incurso a efectos del 92.7 CC? En este caso hay cierta confusión porque la sentencia recurrida habla de condena en juicio de faltas mientras el TS se refiere a delito de amenazas y coacciones causadas por el marido a la esposa. Por cierto que la sentencia extractada afirma que tales hechos no figuran en la lista de tipos penales descrita en el ap. 7, lo que, a mi juicio, acaso puede discutirse. No resulta muy convincente, en cambio, el inciso final de «la existencia de indicios fundados de



violencia doméstica», que por su indeterminación se presta a la arbitrariedad. El hecho de que alguna discusión conyugal finalizara en amenazas y coacciones, que constituyeron una falta penal, no implica que no hubiera acuerdo sobre la custodia compartida que, al parecer, se practicó con buenos resultados más tarde.

En resumen, lo que parece claro es que hay jueces y tribunales que discrepan abiertamente sobre la oportunidad de la custodia compartida, tanto a nivel general como en el caso concreto, y que en la sentencia extractada el TS da por buenas las razones de la Audiencia Provincial con argumentos más bien formales.

Hace notar Martínez de Aguirre, *Curso, 4, Derecho de familia*, 3.ª ed. (Madrid 2011) p. 177 y ss. que la introducción formal de la custodia compartida en el CC se ha producido de forma tímida, sujeta a importantes requisitos que de hecho restringen considerablemente sus posibilidades de aplicación. Esta regulación ha tenido dos efectos aparentemente contradictorios: 1) por un lado, frente a las decisiones judiciales que antes de la reforma de 2005 negaban la posibilidad de la custodia compartida en nuestro sistema, basándose en que no estaba admitida por nuestra CC, la reforma deja claro que es una opción legal y posible; 2) por otro lado, la actual regulación introduce controles y exigencias antes inexistentes, de modo que restringe desde el punto de vista práctico las posibilidades de acudir a este régimen. Aunque en la práctica, antes de la reforma, más del 85 por 100 de casos eran de custodia materna, a partir de 2009 se han producido un aumento significativo de custodias compartidas, favorecidas por las reformas en Aragón, Cataluña y Valencia (ésta recurrida ante el TC) que lo consideran sistema preferente. Además la designación de la figura se presta a alguna confusión porque se trata más bien de ejercicio alterno de la guarda, en la forma que acuerden los progenitores o decida el juez. A juicio del autor citado ha de ser una decisión a adoptar con prudencia y deberá asimismo ser revisada regularmente para comprobar su correcto funcionamiento en relación con los hijos. (G. G. C.)

**77. Divorcio: Atribución del uso de la vivienda familiar a la madre a la que se encomienda la guarda del hijo menor de edad: Abuso de derecho.**—Cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el presente caso, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. La atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en este caso se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre, que, no debe olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario, y decidir en el sentido propuesto por la recurrente, sería tanto como consagrar un auténtico abuso de derecho, que no

queda amparado ni en el artículo 96, ni en el art. 7, ambos del CC. (STS de 29 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—En ambas sentencias de instancia se atribuye la vivienda familiar al marido, sin perjuicio de conceder a la madre la guarda del hijo menor, solución que ratifica el TS en la sentencia extractada. Resulta novedosa la eventual aplicación de la doctrina del abuso del derecho al ámbito familiar, pues normalmente la doctrina no suele ejemplificarlo. ¿Habría que entender que si mientras el hijo común sea menor de edad, se altera sustancialmente la situación habitacional de la madre, podría ésta, en nombre de su hijo exigir el cumplimiento del artículo 96.1 CC?; la sentencia alude a esa hipótesis, sin avanzar respuesta, aunque no resulta impensable que pueda producirse en las actuales circunstancias (por ej. si por impago de la hipoteca la madre se ve privada de la nueva vivienda que ha adquirido con hipoteca). Sin perjuicio de las vicisitudes jurídicas independientes que ha podido sufrir ésta. (G. G. C.)

**78. Separación matrimonial: Vivienda familiar cedida en precario y no en comodato: Procede el desahucio aunque se le haya asignado en la sentencia.**—La respuesta debe tener como guía el criterio establecido por STS de 26 diciembre 2006, reiterada posteriormente, que fija las pautas interpretativas y de aplicación que sirven para resolver la cuestión, por lo demás frecuente, de la procedencia de la reclamación del propietario o titular de una vivienda que está siendo usada por un familiar para su utilización como domicilio conyugal o familiar.

A) Se debe analizar cada caso en concreto, pues debe resolverse si ha existido o no un contrato entre las partes, particularmente de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. Si existe un contrato de comodato, los conflictos en torno al uso deben resolverse conforme a las normas reguladoras del mismo. Para el caso de que no resulte acreditado la celebración de un contrato, se debe concluir que la situación jurídica analizada es un precario.

B) Para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecida en un procedimiento de familia. Como dice la STS del Pleno de 18 enero 2010, la solución a estos conflictos debe darse desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges nada tienen que ver con los terceros propietarios.

C) Como ha declarado la STS del Pleno de 14 enero 2010, el derecho al uso de la vivienda familiar concedido en sentencia, en el ámbito del derecho de familia, no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos menores o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección. Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de

obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como *actos de disposición de la vivienda*, oponible a terceros e inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 octubre 2008). Pero si los cónyuges ocupan en precario una vivienda, no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges.

D) La sentencia recurrida, al calificar dicha situación como de comodato se opone a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, por lo que se debe estimar el recurso y anular la sentencia recurrida y ya en funciones de instancia procede estimar la demanda declarando haber lugar al desahucio de la vivienda.

E) Procede declarar reiterar como doctrina jurisprudencial la siguiente: *La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario a su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familia, por resolución judicial (STS de 18 de marzo de 2011; ha lugar.)* [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.] (G.G.C.)

**79. Reclamación de vivienda cedida por razón de matrimonio: distinción entre comodato y precario.**—La respuesta que debe darse a la denuncia formulada debe tener como guía el criterio establecido por la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2005, y a partir de ellas muchas otras (SSTS de 30 de junio de 2009, RC 1738/04, 22 de octubre de 2009, RC 2302/05 o 14 de julio de 2010, RC 1741/05 entre las más recientes), que fija las pautas interpretativas y de aplicación que sirven para resolver la cuestión, por lo demás, frecuente, de la procedencia de la reclamación del propietario o titular de una vivienda cedida a un familiar para su utilización como domicilio conyugal o familiar. De este modo para resolver conflictos como el ahora planteado es necesario analizar cada caso concreto, de modo que resulta imprescindible concretar si ha existido o no un contrato entre las partes, y particularmente, un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. Si existe un contrato de comodato, los conflictos que puedan surgir en torno al uso, deberán resolverse conforme a las normas reguladoras de ese negocio jurídico. Sin embargo, y para el caso de que no resulte acreditado, se debe concluir que la situación jurídica analizada es característica de la figura de un precario.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial concluye, tras valorar las pruebas que fueron practicadas, que no se puede deducir que la cesión del uso que la primitiva propietaria realizó a favor de don L. A. por razón de su matrimonio con doña R. reúna los requisitos exigibles para caracterizar la misma como un contrato de comodato. Interpreta la cesión que fue realizada y niega que la relación jurídica pudiera configurarse de un modo diferente a la de un precario, dado que no se cedió el uso de la vivienda para un uso determinado e indica que el destino propio de la cosa no puede confundirse con el concreto uso para la que fue prestada, únicos elementos que en definitiva permitirían calificar la situación como constitutiva de un contrato de

comodato. (STS de 11 de noviembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El Juzgado estimó una demanda de desahucio por precario interpuesta por la propietaria de una vivienda que la había cedido a sus ocupantes por razón de su matrimonio. En la sentencia se consideró que los desahuciados, que habían utilizado la vivienda sin pagar renta o merced, lo habían hecho en concepto de precaristas. Idéntico criterio mantuvo la Audiencia considerando que no existía un contrato de comodato que vinculase a las partes sino un precario que, por tanto, podía ser extinguido unilateralmente por la propiedad sin alegar causa o razón de urgencia alguna. El Tribunal Supremo reitera su conocida doctrina sobre el particular al desestimar el recurso de casación. (R. G. S.)

**80. Divorcio: Efectos patrimoniales: Carácter de las cuotas del préstamo hipotecario: No son cargas del matrimonio a efectos del artículo 90D CC, sino deudas de la sociedad de gananciales incluidas en el artículo 1362. 2.º CC.**—La STS de 5 noviembre 2008 ha declarado que la hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90D, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y, por tanto, incluida en el artículo 1362, 2.º. Por ello, mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que grava, es decir, los cónyuges. Por tanto el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, debe aplicarse el artículo 1347.3, que declara la ganancialidad de «los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos», por lo que será de cargo de la sociedad, según dispone el artículo 1362, «la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes». Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos cónyuges por mitad.

**Tipo de gastos que pueden afectar a la vivienda familiar.**—Deben distinguirse dos tipos de gastos que pueden afectar a la vivienda familiar: 1) los relacionados con la conservación y mantenimiento del inmueble destinado a vivienda familiar, que sí tienen la categoría de gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio, y 2) el pago de las cuotas del préstamo que ha permitido que ambos cónyuges hayan accedido a la propiedad por mitad del local destinado a vivienda en tanto que bien ganancial. Esto último está relacionado con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio, y se tratará de un problema de liquidación de la sociedad de gananciales, que debe resolverse entre los cónyuges en el momento de la disolución y consiguiente liquidación del régimen. En la sociedad existe una deuda frente al acreedor hipotecario y eso debe resolverse con los criterios del régimen matrimonial correspondiente.

**Doctrina jurisprudencial.**—En consecuencia de los anteriores razonamientos, la Sala formula la siguiente doctrina: *El pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición*

*de la propiedad del inmueble destinado a la vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales, y como tal incluida en el artículo 1362,2.º, y no constituye carga del matrimonio a los efectos de los artículos 90 y 91 CC. (STS de 28 de marzo de 2011; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.] (G.G.C.)*

**81. La acción de división de la cosa común en los casos de crisis matrimonial.**—Según el artículo 400 CC, ningún copropietario estará obligado a permanecer en la indivisión. Esta regla no tiene excepciones, por lo que no puede oponerse el hecho de que las cuotas sean o no gananciales o no se haya liquidado aún la sociedad, pues también se podría ejercitar la acción en el caso de que no se hubiese producido la crisis matrimonial y no debiera liquidarse dicha sociedad. El problema se plantea a la hora de determinar la consideración jurídica que debe tener el acto divisorio. Si se trata de un acto de disposición, debería aplicarse lo dispuesto en los artículos 1375 y 1377.1 CC, que exigen la actuación conjunta de ambos cónyuges. Si se trata de un acto de defensa de los bienes gananciales, correspondería a cada cónyuge individualmente el ejercicio de la acción. La doctrina apunta que el acto divisorio es un acto con un efecto extintivo de una situación jurídica anterior, la de la comunidad, y con un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes, por lo que debe ser calificado como un acto dispositivo y de verdadera atribución patrimonial. (STS de 25 de febrero de 2011; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don A. era copropietario de una serie de fincas. Los otros copropietarios eran sus hermanos y sus respectivas esposas. Don A. estaba separado de su esposa, también demandada. Los bienes pertenecían a su sociedad de gananciales. Don A. demandó a don M. y su esposa, don F. y su esposa y doña A., su ex esposa, reclamando: *a)* que se declarase la indivisibilidad de las fincas; *b)* que se procediera en período de ejecución de sentencia a la venta en pública subasta, previo avalúo y con admisión de licitadores extraños, repartiendo el precio que pudiera obtenerse conforme a las cuotas de cada uno de los comuneros. Los demandados don M. y don F. se allanaron a la división, pero en relación a la forma en que debía efectuarse, alegaron que el edificio urbano podía dividirse, adjudicándolo por pisos según las cuotas que cada comunero ostentaba en la comunidad. Doña A. se opuso a la demanda, por inviable, porque el actor pretendía que se le adjudicara una cuota cuando la mitad de los bienes correspondientes a estas cuotas pertenecía a la sociedad de gananciales que aún no se había liquidado.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Señaló que el actor no puede ejercitar la acción de división hasta tanto se haya liquidado la sociedad conyugal o bien hasta que se cuente con el consentimiento de la demandada, lo que aquí no ocurre. En apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Según la Audiencia, cuando aun declarada disuelta la sociedad de gananciales no ha sido liquidada, cada cónyuge partícipe tiene una simple cuota abstracta sobre la totalidad del conjunto patrimonial, que sólo podrá recaer sobre bienes concretos una vez que se haya procedido a su liquidación y adjudicación a los esposos.

