

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXV, FASCÍCULO IV

Octubre-diciembre, 2012

ANUARIO
DE
DERECHO
CIVIL

Tomo LXV
Fascículo IV

2012



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador
FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)
Catedrático de Derecho civil

Dirección
LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN
Catedrático de Derecho civil
MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS
Letrado de la DGRN, Profesor Titular de Derecho civil
ANTONIO MANUEL MORALES MORENO
Catedrático de Derecho civil

Secretaría
NIEVES FENOY PICÓN
Profesora Titular de Derecho civil

Consejo de Redacción

MARIANO ALONSO PÉREZ
Catedrático de Derecho civil
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho civil
JORGE CAFFARENA LAPORTA
Catedrático de Derecho civil
GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático de Derecho civil
ANTONIO GORDILLO CAÑAS
Catedrático de Derecho civil
VICENTE GUILARTE ZAPATERO
Catedrático de Derecho civil
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS
Catedrático de Derecho civil
JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ
Notario
JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho civil

FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS
Notario
MANUEL OLIVENCIA RUIZ
Catedrático de Derecho mercantil
FERNANDO PANTALEÓN PRIETO
Catedrático de Derecho civil
ANTONIO PAU PEDRÓN
Registrador de la Propiedad
JOSÉ POVEDA DÍAZ
Registrador de la Propiedad
LUIS PUIG FERRIOL
Catedrático de Derecho civil
IGNACIO SOLÍS VILLA
Notario
TEODORA F. TORRES GARCÍA
Catedrática de Derecho civil
EVELIO VERDERA Y TUELLS
Catedrático de Derecho mercantil

Colaboran en las tareas de redacción: Lis Paula San Miguel Pradera, Profesora Titular de Derecho civil; Máximo Juan Pérez García, Profesor Titular de Derecho civil, y Beatriz Gregoraci Fernández, Investigadora Ramón y Cajal de Derecho civil.

ÍNDICE DEL ANUARIO DE DERECHO CIVIL 2012, FASCÍCULO IV

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
J. A. SERRANO GARCÍA: «La reforma aragonesa del Derecho civil patrimonial»	1497
M. ^a T. ALONSO PÉREZ: «Constitución voluntaria de servidumbres por quien no es propietario de la finca dominante o sirviente»	1551
T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL: «El concepto funcional de garantía en el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil»	1605
A. BARRIO GALLARDO: «La autonomía privada y el artículo 1320 del Código civil»	1653
X. M. REQUEIXO SOUTO: «Pactos de atribución particular <i>post mortem</i> . Ámbito del artículo 1271, ap. 2.º, del Código civil»	1745
Estudios de Derecho extranjero	
A. CABANILLAS SÁNCHEZ: «La reforma del Derecho de los contratos en Francia»	1783
Crónica de Legislación y Jurisprudencia Comunitarias	
Por M. REQUEJO ISIDRO	1795
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: B. Rodríguez-Rosado	
MUÑIZ ESPADA, E.: «Revisión crítica de la figura de la novación», por H. Simón Moreno	1823
SCHERPE, J. M. (Ed.): «Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective», por A. Lamarca Marquès	1826
SCHMIDT-KESSEL, M. (Coord.): «Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission», por L. M. Martínez Velencoso	1830
REVISTAS EXTRANJERAS	
Por R. ARANDA RODRÍGUEZ, M. ^a del R. DÍAZ ROMERO, M. GARCÍA-RIPOLL, J. RIBOT IGUALADA, J. SOLÉ FELIU, A. RODRÍGUEZ GUI-TIÁN, I. SIERRA PÉREZ	1835
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
SENTENCIAS COMENTADAS	
J. C. CABAÑAS GARCÍA: «Internamiento involuntario urgente por razones de trastorno psíquico y tutela del derecho fundamental a la libertad personal»	1883
SENTENCIAS (año 2011)	
Coord.: R. CASAS VALLÉS; Colaboran: M. de LORENZI, A. ESTEVE PARDO, I. MIRALLES GONZÁLEZ, M. NAVARRO MICHEL, C. VENDRELL CER-VANTES	1911
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
A cargo de: A. CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: J. M. BECH SERRAT, M. CASADELLÀ SÁNCHEZ, I. DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N. DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, A. FERRANTE, G. GARCÍA CANTERO, L. A. GODOY DOMÍNGUEZ, B. GREGORACI FERNÁNDEZ, S. LÓPEZ MAZA, A. MACÍA MORILLO, G. MINERO ALEJANDRE, C. ORTEGA MELIÁN, L. A. PÉREZ MARTÍN, A. SURROCA COSTA	1949