En casación, el demandante alega: *a)* que no se prohíbe en el CC el ejercicio de la acción de división a uno de los miembros de la sociedad de gananciales; *b)* una vez disuelta la comunidad de gananciales, se convierte en una comunidad de cuotas, por lo que puede ejercer la acción de división; *c)* constante la sociedad de gananciales, el principio de cogestión del artículo 1375 CC se complementa con el auxilio judicial; *d)* no se impide a ninguno de los cónyuges actuar en interés de los gananciales. La cuestión a la que se enfrenta el Alto Tribunal es la de determinar si uno de los cónyuges puede ejercitar solo la acción de división o bien debe actuar conjuntamente con su esposa. Entiende el TS que don A. es titular de la acción de división de los bienes comunales, y ello con independencia de que se haya o no liquidado la sociedad de gananciales. Para ello deben seguirse las reglas normales de la acción de división: o bien actúan conjuntamente frente a los demás copropietarios, o bien debe demandarse al otro cónyuge, aquí a la esposa conjuntamente con los demás, en su cualidad de copropietaria como parte de la sociedad de gananciales. Siendo así como ocurre en este caso, la esposa demandada no puede oponer al demandante la necesidad de la liquidación previa de la sociedad de gananciales para que pueda procederse a la división de los bienes de titularidad común con terceros propietarios. De ahí que se acabe estimando el recurso. (S. L. M.)

**82. Divorcio: Pensión compensatoria: Temporalidad: Cuestión nueva.**—En juicio de divorcio a instancia del marido la única cuestión discutida en casación ha sido la cuantía de la pensión compensatoria, aunque sin limitación temporal; aquél propuso siempre la de 1.000 euros mensuales, mientras que la esposa solicitó 6.000, otorgándole 2.800 la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y 3.500 la de apelación en atención a las siguientes circunstancias: 1.<sup>a</sup>) La duración de 26 años del matrimonio; 2.<sup>a</sup>) La edad respectiva que tenían al contraerlo y la actual (25 y 51 años el marido y 24 y 50 años la mujer); 3.<sup>a</sup>) La dedicación continuada de la esposa al cuidado de los hijos, renunciando a trabajar; 4.<sup>a</sup>) La práctica imposibilidad de incorporarse al mercado de trabajo en esas circunstancias; y 5.<sup>a</sup>) la diferencia de ingresos, con unos acreditados del marido en torno a 227.000 euros anuales dadas sus numerosas propiedades y negocios.

Esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones la imposibilidad de plantear cuestiones nuevas en el recurso de casación, en cuanto se ve afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia. No es admisible la introducción en el recurso de casación de un elemento de controversia que ha sido ajeno al debate en las instancias. La temporalidad de la pensión no ha sido objeto de debate en ninguna de las instancias precedentes. A tenor de los criterios para recurrir que esta Sala viene señalando bajo el régimen de la vigente Lec es que la existencia de interés casacional ha de quedar acreditado tanto en fase de preparación como en fase de interposición del recurso. La causa de no-admisión se convierte en causa de desestimación.

Por otra parte, la posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias es, en la actualidad, una cuestión pacífica a la luz de la muchas resoluciones de esta Sala y de la nueva



redacción dada al artículo 97 CC por la Ley 15/2005. Ahora bien, el que sea posible el establecimiento de un límite temporal para su percepción no determina que la sentencia que no lo establezca vulnere aquella doctrina siempre que no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial teniendo en cuenta la libre y ponderada valoración a los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC. Incluso en la hipótesis de no considerar novedosa la cuestión de la temporalidad, la doctrina jurisprudencial determina la desestimación del motivo pues la Audiencia Provincial apoya su fijación con carácter indefinido en factores que se encuentran en el artículo 97, concluyendo con criterios de prudencia y ponderación que son razonablemente escasas las posibilidades reales de la esposa de obtener en un plazo concreto un empleo que le permita gozar de medios propios para obrar autónomamente (**STS de 14 de marzo de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—La doctrina jurisprudencial sobre temporalidad de la prestación compensatoria se reitera también en STS de 14 de febrero de 2011, en este mismo fascículo del ADC. (G. G. C.)

**83. Divorcio: Doctrina jurisprudencial sobre temporalidad de la pensión compensatoria.**—La STS de 10 febrero 2005, dictada para unificación de doctrina, en un momento de división doctrinal de las AAPP entre ambas posibilidades, señala, en primer lugar, que *la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida-vitalicio*, para añadir que, *la ley —que de ningún modo cabe tergiversar— no prohíbe la temporalización, se adecua a la realidad social y puede cumplir la función reequilibradora, siempre que se den determinadas circunstancias. Ergo debe admitirse su posibilidad, aunque es preciso hacer referencia a las pautas generales que permiten su aplicación*; para finalizar diciendo que, *ahora este Tribunal que se pronuncia por primera vez y sienta como doctrina jurisprudencial la posibilidad de establecer una duración limitada para la pensión compensatoria del artículo 97 CC, siempre que cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal*. Esta se ha completado, a partir de la STS de 19 diciembre 2005, con la referencia a la modificación del artículo 97.1 CC. En consecuencia, de acuerdo con la modificación introducida por Ley 15/2005, la pensión podrá constituirse por un periodo de tiempo concreto, o bien de forma indefinida.

**Prueba.**—Lo que pretende la recurrente es la revisión de las conclusiones de la sentencia en desacuerdo con la valoración de la prueba, y debe advertirse, además, que la solución de la sentencia recurrida, está de acuerdo con la doctrina de la STS del Pleno de 19 enero 2010, cuya doctrina expresada en sus fundamentos 5.º y 6.º deben considerarse incorporadas en este FJ. (**STS de 14 de febrero de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—La STS de 19 de enero de 2010, aludida en la extractada para completarla, ha sido anotada en ADC, 2011, pp. 874-875, y no coincide del todo con la sentencia aquí extractada, en su supuesto fáctico pues se refiere a un matrimonio de larga duración, sin hijos, y al dictarse sentencia de separación el marido está percibien-



do una modesta pensión por incapacidad permanente de 944,20 euros; en la sentencia de 14 de febrero de 2011, la duración del matrimonio es menor y el marido inicia la separación que la mujer reconviene en divorcio, siendo el único punto debatido la duración de la pensión que la Audiencia Provincial rebaja de cinco a tres años. En ambos casos la mujer está en el paro aunque con posibilidad de recolocación. (G.G.C.)

**84. Validez de contratos celebrados entre cónyuges con previsión de posibles crisis matrimoniales: Autonomía de la voluntad de los cónyuges: Atipicidad.**—La autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en STS de 22 de abril de 1997, que pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: *En primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, que es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente que queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, que tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 CC.* Por ello, según declara la STS de 17 de octubre de 2007, los cónyuges, en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio.

La STS de 23 de diciembre de 1998 distinguía entre convenio regulador y acuerdos transaccionales posteriores, reconociendo que los aspectos patrimoniales no contemplados en aquél y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial. La STS de 22 de abril de 1997 declara que es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, y el hecho de que no hubiera sido homologado por el juez, sólo le impide formar parte del proceso de divorcio, pero no pierde eficacia procesal como negocio jurídico. Según STS de 27 de enero de 1998, las partes deben cumplir el negocio jurídico concertado según el principio de la autonomía de la voluntad, pues no se puede estimar que los efectos interpartes de un convenio carezcan de eficacia por falta de aprobación judicial, si se desenvuelve dentro de los límites lícitos de aquélla. Asimismo la STS de 15 de febrero de 2002 reconocía la validez de un contrato privado de liquidación de la sociedad de gananciales con la consideración de que *los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial, en ejercicio de su autonomía privada pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia, tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales ad solemnitatem o ad substantiam para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia* (en el mismo sentido la STS de 17 octubre 2007). Esta jurisprudencia ha dado lugar al artículo 233-5 Cccat que establece que estos pactos vinculan a los cónyuges.

**Requisitos de validez de los pactos entre cónyuges distintos del convenio regulador.**—Aunque el contrato cuya validez se discute se haya deno-

minado *convenio regulador*; no es tal sino un pacto atípico en el que los cónyuges, luego de una reconciliación y previendo otra posible crisis de convivencia, acuerdan que el marido asuma una serie de obligaciones respecto a la esposa para el caso de que se produzca una nueva separación. Esta Sala ha partido de la eficacia de este tipo de acuerdos siempre que reúnan todos los requisitos exigidos para la validez de los contratos. En este caso hay que concluir que concurre: *a)* consentimiento de ambos cónyuges contratantes, pues aunque el recurrido alegó un vicio de la voluntad, ello no se ha considerado probado; *b)* objeto del contrato; y *c)* causa de la obligación que se establezca. Aunque el contrato generó obligaciones sólo a cargo del marido ello no es indicio de ninguna anomalía contractual.

**Inaplicación al caso del artículo 1256 CC: Validez del contrato.**—Ambas sentencias de instancia declaran la nulidad del contrato ente cónyuges al entender que se ha dejado la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes, la esposa, interpretando y sobreponiendo así la naturaleza unilateral de la obligación creada con la iniciativa en la ruptura del matrimonio.

Pero el artículo 1256 CC es una consecuencia lógica del artículo 1254 que determina la existencia del contrato desde que dos personas consienten en obligarse; la protección de la autonomía privada y la seguridad del tráfico impiden que se deje al arbitrio de una de las partes la validez y eficacia del contrato, de modo que lo que se prohíbe en esta disposición es que sea la voluntad de uno de los contratantes la que determine los requisitos del contrato, o bien que se deje al arbitrio de uno el entero cumplimiento, o que se permita la conducta arbitraria de uno de ellos durante la ejecución del contrato. Se trata de una norma que no tiene carácter absoluto porque no puede excluirse la posibilidad de desistimiento unilateral de los contratos (SSTS de 9 de enero de 1995, 27 de febrero de 1997 y 4 de diciembre de 1998).

La aplicación del artículo 1256 en este caso tiene su origen en una interpretación que llega a resultados absurdos. En efecto, los cónyuges pactaron que *en el supuesto de que se produzca de nuevo la separación de los comparecientes, el marido vendrá obligado a lo siguiente (...)*; por tanto la obligación del marido surge fuera quien fuera quien iniciara la nueva separación y es por ello que interpretar esta cláusula en el sentido de que se dejaba a la iniciativa de la recurrente la eficacia del pacto, lleva a un resultado no admisible de acuerdo con las reglas de la interpretación, que pueden ser revisadas por esta Sala en aquellos casos en que esto se produzca (STS de 14 de febrero de 2010). La aplicación de esta doctrina lleva a declarar la validez del contrato, denominado *convenio regulador*, celebrado por los cónyuges en 1989.

**Validez de la pensión de alimentos a la esposa e invalidez de la promesa de donación de piso.**—En el primer pacto se acuerda el pago de una cantidad de dinero con sus correspondientes actualizaciones. Este pacto consiste en atribuir a la esposa el derecho a obtener una renta mensual con cargo a su marido, que es independiente de que concurra o no los requisitos para la pensión compensatoria. Estos pactos no tienen limitado su objeto y se concluyen muchas veces para concretar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones y divorcios. Debe declararse válido el pacto en cuestión, y al no tratarse de un *convenio regulador* no debía aportarse a la segunda demanda de separación porque goza de autonomía propia y no está ligado al procedimiento matrimonial. Por ello no puede atribuirse a este hecho la renuncia tácita que deduce la sentencia recurrida.

Mayores dificultades plantea la admisión de la validez de la promesa del marido de donar un piso a su esposa en las condiciones y características que se pactan, pues choca con dos obstáculos: *a)* se trata de una donación con un objeto indeterminado, un piso a elección de la donataria, que vulnera el artículo 635 CC («la donación no podrá comprender los bienes futuros») que serán aquellos de los que el donante no puede disponer al tiempo de la donación y ello porque la donación transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados, lo que resulta imposible en relación a los futuros; y *b)* la validez de este tipo de donaciones ha sido estudiada por las SSTS de 24 y 25 de enero de 2008, las cuales declaran que desde la STS de 6 de junio de 1908 esta Sala se ha pronunciado de forma repetida (SSTS de 27 de junio de 1914, 25 de abril de 1924, 22 de enero de 1930, 21 de noviembre de 1935, 21 de junio de 1945, 22 de junio de 1982, 23 de diciembre de 1995, 6 de febrero de 1996, 19 de junio de 1999 y 25 de noviembre de 2004) sobre la no validez de las promesas de donación, pues este contrato requiere aceptación por escrito, de suerte que la donación entre vivos de inmuebles sin aceptación carece de consecuencias jurídicas. En resumen, la doctrina de esta Sala califica la promesa como una donación incompleta carente de los efectos jurídicos de la donación en que concurren todos los requisitos legales.