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 IV
Octubre-diciembre, 2012

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

MADRID 2013

<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): 007-13-013-4
NIPO (M. de Justicia): 051-13-003-7
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

La reforma aragonesa del Derecho civil patrimonial¹

JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA

Profesor Titular de Derecho civil

Acreditado como Catedrático

Universidad de Zaragoza

RESUMEN

Los Libros III, Derecho de bienes, y IV, Derecho de obligaciones, de la Compilación del Derecho civil de Aragón han sido derogados y sustituidos por el articulado de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial que, a su vez, ha sido refundido en el Libro IV del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón. Esta ha sido la cuarta y última reforma del Derecho compilado, con ella termina el proceso de reformulación legislativa iniciado en 1999, y de ella proviene la autorización que ha permitido refundir en un Código todas las Leyes civiles aragonesas, incluido el Título preliminar de la Compilación, única parte de ella que seguía en vigor. La trascendencia de la reforma se comprende mejor con unos apuntes sobre la evolución histórica de los Derechos de bienes y de obligaciones en Aragón. Además el trabajo da cuenta pormenorizada de la preparación, en fase técnica, por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, de la tramitación parlamentaria y del contenido y sistemática de la nueva regulación, para terminar resaltando en los apartados finales las principales novedades introducidas en cada uno de sus cuatro Títulos: relaciones de vecindad, servidumbres, derecho de abolorio o de la saca y contratos sobre ganadería.

¹ Texto base de la intervención del autor en el Seminario sobre «Derecho civil patrimonial aragonés», organizado por la Institución Fernando el Católico (Diputación de Zaragoza), bajo la dirección del Prof. Delgado Echeverría y coordinado por la Prof. Bayod López, Zaragoza 26 y 27 de mayo de 2011.

Texto preparado en el marco del Proyecto de Investigación «Validez y eficacia de normas y de actos jurídicos», DER2008-01669/JURI, cuyo investigador principal es el Prof. Delgado Echeverría.

PALABRAS CLAVE

Derecho civil aragonés, relaciones de vecindad, servidumbres, derecho de abolorio.

ABSTRACT

The Books III, Property Law, and IV, Liability Law, of the Compilation of Aragón's Civil Law have been abrogated and substituted by the articulation of the Law 8/2010, of 2nd December, of Patrimonial Civil Law which has, in turn, been rewritten in the Book IV of the Foral Aragón's Law Code, approved by the Law Decree 1/2011, of 22nd of March, of the Aragón Government. This has been the fourth and last reform of compiled Law, with this the reformulating process initiated in 1999 comes to an end and from this reform comes the authorization that has allowed to conflate in one Code all the Aragón's civil laws, including the preliminary title of the Compilation, the only part of it that was still in force. The significance of this reform is better understood with the notes about the historical evolution of property and liability Law in Aragón. Moreover the work give a detailed account of the preparation, in the technical stage, by the Aragón's Commission of Civil Law, of the parliamentary procedures and of the content and the systematic process of the new regulation, to end up highlighting in the final sections the main novelties introduced in each of its four Titles: neighbourhood relationships, easement rights, «abolorio» (preference right of relatives to acquire real estate when the owner intends to transfer them to people unconnected with the family) and cattle contracts.

KEYWORDS

Aragón's Civil Law, neighbourhood relationships, easements, law of «abolorio».

SUMARIO: I. *De los Derechos de bienes y de obligaciones al Derecho civil patrimonial.* 1. El punto de partida. 2. Supresión de la división en libros y regulación más completa de las mismas materias. 3. Refundición del Derecho civil patrimonial en el Libro IV del Código del Derecho Foral de Aragón.–II. *Apuntes sobre la evolución histórica de los Derechos de bienes y de obligaciones en Aragón.* 1. Situación durante la vigencia de los Fueros y Observancias. 2. El trato recibido en el congreso de Jurisconsultos de 1880-81. 3. La situación en los Proyectos de Franco y López y en los de Apéndice. 4. Regulación de algunos «casos y asuntos» en el Apéndice. 5. La regulación en la Compilación.–III. *Cuarta y última reforma del Derecho compilado: La reforma del Derecho patrimonial.* 1. Preparación por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. 2. Tramitación parlamentaria. 3. Contenido y sistemática de la nueva regulación. 4. Fin de la reformulación legislativa del Derecho compilado y autorización para la refundición de las Leyes civiles aragonesas.–IV. *La reforma de las relaciones de vecindad.* 1. Notable ampliación de la regulación existente. 2. Pero la regula-