**Prescripción de pensiones no reclamadas.**—Al estimar parcialmente el recurso de casación procede asumir la instancia y declarar que las pensiones se deben a partir de la sentencia de separación, el 30 julio 1993, teniendo en cuenta que la demanda se presentó en 8 de mayo de 2002, a efecto del plazo quinquenal de prescripción que establece el artículo 1966, 3.º CC. En consecuencia, se declaran prescritas las devengadas con anterioridad al tiempo de cinco años, contados desde la sentencia de separación hasta el momento de la interposición de la demanda. Las pensiones no prescritas deberán abonarse teniendo en cuenta la actualización por el IPC, como resulta pactado. La cantidad como atrasos así como la cuantía de las futuras pensiones será determinada en ejecución de sentencia, calculada sobre estas bases. Todo ello sin imposición de costas en ninguna de las instancias (**STS de 31 de marzo de 2011**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Examinados los hechos bajo la frialdad de los documentos puede hablarse de un matrimonio cuya compleja y accidentada historia de relaciones personales no se acompasa del todo con el devenir de las relaciones patrimoniales de la pareja. Contraen matrimonio el 1 de junio de 1987, y dos años más tarde, el 17 de octubre de 1989, la esposa insta la separación y las medidas provisionales. El 30 de noviembre de 1989 elevan a escritura pública un documento en el que se incluyen los pactos que varios años después han llegado a la Sala 1.ª, haciendo constar previamente el desistimiento de la demanda de separación, aunque aquéllos se pactan sólo «en el supuesto de que se produzca de nuevo la separación de los cónyuges». En el periodo de reconciliación nace el único hijo de la unión. Surgen de nuevo las desavenencias y la esposa vuelve a instar la separación, que obtiene seis años después de casarse, en 30 de julio de 1993, y también logra posterior sentencia de divorcio. La ex-esposa insta un juicio ejecutivo pretendiendo la ejecución de los pactos contenidos en el documento de 1989, pero se declara su nulidad por considerar que la deuda reclamada era ilícui-

da en sentencia firme de la Audiencia Provincial de 2002. En el propio año se interpone por la actora la demanda origen del presente recurso de casación ahora resuelto, y que ha sido desestimada en ambas instancias. No se hacen valer efectos civiles de las sentencias firmes de separación y divorcio, sino de un acuerdo elevado a escritura pública, en una fase intermedia de reconciliación de los cónyuges aunque en previsión de nuevas rupturas. El desfase cronológico denunciado radica en el hecho de que, al cabo de casi 22 años de formalizado el supuesto *convenio regulador*, y más de una quincena aproximada de dictarse sentencia firme de divorcio, el exmarido es condenado a abonar la pensión inicialmente pactada de 200.000 pesetas mensuales, ilimitadamente y con efecto retroactivo.

La sentencia extractada resume y analiza una doctrina reiterada, desde hace algún tiempo, de la Sala 1.<sup>a</sup> sobre la validez y contenido de tales pactos conyugales, diferenciándolos del convenio regulador, homologado o no judicialmente, y que la doctrina admite con base en el artículo 90, II CC (*cf.*: últimamente Martínez de Aguirre, *Derecho de familia*, 3.<sup>a</sup> ed. 2011, p. 173). No opina así Núria Ginés Castellet, *Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos de ruptura en el Libro II del CC de Cataluña*, RCDI, septiembre-octubre 2011, p. 2580, quien afirma que son pocas las resoluciones judiciales en que se viene admitiendo la validez de los pactos previos sobre aspectos patrimoniales de libre disposición de las partes vinculados a una posterior ruptura matrimonial y ninguna proviene del TS. La sentencia extractada prueba lo contrario pues cita diversos fallos de finales de los años noventa. Por otra parte al ceñirse al estudio de la nueva normativa catalana, la autora no llega a identificar con claridad el supuesto puro y simple de pensión de alimentos que la sentencia aquí contempla. Parece puede concluirse que la doctrina jurisprudencial del TS resulta más amplia y generosa que la referida normativa (G. G. C.)

**85. Unión de hecho: Ruptura: Derecho de visita del padre: Finalidad: Suspensión: Conducta violenta del padre.**—Debe recordarse la finalidad del derecho de visita del padre no matrimonial en caso de la ruptura de la convivencia *more uxorio*, tal como se deduce de la STC 176/2008, de 22 de diciembre: *Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el artículo 94 CC como un derecho de que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo «graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.* Sin embargo, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, *contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa: así el artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 noviembre 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990: «Los Estados Partes respetarán el derecho del niño*

*que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular; salvo si ello es contrario al interés superior del niño»;* así también el artículo 14 de la Carta Europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento europeo en Res. de 18 julio 1992: *«En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguarda de los intereses del niño»;* igualmente cabe citar el artículo 24.3 de los Derechos fundamentales de la UE: *«Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.*

De esta cita cabe deducir que las decisiones que hay que tomar acerca de la guarda y custodia en los casos en que el padre y la madre del niño no convivan han de tener como función prioritaria la protección del interés del menor. Esta regla está admitida en el artículo 94 CC cuando después de admitir el derecho de visita de los progenitores que no tengan consigo al hijo, añade que el Juez «podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen». En el mismo sentido disponen el artículo 57 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, y el artículo 233-8.3 Cccat.

Uno de los supuestos admitidos para la suspensión de las visitas del padre se produce cuando se producen episodios de violencia entre los progenitores o bien contra el propio hijo por parte de quien pretende el derecho de visita. Así el artículo 65 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia del género, dice que *el Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera,* y el artículo 66 admite que *el Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes.*

En el presente recurso se impugna una sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de G.C., en la que se considera probada la conducta violenta del recurrente. Así se acredita que la madre se encuentra en unas circunstancias frente al padre que obligaron en su momento a redactar una orden de protección, que no consta a este Tribunal que en este momento haya sido revocada; se abrieron diligencias penales, aunque se sobreesayeron; el recurrente protagonizó unos episodios de violencia ante los propios tribunales que entendieron en los trámites del juicio de guarda y custodia de alimentos del hijos menor. Todo ello ha llevado al Tribunal a negar el régimen de visitas, con base en la protección del interés del menor.

Las sentencias en que se basa el interés casacional no permiten fundar el recurso: en la STS de 9 de julio de 2002 concurre falta de prueba de los factores de riesgo de despreocupación por parte del padre y alejamiento temporal y, en cualquier caso no tenía nada que ver con episodios de violencia; en STS de 19 de octubre de 1992, no se apreciaron tampoco circunstancias de riesgo, así como en la STS de 21 de julio de 1993. Resulta absolutamente artificiosa la alegación de interés casacional, pues en este caso se ha probado que la conducta del padre llevada a cabo hasta el momento de presentar el recurso no permitía apreciar que el interés del menor quedara protegido si se reconocía a su padre el derecho de visitas. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de modificar la medida en el caso de que cambien las circunstancias

que ahora han determinado la denegación. (STS de 11 febrero 2011: no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Sentencia de aprobar en cuanto al fondo. Marginalmente cabría subrayar que este tipo de procesos está requiriendo, de algún modo, una *Sala o Sección especial* de asuntos familiares en el TS que, en atención a su íntima naturaleza, exigen rápida y urgente solución, bien sea porque no producen cosa juzgada, o ya por el grave perjuicio que puede derivarse de la dilación del fallo. En este caso, la 1.<sup>a</sup> instancia se resuelve en octubre de 2005 y la apelación en julio de 2007, empleando casi cuatro años en resolver la Sala 1.<sup>a</sup> El menor el fallarse el recurso de casación habrá cumplido, al menos seis años y, de hecho, no habrá conocido personalmente a su progenitor, quien, sin embargo, puede haber rectificado su anterior conducta con su compañera. La función esencial del derecho de visita corre aquí el riesgo de quedar sin cumplimiento. El bajo nivel social de los padres (manifestado en esos 60 euros mensuales que la sentencia señala en concepto de alimentos para el hijo), debiera ser, a mi juicio, un acicate para facilitar un mayor seguimiento judicial del caso. Por otra parte, yo no creo que los textos internacionales tan profusamente recordados en la sentencia extractada vengan en reconocer exclusivamente al menor como único titular del *ius visitandi*, de modo que tanto al padre como, en su caso, a los abuelos vendría a reconocérseles una mera situación fáctica o de tolerancia; se trata de un derecho-deber o facultad de carácter familiar, derivado de los derechos de la personalidad, no absoluto, sino susceptible de suspensión en interés del menor (*cf.* mi cuaderno Civitas, *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 noviembre 2003*, Madrid 2004, pp. 182 y ss.) (G. G. C.)

**86. Unión de hecho: Ruptura: Interés del menor que ha sido reconocido por los convivientes: Atribución de la vivienda: Analogía.**—Debe recordarse que en una separación de dos personas que no han contraído matrimonio, no se discuten los efectos económicos de la ruptura, sino de la atribución del uso de la vivienda al menor, hijo de ambos; cuestión que debe resolverse fundamentalmente teniendo en cuenta el interés del niño.

El primer problema previo consiste en resolver si puede aplicarse por analogía la norma del artículo 96 CC, que expresamente sólo se aplica cuando se trata de matrimonios. Es cierto que en la regulación de la convivencia del hijo con sus padres cuando estén separados no existe una atribución del uso de la vivienda (art. 159), pero las reglas de los artículos 156.5 y 159 no contradicen, sino que confirman lo que se establece en el artículo 92 CC, por lo que la relación de analogía entre situaciones existe, de acuerdo con el artículo 4 CC.

No puede aquí existir interés casacional porque los casos resueltos en las sentencias que se aportan para justificar dicho interés tratan de situaciones distintas a la que se ha producido en este litigio, porque la convivencia no equivale a matrimonio. En realidad, el criterio de semejanza no se produce en relación a la situación de los padres, sino de lo que se trata es de la protección del interés del menor, protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de los artículos 14 y 39 CE.



El artículo 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permiten interpretaciones limitadoras e incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir ningún perjuicio.

El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla. La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo en que los progenitores ostentan la titularidad sobre dicho bien.

La sentencia recurrida impone un uso limitado en el tiempo de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene hasta el momento en que se proceda a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes, momento en el que debe entenderse que cesa dicho uso, según la sentencia recurrida. Y aunque esta pudiera ser una solución de futuro, que no corresponde a los jueces que están sometidos al imperio de la ley, hay que reconocer que se opone al artículo 96.1 CC. Esta norma no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora implicaría la vulneración de estos derechos, que la CE incorporó al ordenamiento jurídico español, y que después han sido desarrollados por la LO de protección del menor. Esta era ya la doctrina de esta Sala en SSTs de 9 de mayo de 2007, 22 de octubre y 3 de diciembre de 2008, entre otras, en las que se conserva el uso de la vivienda a pesar de la división y se impone, incluso a los terceros adjudicatarios en la subasta necesaria para proceder a la división.

En consecuencia de lo anterior, se formula la siguiente doctrina: *La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 CC. (STS de 1 de abril de 2011; ha lugar.)* [Ponente Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

**87. Unión de hecho: Ruptura: Liquidación de bienes en común: Crédito por aportación y titularidad dominical.**—La recurrente trata de impugnar la resolución de la sentencia que reconoce la existencia de un crédito del recurrido como consecuencia de la mayor aportación de éste en la adquisición de la vivienda que resulta ser titularidad por mitades indivisas de ambos convivientes. Titularidad que se mantiene en la sentencia recurrida.

La recurrente intenta evitar el pago de la cantidad a que se le ha condenado utilizando tres argumentos: *a)* existió un pacto sobre las cuotas, que la sentencia ha dejado de lado; *b)* hay una vulneración de la doctrina de los actos propios porque el hecho de poner en común y por mitad la vivienda era práctica habitual entre las partes, y *c)* la doctrina de esta Sala apoyaría esta argumentación.



Pero la recurrente olvida cuestiones fundamentales que desautorizan estos motivos: 1.º) La sentencia recurrida no ha alterado la titularidad existente sobre el inmueble que tuvo la condición de vivienda familiar, sino que la mantiene expresamente. No se trata de que se haya alterado un pretendido pacto sobre igualdad de cuotas, porque claramente la recurrente sigue siendo copropietaria de la mitad del inmueble. 2.º) Estas mismas razones impiden aplicar la doctrina de los actos propios y apreciar la vulneración del artículo 7.1 CC. 3.º) No es posible aplicar la doctrina que se cita como infringida. En la STS de 14 de mayo de 2004 se partía de un supuesto de hecho semejante, cual es que durante el periodo de convivencia, se adquiere un bien –la vivienda común– por mitad pro indiviso de los dos, y tras la ruptura uno de los convivientes pretende que se declare de su exclusiva propiedad, lo que había sido aceptado por la sentencia de la Audiencia Provincial, y casada por la Sala 1.ª, con el argumento de que *el mantenimiento durante toda la convivencia, de la cotitularidad dominical de los dos convivientes sobre su vivienda, adquirida por mitad y pro indiviso, implica que la petición por uno de ellos de que es de su exclusiva propiedad por haberla pagado, desconociendo la colaboración y la aportación de ella, constituye la infracción de la doctrina de los actos propios*. Pero éste no es el supuesto de este recurso, pues se ha probado que el inmueble se adquirió por mitades indivisas y que uno de los partícipes, el conviviente, había realizado aportaciones superiores a las de la otra partícipe, la recurrente. Lo que no se ha probado es que el conviviente hubiera donado a la contraparte el mayor valor que aportó, por lo que se generó un crédito en el que resulta deudora la conviviente (**STS de 7 de febrero de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

**88. Desamparo de menor de edad declarado por la Administración: Interés del menor: Tratados internacionales: Atribución de la custodia al padre.**—Las medidas que han de tomarse para proteger al menor deben siempre tener en cuenta el valor superior del interés del niño, recogido en el artículo 3.1 de la Convención de Nueva York de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en 1990, que dispone lo siguiente: *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*. Esta norma ha sido recogida en el artículo 3.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, que establece como principio general que *en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*.

Por tanto, la legislación que regula las decisiones que deben adoptarse en los casos de situaciones de riesgo para los niños, sobre todo cuando haya que tomar la medida de separación de la familia, requiere que estas se funden siempre en el interés del menor, como así se proclama en el artículo 172.4 CC, que resulta aplicable en este caso por la remisión que efectúa el artículo 31.1 de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias de 27 enero, de Protección del Menor. Y ello es congruente con lo que establece la LO 1/1996, que aunque posterior a la autonómica, no puede dejar de aplicarse en cuanto constituye el desarrollo del artículo 39.4 CE, que establece que *los niños gozarán de la protección prevista en los tratados internacionales que velan por sus derechos*. En consecuencia, el artículo 11.2 LO 1/1996 establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños: a) *La supremacía del interés del menor*; b) *El mantenimiento del menor en el*

*medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés, y c) Su integración familiar y social.*

La STS de 31 de julio de 2009 dice que cuando existe una contradicción entre el interés del menor y la reinserción familiar, debe tenerse en cuenta la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor; de modo que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. Por todo ello, sienta la doctrina de que para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo del desamparo del menor. Aunque el supuesto de hecho no es idéntico al actual (allí reclamación de la familia acogedora después de la declaración de desamparo del menor, frente a la familia biológica; aquí reclamación de ésta frente a la Administración del Principado de Asturias que declaró igualmente el desamparo) su doctrina es plenamente aplicable el caso ahora planteado.

La protección del niño tiene como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. La administración encargada de la protección de menores tiene entonces dos posibilidades: o bien declarar el desamparo y asumir la tutela del menor, con la adopción de medidas para permitir que el niño se reinsera en la familia, cuando no sea contrario a su interés (art. 172.4 CC), o bien mantener la obligación de guarda y custodia de los padres, con controles por parte de la administración. Así, las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras medidas menos radicales.

De esta forma se puede afirmar que: *a)* la Administración puede actuar de forma cautelar; *b)* hay que ponderar los intereses en juego, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia (STS de 31 de julio de 2009); y *c)* que en toda la normativa relativa a la protección del interés del menor en estas circunstancias, se recomienda que se procure la reinserción del niño en su propia familia, siempre que ello no sea contrario a su interés.

El motivo primero reconduce a una cuestión de apreciación de la prueba relativa a si la sentencia recurrida ha respetado el principio de protección del menor. A estos efectos hay que recordar que en la sentencia: *a)* se acuerda que el padre ostente la guarda y custodia del niño, excluyéndose a la madre porque sus condiciones personales la hacen inhábil para la educación del menor; *b)* la propia sentencia dice que el padre lleva una vida relativamente adaptada, cosa que no ha sido negado por la administración recurrente; *c)* el artículo 172.4 CC considera incluido en el interés del menor su reinserción en su propia familia, cuando ello no sea contrario a su propio interés, y *d)* y, seguramente lo más importante, la guarda y custodia no se atribuye al padre de forma incondicionada, sino que se le somete a los controles de la Admi-

nistración protectora de menores, que puede y debe vigilar el desarrollo de la relación. Por todo ello hay que entender que la sentencia de la Audiencia Provincial ha protegido el interés del menor. (STS de 21 de febrero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—En mi opinión, aunque la sentencia extractada invoca *ex abundantia* la doctrina consignada en la STS de 31 de julio de 2009, en realidad no se limita a reiterarla sino que, por vía interpretativa, da un paso adelante fallando —a diferencia de esta última— a favor del padre biológico. He escrito recientemente (*El enigmático artículo 172 CC español y sus secretos familiares*, RDNot., octubre-diciembre de 2010, pp. 59 y s.: «A mi juicio, el menor tiene derecho preferente a permanecer y a formarse en su hogar originario una vez que este cumpla los requisitos mínimos del deber legal de asistencia y protección; y ello aunque en abstracto, su bienestar fuese más elevado en la eventual familia acogedora o adoptante [...] lo más beneficioso para el menor no es siempre que se haga borrón y cuenta nueva, en estos casos, de la biografía anterior del mismo, de modo que una familia biológica que haya corregido satisfactoriamente —aunque no necesariamente al 100 por 100— sus deficiencias educativas o asistenciales, recuperando el mínimo de protección, sea preferida a otra que únicamente ofrece un mayor nivel cultural-económico-social para proseguir la evolución de su hijo biológico». El que se trate de un caso en cierto modo límite (madre nunca escolarizada, con una minusvalía mental del 71,5 por 100, y también madre anteriormente de una hija que dio en adopción en 1990; padre conviviente, drogadicto curado desde 2004, con minusvalía del 67 por 100, protagonizando episodios de violencia contra la madre) sólo permite llamar la atención sobre una sentencia en cierto modo *contracorriente*, y por ello audaz, pero, a mi parecer, bien fundada en la exégesis de la compleja normativa en vigor. (G. G. C.)

## 6. DERECHO DE SUCESIONES

**89. Sustitución fideicomisaria: Tercio de mejora: Facultades de la heredera fiduciaria: Interpretación del testamento: Medios extrínsecos.**—El causante, que ostentaba el título de conde, falleció bajo testamento en 1901, sobreviviéndole dos hijas, Melisa y Noelia, realizándose la correspondiente partición. Ha resultado origen del pleito la cláusula 7.<sup>a</sup> del testamento relativa a la mejora, que contiene una sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*, recíproca entre los nietos del testador que son a la vez fiduciarios y fideicomisarios. El usufructo del tercio de mejora se lo adjudica a D.<sup>a</sup> Noelia y distribuye desigualmente entre los hijos de ésta. Manifiesta además el testador su deseo de que se conserve por todo el más tiempo posible unido el título nobiliario, a una masa de bienes bastante para que se lleve con decoro debido. D.<sup>a</sup> Noelia, heredera del título, falleció en 1934, dejando tres hijos; el primogénito, D. Óscar, también heredero del título, falleció en 1951 sin hijos, y en su testamento nombró heredero a su hermano D. Urbano, a quien igualmente correspondió el título; entre los bienes que heredó de su hermano premuerto

se encontraba la mitad del tercio de mejora que le había sido atribuido a D. Óscar en el testamento de su abuelo. D. Urbano falleció en 1976, nombrando herederos por partes iguales a sus tres hijos –D. Pedro Miguel, D. Balbino y D.<sup>a</sup> Filomena–, demandantes del pleito actual.

D.<sup>a</sup> Isidora, tercera de los hijos de D.<sup>a</sup> Noelia, falleció en 1968, sin hijos. Había vendido algunos de los bienes en que se concretó en la partición el derecho a una cuota de la mejora, disponiendo algunos legados a favor de algunos sobrinos y designando herederos a otros. Por su parte los actuales recurrentes realizaron actos posteriores al fallecimiento de D.<sup>a</sup> Isidora (deslindes, urbanizaciones, permutas, compraventas etc.). En la demanda rectora se reclama la devolución que bienes que formaban parte del tercio de mejora, por entender que D.<sup>a</sup> Isidora tenía limitada su facultad dispositiva.

La primera regla interpretativa del artículo 675 CC es la literalidad, de modo que a la hora de atribuir un sentido a la voluntad testamentaria, debe analizarse el texto de la disposición discutida. Algunas sentencias antiguas, como las de 9 de junio de 1962 y 23 de octubre de 1971, permiten entender que si alguien pretende que el sentido literal del testamento no concuerda con la verdadera voluntad del testador debe acreditarlo plenamente, porque la ley parte de una idea básica, que algunos califican de presunción de que el testador tradujo su voluntad en las palabras que utilizó. Los otros medios, que han sido calificados como extrínsecos, no pueden rechazarse, pero jugando un papel accesorio en la interpretación y sobre todo, debe evitarse que se atribuyan al testador soluciones que no quiso. Especialmente problemática resulta la utilización de la conducta de los llamados como medio interpretativo de un testamento en el que, evidentemente, no concurrieron. La STS de 8 de mayo de 1979 alude a un supuesto en que *esa interpretación testamentaria, fue estimada siempre sin contradicción, por cuantos estuvieron interesados en la sucesión de que se trata, a lo largo de escalonadas actuaciones en las más diversas épocas, circunstancias claras, de carácter extrínseco al testamento mismo, que como autoriza la jurisprudencia, contribuyen a definir, respetando el texto de la disposición testamentaria, la verdadera voluntad del testador.*

En el presente caso, la cláusula 7.<sup>a</sup> del testamento está dividida en dos partes muy bien diferenciadas. En la primera se grava la mejora con una sustitución fideicomisaria en la que los nietos son los sustitutos fideicomisarios y la madre D.<sup>a</sup> Noelia es la fiduciaria. Los fideicomisarios no reciben un llamamiento libre, sino que en sus respectivas cuotas, fueron gravados recíprocamente, el uno a favor del otro, tal como permite el artículo 824. La Sala llega a esta conclusión con base en los siguientes criterios de interpretación: 1.º Aunque la hija D.<sup>a</sup> Noelia fue llamada en usufructo, la falta de nudo propietarios en la institución hace que deba aplicarse la regla del artículo 787 CC, que equipara estas instituciones a las sustituciones fideicomisarias (ver STS de 22 de noviembre de 2010); 2.º El llamamiento se limita a los nietos del testador, porque de esta forma se cumple con la restricción del artículo 781 CC; 3.º Los nietos aparecen gravados recíprocamente para el caso de no tener hijos, con una de las modalidades más típicas de esta sustitución que es la que condiciona la consolidación de la propiedad de lo adquirido al hecho de tener hijos, de modo que el último fallecido adquiere libremente. En la segunda parte de la cláusula aparecen las razones del testador para efectuar este tipo de institución, al establecer que sólo el hijo de D.<sup>a</sup> Noelia que ostente el título, o le correspondiere llevarlo, tendrá derecho a acrecer a

su porción la parte de bienes provenientes de la mejora que dejare aquel hermano que hubiera fallecido sin suceder en el título.

**Sustituciones recíprocas: Significado de la palabra acrecerá.**—La utilización de este verbo no debe ser entendida en sentido técnico jurídico, sino como forma de expresar que va a ir a parar a quien ostente el título nobiliario la parte de mejora que aparece gravada por el testador. De la interpretación conjunta se deduce que la finalidad buscada por el testador al redactar esta cláusula no se limitaba a encontrar un heredero que finalmente adquiriera estos bienes, y evitar así que quedase vacante una parte de la herencia, para la que serviría el derecho de acrecer en sentido técnico, sino que lo que verdaderamente quiso el causante era beneficiar a quien ostentara el título y evitar, por una parte, la dispersión de sus bienes, y por otra, que quien ostentara el título nobiliario no pudiera mantener el *decoro de la casa*. La expresión *acrecerá* significa que la parte de quien fallezca sin hijos incrementará la parte de quien aún sobreviva, y así hasta el último de los nietos llamados como fideicomisarios y a la vez fiduciarios recíprocos. Con esta interpretación se superan las discusiones sobre si resulta o no posible el acrecimiento en partes no iguales, puesto que no existe tal derecho de acrecer.