ción sigue sin ser completa. 3. Objetivo primordial de la reforma: reducir pleitos. 4. Adición de disposiciones generales. 5. De un artículo sobre raíces y ramas a un capítulo sobre árboles y plantaciones. 6. Capítulo nuevo sobre construcciones. 7. Capítulo nuevo sobre aguas pluviales. 8. Desarrollo del régimen normal de luces y vistas.—V. *La reforma de las servidumbres*. 1. Notable desarrollo de la regulación. 2. Construcción de la parte general. 3. Se completa el régimen de las servidumbres de luces y vistas. 4. Se regulan dos servidumbres forzosas: la de paso y la de acceso a red general. 5. Se mejora y diversifica la regulación de los derechos de pastos y ademprios.—VI. *La reforma del Derecho de abolorio o de la saca*. 1. Finalidad de la reforma: aclarar y completar su régimen. 2. Supresión de la facultad moderadora de los Tribunales. 3. Reducción de los bienes de abolorio y aclaración del concepto de permanencia en la familia. 4. Ampliación del elenco de titulares del derecho. 5. Aclaración del concepto de «enajenaciones». 6. Regulación separada de los plazos de ejercicio como tanteo y como retracto. 7. Desarrollo y aclaración de los requisitos de ejercicio. 8. Se completa la regulación de los efectos del ejercicio. 9. Admisión expresa de la renuncia sobre bienes concretos. 10. Limitación de la preferencia del derecho de abolorio.—VII. *La reforma de los contratos sobre ganadería*.—VIII. *Reflexión final*.

I. DE LOS DERECHOS DE BIENES Y DE OBLIGACIONES AL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL

1. EL PUNTO DE PARTIDA

El *Derecho civil patrimonial aragonés* es el objeto de este Seminario; el *Derecho civil patrimonial* era el objeto y el título de la última Ley civil aragonesa aprobada en la VII Legislatura de las Cortes de Aragón; y el *Derecho patrimonial* es el título y el objeto del vigente Libro IV del Código del Derecho Foral de Aragón.

Pero esto es algo nuevo y muy reciente. En el Derecho civil aragonés, la expresión *Derecho patrimonial*, en cuanto contenido o parte sustantiva con identidad propia de nuestra Legislación, es nueva, no existía en la Compilación ni en el Derecho histórico, y ha aparecido en la reforma de 2010-11.

En la Compilación eran dos los Libros, de los cuatro que tenía, en los que se encontraban las materias propias del Derecho civil patrimonial. Había un Libro III titulado *Derecho de bienes* (arts. 143 a 148), y un Libro IV titulado *Derecho de obligaciones* (arts. 149 a 153). No existía la agrupación superior *Derecho patrimonial*.

Por otra parte, estos Libros, muy lejos de regular toda la extensísima materia de los derechos reales y las obligaciones y contratos, se circunscribían a cuatro materias con entidad propia: *Las relaciones de vecindad* (arts. 143 y 144) y *las servidumbres* (arts. 145 a 148), Títulos I y II del Libro III, *el derecho de abolorio o de la saca* (arts. 149 a 152) y *los contratos sobre ganadería* (art. 153), Títulos I y II del Libro IV. Ese era todo el Derecho patrimonial contenido en la Compilación, un total de 11 artículos, eso sí, divididos en cuatro Títulos conformadores de dos Libros.

2. SUPRESIÓN DE LA DIVISIÓN EN LIBROS Y REGULACIÓN MÁS COMPLETA DE LAS MISMAS MATERIAS

Los Libros III y IV de la Compilación han sido derogados y sustituidos por la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de *Derecho civil patrimonial* (LDcp.), que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2011².

Esta Ley ha optado por no separar los Derechos *de bienes y de obligaciones*. Dice su Preámbulo que *la Ley mantiene los enunciados de los Títulos de la Compilación y su mismo orden, pero evita la división en Libros («Derecho de bienes», «Derecho de obligaciones») que, además de evocar engañosamente contenidos mucho más amplios, parecería prejuzgar la naturaleza jurídica del derecho de abolorio*. Así que de los dos Libros de la Compilación pasamos a una Ley que unifica el *Derecho civil patrimonial*.