**Interpretación de los actos propios de los nietos del causante.**—Las sentencias recaídas en este litigio, que han negado a la cláusula 7.<sup>a</sup> el carácter de sustitución fideicomisaria, han basado parte de sus argumentos en los actos posteriores de los herederos del causante quienes calificaron a la institución como un usufructo, de modo que, al fallecer D.<sup>a</sup> Noelia, sus hijos consolidaron la nuda propiedad sobre los bienes integrantes del tercio de mejora, efectuando actos de dueño, comenzando por la atribución en partición y ulterior realización de negocios jurídicos sobre los mismos de diversos tipos, que demuestran que dichos nietos se consideraron herederos libres en relación con los bienes sometidos al fideicomiso.

Estas conductas no pueden ser utilizadas como una vía para interpretar el testamento del causante inicial, pero sí que son lo suficientemente importantes como para constituir actos que demuestran su voluntad de desconocer sus derechos como fideicomisarios. Aunque sería cuestión nueva determinar si la apariencia creada por los fideicomisarios produjo una renuncia a sus derechos como fideicomisarios, es oportuno recordar que el fideicomisario puede disponer de sus derechos al fideicomiso y esto lo efectuó D. Urbano, heredero a su vez de los derechos de su hermano Óscar, a través de sus actos de disposición. Por ello no pueden ahora sus herederos alegar la existencia de una sustitución fideicomisaria que efectivamente gravaba los bienes objetos de discusión, pero que no tuvieron en cuenta en el momento de disponer y de autorizar los actos de su hermana D.<sup>a</sup> Isidora en los contratos que se celebraron.

Todo ello conduce a la estimación parcial del recurso por infracción del artículo 675 CC, declarándose que la cláusula testamentaria debatida contenía una sustitución fideicomisaria condicional que gravaba recíprocamente a sus nietos, aunque en aplicación de la doctrina de esta Sala relativa a la equivalencia de resultados, debe desestimarse el recurso por la concurrencia de actos propios de los causantes de los recurrentes que demuestran claramente su voluntad de ignorar la vinculación. (STS de 18 de marzo de 2011; ha lugar en parte.) [Ponente Excma. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Complejo supuesto de derecho sucesorio en el que el *thema debatendi* se centra en la mejora que D. Celestino, fallecido a principios del siglo XX, hizo en beneficio de una de sus hijas,

D.<sup>a</sup> Noelia y sus descendientes legítimos. Las vicisitudes jurídicas ulteriores de los bienes integrantes de aquélla alcanzan a la tercera generación, complicándose con la diversa interpretación dada a la cláusula constitutiva de la mejora, que produjo en la práctica una pluralidad de negocios *inter vivos*, originándose diversos procesos civiles que finalizan acumulándose a la demanda principal que se ha interpuesto al cabo de un siglo de fallecer D. Celestino. Debe destacarse el esfuerzo que implica una visión global del entramado contractual producido, que se ofrece en el planteamiento simplificador y clarificador de la Magistrada Ponente. (G. G. C.)

## II. DERECHO MERCANTIL

**90. Derecho de la competencia y contrato de agencia. Contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales: no les afecta la prohibición establecida por el apartado 1 del artículo 85 TCE. Asunción de riesgos como criterio de distinción del agente comercial del comerciante independiente.**—La Comunicación de la Comisión de 24 de diciembre de 1962, relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales en los que éstos se comprometan, para una parte determinada del territorio del mercado común, a negociar asuntos por cuenta de una empresa o a llegar a un acuerdo, en nombre y por cuenta de aquella, o a llegar a un acuerdo en su propio nombre y por cuenta de aquella, afirma que no les afecta la prohibición establecida por el aptdo. 1 del artículo 85 del Tratado, siendo indispensable que el contratante calificado como agente comercial lo sea efectivamente por su propia función, y no asuma ni ejerza una actividad de comerciante independiente en el desarrollo de las operaciones comerciales. En tal sentido, es criterio determinante para distinguir al agente comercial del comerciante independiente el acuerdo expreso o tácito, relativo a la asunción de los riesgos financieros vinculados a la venta o a la ejecución del contrato. Con excepción de la garantía usual dada para el cumplimiento del contrato, el agente comercial no debe, por su función, asumir riesgo alguno proveniente de la transacción: si los asumiera, su función se aproximaría económicamente a la del comerciante independiente, y debería por tanto ser tratado como tal en relación con la legislación en materia de competencia.

**Calificación del contrato y «agencia no genuina».**—La Directriz 15 de las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales de 13 de octubre de 2000 establece que el acuerdo de agencia se considera como un genuino acuerdo de agencia y, en consecuencia, queda excluido del ámbito de aplicación del aptdo. 1 del artículo 81 si el agente no asume riesgo alguno, o éste es insignificante, en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal y con las inversiones específicamente destinadas al mercado para dicho ámbito de actividad. En la situación inversa (asunción de riesgos significativos en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal y con las inversiones específicamente destinadas al mercado para dicho ámbito de actividad), se considera como un no genuino acuerdo de agencia y sí entra dentro del ámbito de aplicación del aptdo. 1 del artículo 81. En tales casos será tratado como un distribuidor independiente que ha de mantener su libertad a la hora de determinar su estrategia de mer-



cadotecnia para poder recuperar sus inversiones relativas al contrato o específicamente destinadas al mercado.

**Aplicación del Derecho europeo de la competencia a los contratos de suministro exclusivo de carburantes.**—El régimen de prohibiciones del artículo 81.1 TCE se aplica a figuras que despliegan una función económica de «distribuidor independiente», prescindiendo de que en el Derecho interno la naturaleza de la relación jurídica entre las partes sea susceptible de merecer una calificación diferente a la de compraventa, por lo que a estas figuras también se aplicará el régimen de exenciones por razón de categoría, aunque el artículo 10 del Reglamento 1984/83 se refiera a contratos de «compra para reventa» de carburante en estaciones de servicio con pacto en exclusiva.

Un contrato de suministro exclusivo de carburantes y combustibles así como de lubricantes y demás productos afines puede estar incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, aptdo. 1 cuando el titular de la estación de servicio asume, en una proporción no insignificante, riesgos financieros y comerciales relativos a la venta de estos productos a terceros y dicho contrato contiene cláusulas que pueden menoscabar el juego de la competencia. Los intermediarios sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados o celebrados por cuenta del comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa de éste, por lo que cabe la posibilidad de contratos que, aun siendo en abstracto calificables como de agencia con arreglo a la Ley española 12/92, puedan sin embargo incurrir en prohibición y consiguiente nulidad por impedir, restringir o falsear el juego de la competencia.

**Invalidez de los contratos con cláusula de fijación del precio de venta al público.**—El precio de adquisición de los productos de consumo habitual, cuando existe una pluralidad de oferentes en una misma zona geográfica y por sus características existen otros productos que se perciben por el consumidor como sustitutos por ser muy parecidos o idénticos, constituye en numerosos casos uno de los factores más importantes, sino el que más, de los tenidos en cuenta por el consumidor para la selección del proveedor, de ahí que la primera de las conductas prohibidas en particular por el artículo 81.1 TCE, por ser incompatible con el mercado común, dada su potencial incidencia en el comercio entre los Estados miembros, sea el acuerdo entre empresas consistente en «fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción». Por ello, el Reglamento CEE 2790/99, de 22 de diciembre de 1999, y después el Reglamento (UE) 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, aptdo. 3, TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, precisa que no quedan exentos los acuerdos verticales consistentes en la fijación de precios de reventa mínimos y fijos, y que no cabe exención de aquellos acuerdos que tengan por objeto la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes. Criterio reiterado por el artículo 1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, reproducido en la Ley 15/2007, de 3 de julio; y asimismo acogido por la jurisprudencia, como la STS de 863/2009, de 15 de enero de 2010, que cita las SSTJUE de 11 de septiembre de 2008 y 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07), y las SSTS de 3



de octubre de 2007, 20 de noviembre de 2008 y 15 de abril de 2009. De este modo, toda cláusula por la que se impida al agente repartir su comisión, ya sea fija o variable, con el cliente o se le impongan restricciones al respecto, constituiría una restricción especialmente grave, y por tanto, se debería dar plena libertad al agente para reducir el precio efectivo pagado por el cliente sin disminuir los ingresos del principal. No obstante, cabe que el proveedor se limite a la fijación de un precio de venta máximo y la recomendación de un precio de venta y, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público, como señalan las SSTS de 15 de enero de 2010; 312/2011, de 5 de mayo, 308/2011, de 10 de mayo, y 307/2011, de 11 de mayo. **(STS de 13 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—Las empresas R.C.P.P., S.A. (R.) y Estación de Servicio M., S.L. (M.) celebraron un contrato de abastecimiento en exclusiva de productos petrolíferos en estaciones de servicio por tiempo de diez años.

M. interpuso demanda contra R. solicitando la declaración de nulidad del contrato por ser incompatible con el artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la CEE y por resultar su causa inexistente e ilícita, al encontrarse el precio indeterminado y quedar su fijación al arbitrio de una sola de las partes, y su condena al pago de la diferencia entre el precio cobrado por R. a la estación de servicio menos comisiones, y el precio más bajo semanal ofrecido por otros Operadores, en régimen de compra en firme, a Estaciones de Servicio de sus mismas características.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda. Contra esa sentencia, los demandados interpusieron recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, siendo ambos desestimados por el Tribunal Supremo. (*F.J.J.M.*)

**91. Interpretación del Derecho de la Unión Europea.**—La interpretación del Derecho comunitario por parte de la Comisión Europea no resulta vinculante para los Tribunales nacionales, sino que son las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas en el procedimiento previsto en el artículo 234 TCE, con la finalidad de garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales, las que despliegan un efecto vinculante para estos (SSTS 401/2010, de 1 de julio, y 312/2011, de 5 de mayo). No obstante, existe un interés manifiesto en que el ordenamiento jurídico de la Unión se interprete y aplique por las autoridades y tribunales de los diferentes Estados miembros de una forma uniforme (SSTJUE de 17 de julio de 1997, *Giloy*, C-130/95; 11 de octubre de 2001, *Adam*, C-267/99; 15 de enero de 2002, *Andersen og Jensen*, C-43/00; 16 de marzo de 2006, *Poseidon Chartering*, C-3/04; 14 de diciembre de 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contra Compañía Española de Petróleos, S.A.*, C-217/05; 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg BV contra Staatssecretaris van Financiën*, C-352/08; 21 de octubre de 2010, *Eredics y Sári*, C-205/09; 28 de octubre de 2010, *Volvo Car Germany GmbH contra Autohof Weidensdorf GmbH*,

C-203/09; y 31 de marzo de 2011, *Aurubis Bulgaria AD contra Nachalnik na Mitnitsa Stolichna*, C-546/09). En tal sentido, la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apdo. 1 del artículo 81 TCE (*de minimis*), de 22 de diciembre de 2001, tan sólo tiene un carácter orientativo, pretendiendo brindar una orientación a los tribunales y autoridades de los Estados miembros a la hora de aplicar el artículo 81.

**La incidencia de un acuerdo sobre el mercado resulta de su examen dentro de su contexto económico y jurídico.**—Para poder incidir sobre el comercio entre los Estados miembros, una decisión, un acuerdo o una práctica deben permitir prever con un grado suficiente de probabilidad que pueden ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes de intercambios entre los Estados miembros y ello de manera que pudiera hacer temer que podrían obstaculizar la realización de un mercado único entre Estados miembros. Es necesario, además, que tal influencia no sea insignificante. De este modo, la incidencia sobre el comercio intracomunitario es, en general, el resultado de una combinación de diversos factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente decisivos: para verificar si una práctica colusoria afecta sensiblemente al comercio entre los Estados miembros, es preciso examinarla dentro de su contexto económico y jurídico (SSTJCE de 23 de noviembre de 2006, *Asnef-Equifax y Administración del Estado*, C-238/05; y 24 de septiembre de 2009, *Erste Group Bank AG y otros contra Comisión*, en los asuntos acumulados C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P).

**Ilícitud de los pactos de exclusiva superiores a diez años. Coordinación entre los Reglamentos CEE 1984/83 y 2790/1999.**—Bajo el Reglamento CEE 1984/83, de la Comisión, de 22 de junio de 1983, eran lícitos los pactos de exclusiva con duración superior a los diez años si se ajustaban a las condiciones indicadas por el propio Reglamento, sin necesidad de que el proveedor fuese propietario del terreno y de las instalaciones, y este régimen fue modificado por el Reglamento (CE) n.º 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, que vino a exigir para la aplicación de la excepción que el proveedor sea propietario tanto de la estación de servicio que arrienda al revendedor como del terreno sobre el que aquélla está construida o que, en el caso de no ser propietario, los arrienda a terceros no vinculados con el revendedor; y mientras el derecho de superficie autorizaba una duración de la exclusiva superior a los diez años bajo la vigencia del Reglamento de 1983, no sucede lo mismo bajo el régimen del Reglamento de 1999. De este modo, la exclusiva de abastecimiento subsistente al entrar en vigor el Reglamento de 1999 puede incurrir en ineficacia sobrevinida si deja de gozar de la exención de prohibición, siendo entonces la fecha límite de validez de la relación jurídica el 31 de diciembre de 2006, resultado de sumar al 31 de diciembre de 2001 los cinco años de duración máxima general permitida por el artículo 5.a) de dicho Reglamento, sin perjuicio del reajuste de las prestaciones para restablecer la equivalencia en el momento de la extinción del vínculo (STJCE de 2 de abril de 2009, *Pedro IV Servicios, S.L. contra Total España, S.A.*, C-260/07, y SSTS 533/2009, de 30 de junio, 308/2011, de 10 de mayo y 312/2011, de 5 de mayo). **(STS de 6 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—ESTSA era la titular de una estación de servicio que resultó afectada por la construcción de una nueva autovía, a

consecuencia de lo cual se acogió al derecho de trasladar sus instalaciones, adquiriendo a tal fin unas fincas. ESTSA suscribió con la petrolera SESA un compromiso de arrendamiento de industria en relación con la estación de servicio y más tarde constituyó en su favor un derecho de superficie, transmitiendo a SESA las licencias y autorizaciones administrativas necesarias para la construcción de la estación de servicio. Con posterioridad, ambas empresas firmaron un contrato de arrendamiento de industria, compra en exclusiva y abanderamiento en virtud del cual SESA cedía a ESTSA la explotación de la estación de servicio construida sobre los terrenos en los que se había constituido el citado derecho de superficie y se establecía el compromiso de compra en exclusiva a SESA de la totalidad de los carburantes y combustibles necesarios para su expedición en régimen de reventa en la estación, fijándose la fórmula para la determinación del precio base de facturación a satisfacer por el arrendatario en concepto de contraprestación por la venta y suministro de combustibles y carburantes y estableciéndose la determinación libre por el arrendatario de los precios de venta al público de los combustibles y carburantes expedidos. Más tarde, SESA se escindió formando dos sociedades, una de las cuales, SPSL, asumió los derechos y obligaciones de la relación jurídica con ESTSA y cambiando con posterioridad su denominación social por la de DPSLU.

ESTSA interpuso demanda contra SESA y DPSLU solicitando se declarase que los contratos de constitución del derecho de superficie y de arrendamiento de industria, compra en exclusiva y abanderamiento constituyen un negocio jurídico complejo nulo por infracción del artículo 81 del Tratado CEE y de los artículos 1256 y 1449 CC y por causa torpe; y la resolución contractual por incumplimiento derivado de la subrogación efectuada por DPSLU en la situación que en el contrato se encontraba la entidad SESA y posteriormente SPSL.

Dicha demanda es desestimada en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. El demandante interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, siendo igualmente ambos desestimados por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

**92. Alcance del artículo 878, párrafo segundo, CCO respecto de los actos realizados por el deudor en el período de retroacción de la quiebra.**—La primera cuestión hace referencia al alcance del artículo 878, párrafo segundo, del Código de Comercio de 1889 (actualmente derogado por la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio) respecto de los actos o contratos, sean de dominio o de administración, realizados por el deudor, luego quebrado, o a él jurídicamente atribuibles, que tengan por objeto bienes de su patrimonio, y que tuvieron lugar en el período de retroacción de la quiebra. Durante mucho tiempo prevaleció un criterio, denominado estricto o rigorista, con arreglo al que dichos actos, por unos u otros fundamentos, se consideraban nulos con nulidad de pleno derecho, absoluta, radical, por vicio de origen. Con base en diversas consideraciones y singularmente porque no tenía sentido dejar sin efecto operaciones que no afectaban a los acreedores, se fue

introduciendo por diversas sentencias el denominado criterio flexible, primero con carácter de excepcionalidad (Auto de esta Sala de 27 de enero de 2009 y SS de 20 de septiembre de 1993), posteriormente con carácter general, aunque existieron algunas resoluciones contrarias, y actualmente como doctrina jurisprudencial uniforme. En tal sentido señala la Sentencia de 10 de septiembre de 2010, número 525, que «la jurisprudencia actual puede resumirse declarando que la ineficacia establecida en el párrafo segundo del artículo 878 C. Com. no alcanza a los actos que correspondan al giro y tráfico ordinario del quebrado (ej. pagos de cuotas de la seguridad social, de suministros o de arrendamientos), ni tampoco a aquellos que resulten beneficiosos para el quebrado y los acreedores o al menos no causen lesión o perjuicio a éstos».

Se consagra en definitiva el criterio de la exigencia de un perjuicio para la masa activa que justifique la sanción de ineficacia, el cual ha venido siendo recogido en numerosas Sentencias de esta Sala (entre las de los últimos años, las de 13 de diciembre de 2005; 30 de marzo, 12 de mayo, 8 y 19 de junio de 2006; 15, 19, 28 de marzo, 23 de mayo, 1 de junio, 13 y 27 de septiembre y 6 y 29 de noviembre de 2007; 7 de mayo de 2008; 16 de junio de 2009; 8 de marzo de 2010) resaltando la Sentencia citada de 10 de octubre de 2010 que se requiere el perjuicio, pero no se exige fraude, confabulación o simulación. La jurisprudencia no admite la aplicación de la doctrina del tercero hipotecario del artículo 34 LH al adquirente directo del quebrado (en tal sentido Sentencias de 30 de diciembre de 2005, 19 de junio de 2006 y 11 de febrero de 2009 y 8 de marzo y 29 de julio de 2010), que si se defiende por algún sector doctrinal.

**Posición jurídica del subadquirente.**—La segunda cuestión que se plantea se refiere a la posición jurídica del subadquirente, es decir, el que no adquirió del deudor quebrado sino que se trata de un segundo o posterior adquirente. Este tema también ha tenido diversas vicisitudes habiendo predominado durante muchos años la tesis de la inoperancia del artículo 34 LH frente al rigor del artículo 878, párrafo segundo, C. de Comercio (SS, entre otras, 17 de marzo de 1958, 15 de noviembre de 1991, 16 de marzo de 1995 y 16 de febrero y 22 de mayo de 2000), si bien ha terminado por prevalecer el criterio que permite aplicar al subadquirente que reúna los requisitos al efecto la condición de tercero hipotecario (con antecedente en Sentencias de 12 de marzo y 20 de septiembre de 1993; 28 de octubre de 1996 y 14 de junio de 2000 se recoge en Sentencias de 13 de diciembre de 2005, 14 de febrero, 30 de marzo y 19 de junio de 2006, 19 de marzo de 2007 y 8 de marzo y 29 de julio de 2010).

**Efectos de la nulidad derivada de la retroacción de la quiebra cuando se trata de contratos con obligaciones recíprocas. Posición del comprador que ha de reintegrar a la masa de la quiebra el bien objeto de la compraventa como consecuencia de la nulidad.**—En este punto también se ha producido en los últimos años un cambio jurisprudencial radical. Esta Sala había venido entendiendo que era inaplicable el régimen jurídico de los artículos 1303 y ss. (SS, entre otras, 27 de mayo, 14 de diciembre de 1960, 29 de octubre de 1962). Se entendía que el comprador tenía un derecho de crédito que sólo procedía ejercitar en el juicio universal, en la pieza correspondiente. Como tal criterio no armonizaba con el general de nulidad radical (al que la jurisprudencia venía aplicando el régimen del artículo 1303 y concordantes del CC) y por otro lado era evidente que la reintegración de la cosa y frutos sin la contrapartida de la restitución del precio e intereses producía un enriquecimiento injusto, o injustificado (SS de 13

de diciembre de 2005, 24 de marzo de 2006, 24 de septiembre de 2008, entre otras), la doctrina esta Sala evolucionó, con antecedente en la Sentencia de 11 de febrero de 2003, pero sobre todo, de modo prácticamente pacífico, a partir de la sentencia de 13 de diciembre de 2005, número 951, en el sentido de aplicar a los contratos sinalagmáticos el criterio de que «la nulidad que se declara por efecto de tratarse de un acto de disposición efectuado por el quebrado durante el periodo de retroacción implica la restitución en los términos establecidos por los artículos 1303, 1304 y 1308 del Código Civil». Se da plena operatividad a la restitución recíproca de lo entregado, y el derecho del comprador a la restitución ha de ser tratado como una «deuda de la masa». En esta línea, además de las resoluciones mencionadas, cabe citar también las de 14 de febrero, 24 de marzo (núm. 312), 22 de mayo (núm. 473) y 19 de junio de 2006; 19 de marzo, 1 de junio y 6 de noviembre de 2007, 17 de abril (núm. 271) y 24 de septiembre (núm. 852) de 2008 y 10 de septiembre de 2010 (núm. 525).

**Alcance de la buena fe en el contexto del artículo 34 LH. Control en casación.**—La alegación de falta de buena fe no puede ser estimada porque, si bien la sentencia recurrida incurre en una apreciación equivocada cuando parece limitar el ámbito de la buena fe del artículo 34 LH a lo que resulta del Registro de la Propiedad, lo que no es conforme a la doctrina de esta Sala que la extiende también al desconocimiento de la realidad extrarregistral (SS, entre otras, de 8 de marzo de 2001, 7 de diciembre de 2004, 18 de febrero y 5 de octubre de 2005 y 11 de octubre, y 7 de noviembre de 2006, 14 de mayo de 2007, 18 de marzo y 14 de mayo de 2008), de tal modo que se excluye no solo cuando se conoce dicha realidad sino también cuando no se desplegó la diligencia normal o adecuada a las circunstancias que habría permitido el conocimiento (SS, entre otras, 25 de mayo, 7 de noviembre de 2006; 7 de septiembre de 2007; y, 22 de enero, 22 de septiembre y 25 de noviembre y 2 de diciembre de 2008), sin embargo el juzgador de segunda instancia entra en la valoración de los hechos y razona que de los mismos no se deduce la falta de buena fe.

La buena fe —subjetiva—, que es un estado de conocimiento —desconocimiento de la inexactitud del registro o creencia en la exactitud del mismo— se presume, aunque puede ser destruida la presunción mediante las correspondientes probanzas (SS, entre otras, 21 de julio de 2006, 21 de enero, 18 de marzo, 5 y 14 de mayo, 22 de septiembre y 8 de octubre de 2008). La apreciación de la mala fe constituye fundamentalmente una cuestión fáctica (SS de 25 de mayo, 7 de noviembre de 2006, 13 de noviembre de 2007 y 8 de octubre de 2008, entre otras), habiendo declarado esta Sala en Sentencia de 13 de noviembre de 2007, núm. 1.231, que para desvirtuar la presunción legal de buena fe se necesitan probanzas auténticas y fehacientes (SS de 29 de enero de 1989, 14 de febrero de 2000, 25 de junio de 2002), una prueba plena, cumplida y manifiesta que no deje lugar a dudas (SS de 31 de enero de 1975, 14 de febrero de 2000). Y por lo que respecta al control en casación de la apreciación por el juzgador de instancia hay que distinguir el aspecto fáctico, que es ajeno a la misma por tratarse de cuestión de orden procesal, y la deducción que proceda —significación jurídica de los hechos previamente fijados en la instancia— que cabe ponderar en dicho recurso (SS de 13 de noviembre de 2007 y 21 de enero de 2008). (**STS de 10 de noviembre 2010**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

**HECHOS.**—La sindicatura de la quiebra de la sociedad A, demandó a la sociedad A y a la mercantil B interesando se declarase la

nulidad de la compraventa de las fincas que A había vendido a B. Posteriormente, la sindicatura de la quiebra de A demandó a B (adquirente directa de A) y a C (entidad que había adquirido de B, en virtud de compraventa posterior, las fincas enajenadas por A) solicitando del Juzgado la nulidad de la segunda enajenación. El Juzgado declaró la nulidad de ambas compraventas y condenó a C a reintegrar a la masa de la quiebra las fincas en cuestión. Se apoyó para ello en una interpretación rigurosa del párrafo segundo del artículo 878 CCo en cuanto a la primera compraventa y en la inoperancia de la protección a C sobre la base del artículo 34 de la Ley Hipotecaria frente al precepto del CCo ya mencionado. La Audiencia resolvió los recursos de apelación de B y C confirmando la nulidad de la primera compraventa (por existir perjuicio para la masa activa de la quiebra) y aplicando a C la protección del tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley correspondiente. El tema central del recurso de casación se refiere a los efectos de la retroacción de la quiebra de una sociedad anónima en función de la interpretación que debiera darse al artículo 878 II CCo. Ha lugar, en parte, al recurso de casación en cuanto se condena a B a pagar los intereses legales del valor de los inmuebles desde la fecha de la venta. Los pronunciamientos de fondo de la sentencia de apelación se mantienen. (R. G. S.)

### III. DERECHO CONCURSAL

**93. Concurso de acreedores. Créditos tributarios. Cómputo del privilegio general previsto en el artículo 91.4 LC.**—La Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, por razón de interés casacional, ha sentado en la STS de 21 de enero de 2009 (Pleno, RC núm. 842/2007) la doctrina de que, para configurar el privilegio genérico establecido en el artículo 91.4 LC a favor de los créditos de la Hacienda Pública y demás de Derecho público y de la Seguridad Social, no cabe tomar en cuenta para calcular el 50 por 100 de su importe los créditos comprendidos en los artículos 90, 91 y 92 LC porque estos ya están clasificados con una u otra condición. Según esta doctrina, la exclusión de la base del cálculo de los créditos con privilegio especial (art. 90 LC) y de las retenciones (art. 91.2 LC) se justifica por su específico rango privilegiado (arts. 155 y 156 LC) y se deduce del texto del artículo 91.4 inciso primero LC. La exclusión de los créditos subordinados se justifica, por un lado, porque no es razonable que unos créditos que el legislador posterga o discrimina por unas u otras razones subjetivas u objetivas se tomen en cuenta para incrementar la cuantía del privilegio general en perjuicio de los acreedores ordinarios, y, por otro lado, porque una de las directrices de la LC es la de limitación de los privilegios.

**Concurso de acreedores. Calificación de los recargos por deudas tributarias y de la Seguridad Social.**—La Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, por razón de interés casacional, ha sentado en la STS de 21 de enero de 2009 (Pleno, RC núm. 84/07) la doctrina de que los créditos por recargo deben considerarse créditos subordinados del artículo 92 LC.

Se ha argumentado, en síntesis, que (a) en materia de clasificación de créditos a efectos de un concurso la regulación de la Ley General Tributaria se halla subordinada a la normativa de la LC; (b) en materia concursal



rigen los principios de limitación de los privilegios de Derecho público y de *par condicio creditorum* y la postergación en el cobro para los denominados créditos subordinados; (c) los recargos tienen el carácter accesorio de la obligación y este carácter no se limita a los intereses pues el recargo ejecutivo y el recargo de apremio excluyen y sustituyen los intereses moratorios a partir del inicio del período ejecutivo, razón por la cual, en la medida en que coinciden, realizan la misma función; (d) entendiendo el concepto de sanción en sentido amplio (efecto del incumplimiento de un deber jurídico) el recargo de apremio ordinario es una sanción por la falta de cumplimiento de la deuda; se contempla en la exposición de motivos de la LC al referirse a «sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios como de la seguridad social»; y debe estimarse comprendido en la expresión legal «los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias» sin incurrir por ello en una interpretación extensiva. (STS de 25 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En el marco de un concurso de acreedores, la Tesorería General de la Seguridad Social formuló demanda incidental de impugnación de la clasificación de sus créditos, por discrepar de la forma en que se había calculado el privilegio del 50 por 100 previsto en el artículo 91.4 LC, y de la decisión de otorgar la naturaleza de créditos subordinados a los recargos.

El Juzgado desestimó la demanda en lo sustancial y confirmó la clasificación de los créditos efectuada por la administración concursal.

La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia.

NOTA.—Véase en el mismo sentido la STS de 17 de marzo de 2011 [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]. (B. G. F.)

**94. Concurso de acreedores. Clasificación de los créditos por sanciones: no debe atenderse al momento de nacimiento de la obligación de pago de la sanción, sino al de la comisión de la conducta sancionada, por ser ésta la determinante del régimen aplicable.**—Es necesario clasificar el crédito derivado de la sanción en atención al momento en que se produjo el hecho infractor, pero no porque fuera el momento de nacimiento de la obligación, sino por ser determinante del régimen aplicable a ésta. Y en el caso enjuiciado se ha acreditado que la infracción tuvo lugar con anterioridad a declararse el concurso, por más que la sanción recayera en fecha posterior. En consecuencia, el crédito ha de considerarse como concursal. Lo contrario supondría trasladar principios e instituciones propias del derecho privado de obligaciones al ámbito del derecho sancionador, presidido por principios absolutamente diferentes y que determinan que ninguna obligación surja para el presunto infractor sino hasta el momento en que recae una resolución que aprecie tanto su participación en la comisión del ilícito como su culpabilidad. Y porque la calificación del crédito como contra la mas no puede quedar a voluntad o decisión unilateral de la Administración, en la medida que ésta no puede dilatar sin consecuencias el inicio y la resolución del expediente sancionador, ya que el correcto ejercicio de la potestad sancionadora presupone un procedimiento en el que se respeten los plazos de tramitación.



(STS de 5 de abril de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En el marco del concurso de acreedores de una sociedad mercantil, la Tesorería General de la Seguridad Social formuló demanda incidental de impugnación de la clasificación de los créditos realizada por la administración concursal, con la pretensión de que se reconociera como crédito contra la masa, y no como concursal, el que tenía por sanciones impuestas a dicha sociedad derivadas del incumplimiento de la normativa laboral, cometido en los meses de 2004, al tratarse de créditos nacidos en el momento de recaer la resolución sancionadora (de mayo de 2005) y, por ende, posterior a la declaración del concurso (de abril de 2005). El Juzgado de Primera Instancia rechazó la pretensión y declaró el carácter concursal del crédito, al hacer coincidir su nacimiento con el momento del devengo, y éste con el momento en que se produce el hecho determinante de la sanción, pero no con el de la fecha de la sanción misma. La Audiencia Provincial de Alicante desestimó el recurso de apelación de la Tesorería General y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo, pese a rechazar los argumentos de la sentencia combatida, confirmó su fallo con base en otros razonamientos, y no dio lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

**95. Compraventa de acciones de sociedad mercantil. Llamada de terceros al proceso e intervención de los mismos en ejercicio de un derecho propio. No es intervención adhesiva cuando se ejercita un derecho propio que faculta para promover la acción en calidad de demandante.**—La intervención de dos socios se hizo para adherirse al sostenimiento de la acción de nulidad de la compraventa basada en el incumplimiento de los estatutos de la sociedad, es decir, como cotitulares de una de las acciones ejercitadas en la demanda. Así pues, la intervención de los terceros no fue una intervención por adhesión o intervención adhesiva simple, pues no concurre la primera característica de esta intervención, que exige que al tercero no le asista la facultad para promover el juicio, ya que tanto la sociedad como los socios que intervinieron estaban legitimados para promover la acción de nulidad por infracción de las normas estatutarias. De manera que los terceros estaban legitimados en virtud de su propio derecho y podían comparecer en juicio sin necesidad de llamada alguna, con independencia de la conducta procesal de la demandante. En consecuencia, la falta de legitimación del litisconsorte no debe impedir el sostenimiento de la acción por el tercero, evitando con ello que quien es titular de una acción para cuyo debate se abrió un proceso se vea obligado a iniciar otro proceso. (STS de 24 de febrero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La actora interpuso demanda instando la declaración de nulidad de la compraventa de acciones formalizada por su esposo, como vendedor, y una sociedad limitada, como compradora, por falta de consentimiento de la demandante, así como por vulneración de los estatutos sociales, que exigían la notificación al resto de los socios, titulares de un derecho de suscripción preferente. En el proceso se le dio la posibilidad de adherirse a los demás socios y a la sociedad

cuyas acciones eran vendidas. Estos comparecieron e impugnaron la venta llevada a cabo. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Las Palmas estimó parcialmente el recurso de apelación de la sociedad demandada, y acogió la falta de legitimación activa de la actora, al no ser socia ni estar acreditado el carácter ganancial de las acciones vendidas. Sin embargo, estimó la acción de la nulidad, con base en la adhesión de los socios perjudicados, por infracción de las normas de los estatutos sobre transmisión de acciones. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la parte demandada. (C. O. M.)

#### IV. DERECHO PROCESAL

**96. Competencia de la jurisdicción civil para pronunciarse sobre la repercusión del IVA pactada por particulares: supuestos en los que procede.**—El conocimiento de las controversias entre particulares acerca del cumplimiento de obligaciones dimanantes de relaciones contractuales corresponde, en principio, al orden jurisdiccional civil, al que, según el artículo 9.1 LOPJ, corresponde el conocimiento de los conflictos *inter privatos* (entre particulares), puesto que se le atribuyen las materias que le son propias, además de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional (SSTS de 2 de abril de 2009, RC n.º 1266/2009, de 16 de junio de 2010, RC n.º 397/2006 y de 10 de noviembre de 2008, RC n.º 2577/2002).

Según la STS de 10 de noviembre de 2008, RC n.º 2577/2002, este principio alcanza a aquellos supuestos en que la procedencia de la obligación entre particulares tiene un presupuesto de carácter administrativo-tributario, como el devengo de un determinado tributo a cargo de un obligado tributario, salvo en aquellos casos en que, por versar la controversia principalmente sobre la existencia o contenido de la obligación tributaria o sobre la determinación del sujeto que resulta obligado en virtud de la misma, no puede admitirse que el *thema decidendi* (cuestión que debe decidirse), de carácter jurídico-administrativo y llamado a ser resuelto por la jurisdicción de este orden, tenga carácter accesorio o prejudicial respecto de la cuestión civil planteada. Señala esta misma sentencia que estos principios son aplicables a las cuestiones que surgen sobre la repercusión del IVA en relación con actos de los particulares. En estos casos deben distinguirse los supuestos en que básicamente se trata de obtener el cumplimiento de una obligación contractual no discutida, que se estiman de naturaleza civil —bien porque dicha obligación ha sido contractualmente asumida, bien porque no existe cuestión en cuanto a su existencia y alcance tributario que justifique la intervención de la Administración tributaria, sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa— de aquellos otros en que la cuestión debe resolverse por la Administración o en el orden contencioso-administrativo, por cuanto ha de determinarse el tipo impositivo correspondiente y con ello la procedencia o no de la repercusión por existir controversia sobre estos aspectos tributarios (SSTS de 27 de septiembre de 2000, 25 de abril de 2002, 26 de mayo de 1993 y 29 de junio de 2006). Esto no ocurre cuanto la existencia de la obligación tributaria constituye una cuestión que puede considerarse accesorio (v. gr., SSTS 10 de febrero de 1992, 5 de marzo de 2001, 25 de junio de 1992, 19 de diciembre de 2003, 15 de noviembre de 2005, 27 de octubre de 2005, 31 de

mayo de 2006, 12 de julio de 2006, 29 de septiembre de 2006 y 6 de marzo de 2007). En idéntico sentido se ha pronunciado el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (sentencias de 7 de julio de 1989 y 17 de noviembre de 1989).

**Plazo para el ejercicio del derecho de repercusión del IVA pactado por particulares.**—En relación con la caducidad es preciso señalar que, esta circunstancia, como cualesquier otra que, desde la perspectiva de la normativa tributaria, pudiera permitir a la sociedad demandada eludir el pago del impuesto, debió ser convenientemente esgrimida por ésta a su debido tiempo y en vía económico-administrativa. Así, el artículo 117 del Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo —en redacción vigente a fecha de los hechos, la cual estuvo en vigor hasta su derogación por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa—, aprueba el Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas y regula el procedimiento especial que rige para la oposición a los actos de repercusión tributaria o al reembolso de tributos satisfechos por sustitutos del contribuyente. En su párrafo tercero fija un plazo de 15 días a contar, en el caso más favorable, desde que exista constancia de que lo conozca el obligado tributario, lo que se produjo, en todo caso, a partir del momento en que reconoce haber recibido la factura adjuntada al requerimiento de 10 de diciembre de 2001. Al no hacerlo, no puede ahora pretender suplir en este orden tal omisión, pues, como se ha dicho, la jurisdicción civil conoce tan solo de las controversias sobre el derecho de repercusión de impuestos cuando lo que se pretende es el cumplimiento de una obligación contractual no discutida, contractualmente asumida, y sin polémica en cuanto a su existencia y alcance tributario que justifique la intervención de la Administración tributaria, sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En suma, al no haberse cuestionado en tiempo y forma la procedencia o no de la repercusión desde la óptica tributaria, ha de entenderse que no existen a estas alturas razones que justifiquen la prejudicialidad administrativa, siendo la única norma que rige al respecto el pacto que en tal sentido suscribieron las partes, del que resulta la obligación de la demandada, que, por derivar de un contrato válido, es exigible civilmente, como también cabe amparar el derecho de los actores a recuperar lo pagado por cuenta de la obligada tributaria, a fin de evitar su enriquecimiento injustificado, con aplicación en ambos casos del plazo de prescripción general de quince años, previsto en el 1964 CC para las acciones personales no sujetas a otro plazo (por todas, STS de 9 de febrero de 1998, RC n.º 217/1994). **(STS de 17 de noviembre de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—Los litigantes otorgaron escritura pública de «cesión de bienes a cambio de obra» en cuya virtud se pactaba la permuta de un solar por la obra nueva a construir. En una de las cláusulas del acuerdo se estipulaba que los gastos, arbitrios e impuestos —incluido el I. V. A.— devengados tanto por la cesión del solar como por la posterior adjudicación y entrega de la obra nueva serían abonados por las partes con arreglo a la ley. Los permutantes del suelo formularon demanda contra la sociedad adquirente solicitando su condena a satisfacer el I. V. A. devengado por la entrega del solar, que había sido previamente abonado por la actora. Su pretensión se fundamentaba en su derecho a repercutir el I. V. A. con

arreglo a lo pactado. La sociedad demandada formuló declinatoria de jurisdicción por razón de la materia tributaria implicada. El Juzgado, sin embargo, estimó la reclamación considerando básicamente que la atipicidad del contrato pactado postulaba su regulación por lo acordado entre las partes. La Audiencia confirmó la sentencia recurrida. La demandada y apelante interpone recurso de casación, declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (*R. G. S.*)

**97. Principio de justicia rogada.**—Carece de sentido invocar la vulneración del artículo 216 LEC sin precisar en qué consiste tal vulneración y, en definitiva, qué es lo resuelto por el juzgador apartándose de las pretensiones de las partes, de los hechos en que se basa, y de su prueba.

**Requisito de exhaustividad de las sentencias.**—Cuando el artículo 218.1 LEC impone que las sentencias decidan «*todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate*» no está exigiendo un pronunciamiento especial y detallado sobre cada una de las cuestiones de hecho suscitadas, que integran las alegaciones de las partes, sino que por el contrario impone un pronunciamiento sobre los temas que constituyen el objeto del proceso.

**Requisito de congruencia de las sentencias.**—Al acudir las sentencias de ambas instancias para resolver la cuestión litigiosa a fundamentos de hecho distintos de los que las partes expusieron en los escritos iniciales del proceso, vulneran lo dispuesto por el artículo 218.1, párr. 2.º, LEC. En consecuencia, procede la anulación de la sentencia recurrida y la devolución de los autos al tribunal *a quo* para que se dicte nueva sentencia ajustándose a las alegaciones de hecho efectuadas por las partes en momento procesal apto para ello (SSTS de 19 de febrero y 3 de noviembre de 2009, 4 y 5 de noviembre y 16 de diciembre de 2010). (**STS de 10 de febrero de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

**HECHOS.**—La entidad actora demandó a cuatro personas físicas por accesión invertida al entender que éstos se habían extralimitado en la construcción que habían llevado a cabo en el terreno de su propiedad.

En ambas instancias se desestimó la demanda. El Tribunal Supremo anuló la resolución recurrida y ordenó la reposición de las actuaciones al momento en que se denegó por la audiencia la práctica de la prueba pericial judicial solicitada, ya que no obsta a su procedencia la aportación de dictamen con la demanda, si su necesidad deriva de las nuevas alegaciones efectuadas en la audiencia previa o de las contenidas en el escrito de contestación a la demanda. (*I. D.-L.*)

**98. Consignación para recurrir en caso de condena solidaria de varios demandados.**—Indica el Tribunal Supremo que la finalidad del artículo 449.3 LEC, dirigido a conseguir la agilización de los procesos sobre daños en el contexto de la circulación, evitando, en lo posible, la formulación de recursos infundados o meramente dilatorios que alarguen el abono de las cantidades reconocidas en sentencia y buscando la disminución de los efectos que ocasiona en el tiempo la tramitación de los recursos devolutivos (STC de 28 de mayo de 1992), no impide aplicar este precepto de forma ajustada a la naturaleza de la condena solidaria, de manera que, hecha la consignación

por uno de los condenados solidarios, benefice a todos ellos. Ha de tenerse en cuenta a este respecto la naturaleza de la condena solidaria, pues si la deuda es única y la sentencia puede ser ejecutada indistintamente contra cualquiera de los obligados solidarios, es lógico pensar que la finalidad perseguida a través de la consignación pueda quedar cumplida si consigna cualquiera de ellos. Ahora bien, ciertamente, la aplicación de esta doctrina en el marco del mencionado artículo 449.3 LEC puede dar lugar a situaciones en las que, tras haberse efectuado la consignación para recurrir por uno de los condenados solidarios –con el consiguiente beneficio para los demás–, se produzcan incidencias que afecten al recurso del recurrente que consignó (v. gr., no admisión, desistimiento) que le faculten para recuperar la consignación. En tales casos, para impedir que el artículo 449.3 LEC quede ineficaz, deberá habilitarse un trámite a fin de requerir a los demás recurrentes-condenados solidarios que inicialmente no consignaron, para que subsanen la falta sobrevenida de consignación, bajo el apercibimiento de decaimiento del recurso.

**Obligación de consignar circunscrita a los procesos sobre reclamación de daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor.**—Declara el Tribunal Supremo que la interpretación del artículo 449.3 LEC, en la medida en que establece una carga que condiciona el derecho de acceso a los recursos, ha de hacerse de forma restrictiva, de manera que no puede extenderse a supuestos distintos de los contemplados. Concretamente, no procede su aplicación a un proceso en que el condenado no conducía un vehículo a motor.

**Criterio de la proporcionalidad para el examen del cumplimiento de los requisitos procesales.**—Es doctrina reiterada del TEDH que el derecho de acceso a un tribunal no es absoluto, sino que puede estar sujeto a limitaciones implícitamente admitidas, particularmente, en cuanto a las condiciones de admisibilidad de un recurso (STEDH de 28 de mayo de 1985). Tales condiciones deben estar reglamentadas por el Estado, quien goza de un cierto margen de apreciación al respecto (STEDH de 19 de febrero de 1998). Ahora bien, estas limitaciones no deben restringir el acceso hasta el punto que perjudique la misma esencia del derecho; se exige, pues, que las limitaciones tiendan a un fin legítimo y exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios creados y el fin que se pretende alcanzar (SSTEDH de 21 de septiembre de 1994, 4 de diciembre de 1995, 16 de noviembre de 2006 y 13 de marzo de 2007). Por otra parte, también puede verse vulnerado el derecho de acceso a un tribunal cuando la interpretación de las formalidades para interponer un recurso por parte de los tribunales internos sea excesivamente rígida y formalista, llegando a impedir, de hecho, el examen a fondo del recurso. Sobre esta base, afirma el Tribunal Supremo que la finalidad perseguida por el requisito de la consignación recogido en el artículo 449.3 LEC es compatible con el espíritu del artículo 24 CE, siempre que su interpretación sea ponderada, atendiendo en cada caso a las circunstancias concurrentes, para evitar una mecánica aplicación del mismo que lo convierta en un obstáculo formalista y desproporcionado en sus consecuencias (SSTC de 25 de abril de 1994, 30 de junio de 1998 y 13 de diciembre de 1999). (STS de 3 de febrero de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—Las partes implicadas en un accidente de circulación entre una bicicleta y una motocicleta, y sus respectivas compañías aseguradoras, se reclamaron recíprocamente en juicio las indemnizaciones por los daños y perjuicios sufridos en el acciden-

te. En primera instancia quedó acreditado que el accidente era imputable únicamente a la ciclista, condenando a ésta y a su compañía aseguradora, solidariamente, al pago de una indemnización. Notificada la sentencia a las partes, la aseguradora condenada presentó justificante de ingreso, en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales, del pago de la cantidad fijada por la sentencia. Paralelamente, sin embargo, la ciclista condenada presentó escrito preparando el recurso de apelación, sin efectuar consignación del importe de la condena. El Juzgado de Primera Instancia tuvo por preparado el recurso y otorgó a la apelante el plazo para presentar el escrito de interposición del recurso de apelación. Un día después, el Juzgado dictó providencia acordando la devolución a la aseguradora condenada de la cantidad consignada, sobre el argumento de que no existía un trámite de ejecución voluntaria de sentencia y de que no corresponde al Juzgado actuar de mediador entre particulares; el importe fue devuelto a la aseguradora y ninguna de las partes efectuó manifestaciones al respecto.

Dado traslado a las partes del escrito de interposición del recurso de apelación presentado por la ciclista condenada, su aseguradora aprovechó el trámite para formular por su parte impugnación de la sentencia de primera instancia y manifestó su voluntad de volver a consignar el importe de la indemnización y de los intereses. La parte recurrida se opuso a los recursos de apelación, alegando que no debieron ser admitidos, por incumplimiento de lo previsto en el artículo 449.3 LEC, que, en los procesos sobre daños derivados de la circulación de vehículos de motor, obliga al condenado a acreditar, en la preparación del recurso, la consignación del importe de la condena más los intereses; no era suficiente, por tanto, con el ofrecimiento que realizó la aseguradora al formular su impugnación de la sentencia de primera instancia. Unos días después, el Juzgado requirió a la aseguradora condenada a que consignara el importe de la condena; ésta así lo hizo, siendo consentida esta providencia por las partes, aunque ya había vencido el plazo para preparar el recurso.

La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia, sin entrar a examinar el recurso de apelación ni la impugnación de la sentencia; declaró que no debió admitirse el recurso de apelación por falta de cumplimiento del requisito de la consignación. Contra esta sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la ciclista condenada, alegando que su compañía aseguradora había cumplido con el requisito de la consignación en plazo, debiéndose toda la confusión a las sucesivas decisiones del Juzgado de Primera Instancia. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, sobre la idea de que las actuaciones posteriores a la sentencia de primera instancia fueron irregulares y dificultaron la coordinación de la protección de los intereses de los perjudicados con la protección del derecho de tutela efectiva a la recurrente. Ordena, por tanto, la reposición de las actuaciones al momento de dictarse la sentencia de apelación. (A. M. M.)

**99. Vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión.**—Mediante la redacción de un recurso de casación no se puede tergi-



versar la sentencia de apelación impugnada, apartándose completamente de los hechos que la sentencia impugnada declara probados y eludiendo la verdadera razón causal del fallo impugnado. Este tipo de defectos recibe el nombre de vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión. La falta de percepción sobre la existencia de este vicio en la fase de admisión del recurso de casación no impide la Tribunal Supremo poder valorarlo posteriormente, con ocasión de desestimar el recurso. **(STS de 10 de marzo de 2011;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—El presente litigio se origina con la demanda presentada por la compañía mercantil Construcciones C contra la mercantil ADC solicitando que la cantidad correspondiente al precio convenido entre ambas para la enajenación de un solar quedó compensada con la cantidad que la demandada debía a la demandante con motivo de la realización de unas obras, quedando un saldo en favor de la actora, con cargo a la demandada por importe de X.

La demandada formuló reconvencción contra la demandante inicial y contra dos ingenieros y una sociedad anónima, pidiendo que se declare que los cuatro demandados reconconvencionales, por no haber cumplido sus obligaciones debidamente, son frente a ella responsables solidarios —o mancomunados, en la proporción que determine el juez según su cuota de responsabilidad— de los defectos y deficiencias de la obra. Asimismo, la demandante reconvenccional solicita que la demandante originaria sea condenada a pagar la cantidad resultante de aplicar la cláusula penal por retraso en la ejecución de las obras que se contenía en el contrato de ejecución de obra celebrado entre ambas.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, declarando la compensación de las cantidades y condenando a la demandada al pago de la cantidad expresada en la demanda. Asimismo, estima parcialmente la demanda reconvenccional, declarando que la responsabilidad mancomunada de los demandados reconconvencionales y condenando a éstos a abonar a la demandante reconvenccional la cantidad prevista en la demanda reconvenccional.

Tanto las partes demandantes como demandadas, en reconvencción o no, plantean sendos recursos de apelación, que son parcialmente estimados por la Audiencia Provincial, en el sentido de declarar la responsabilidad solidaria —y no mancomunada— de los demandados reconconvencionales.

Contra dicha sentencia la demandada originaria —posterior demandante reconvenccional— interpone recurso de casación. En este recurso, las únicas partes litigantes interesadas son las demandante y demandada originarias, y no así el resto de sujetos que actuaron en las instancias previas. Éste es desestimado por el Tribunal Supremo, por considerar que dicho recurso se aparta completamente de los hechos que la sentencia impugnada declara probados. La sentencia de apelación no considera probado el retraso en la finalización de las obras y, en cambio, sí declara probado que una vez finalizadas éstas la hoy recurrente debía una cantidad distinta a la que afirma en el recurso. Por tanto, El TS confirma la sentencia de la Audiencia Provincial. (*G.M.A.*)