En cuanto a su contenido, la nueva Ley no se extiende a materias distintas de las ya reguladas en la Compilación. A los *contratos sobre ganadería* dedica, como en la Compilación, un solo artículo [el 63 (599)], para seguir manteniendo el fundamento de la competencia legislativa. En cambio, completa o desarrolla bastante la regulación de los otros tres Títulos, como enseguida tendremos ocasión de comprobar. De los 11 artículos de la Compilación se pasa a 63. El número de preceptos se multiplica casi por seis.

No hay nuevas materias. En el Preámbulo de la Ley se nos dice que *no ha parecido oportuno en este momento* (la reforma de 2010) *regular otras materias* (de Derecho patrimonial) *en el ámbito permitido por el artículo 149.1.8.ª Const.* Con esta reforma finaliza la reformulación legislativa del Derecho compilado.

² La publica el BOA núm. 248, de 22 de diciembre de 2010.

3. REFUNDICIÓN DEL *DERECHO CIVIL PATRIMONIAL* EN EL LIBRO IV DEL *CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN*

La disposición final primera de la LDcp. autoriza al Gobierno de Aragón para que, en el plazo de un año desde su entrada en vigor (recordemos: el 1 de enero de 2011), apruebe, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», un Decreto Legislativo que refunda:

- a) El Título preliminar de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.
- b) La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte.
- c) La Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas.
- d) La Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad.
- e) La Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona.
- f) La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.
- g) La propia Ley de Derecho civil patrimonial.

Dicha autorización incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos, y añade en su apartado 3 que la refundición podrá realizarse utilizando la técnica de codificación y la sistemática más adecuadas para favorecer el mantenimiento actualizado del Código de Derecho Foral de Aragón en caso de incorporación de nuevos contenidos.

El Gobierno de Aragón, en cumplimiento de esta autorización, y previa encomienda de su preparación a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, ha aprobado, con el Título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las leyes civiles aragonesas que se inserta a continuación del Decreto Legislativo³. Ambos textos han entrado en vigor el día 23 de abril de 2011, día de Aragón.

En esta refundición los 63 artículos de la LDcp. han pasado a ser los 63 artículos del Libro IV, *Derecho patrimonial*, del Código del Derecho Foral de Aragón (C DFA), que se extiende desde el artículo 537 hasta el 599, ambos incluidos. Dice el Preámbulo del Código (I.1) que *en la rúbrica de este Libro se ha suprimido el adjetivo «civil» porque el Libro es parte de un Código de Derecho*

³ Los publica el BOA núm. 63, de 29 de marzo de 2011.

civil. En el Preámbulo del Decreto Legislativo se dice que *no ha parecido oportuno, por el momento, introducir un sistema de numeración decimal del articulado*.

Al hacer esta refundición no ha sido necesario, entre otras razones por lo reciente de la Ley, hacer uso de la facultad de regularizar, aclarar y armonizar ninguno de sus textos. Se han reenumerado todos sus artículos a partir del artículo 536, último precepto del Libro Tercero del Código, y se han ajustado a la nueva numeración las remisiones internas contenidas en algunos de ellos (arts. 10, 12.3, 38 y 40 LDcp.; 546, 548.3, 574 y 576 CDFA).

Las dos disposiciones transitorias de la Ley, sobre *aplicación inmediata y derecho de abolorio*, debidamente regularizadas y adaptadas al nuevo marco normativo, han pasado a ser las DD. TT. vigésima tercera y vigésima cuarta del Código.

Los apartados II a VII (y último) del Preámbulo de la Ley han pasado al apartado VI del Preámbulo del Código, apartado que está integrado por los números 38 (*Contenido y sistemática*), 39 (*Las relaciones de vecindad*), 40 (*Las servidumbres*), 41 (*Derechos de pastos y ademprios*), y 42 (*El derecho de abolorio o de la saca*). Parte de lo dicho en el apartado I del Preámbulo de la Ley ha pasado a integrar el punto I del Preámbulo del Decreto Legislativo 1/2011.

El *Derecho civil patrimonial* vuelve, así, a ser parte del Cuerpo del Derecho civil de Aragón, ahora llamado Código, y vuelve a ser su última parte, si bien ahora contenida en un único Libro.

Esta es la situación y la estructura actual del Derecho civil patrimonial aragonés. Antes de entrar a detallar las demás modificaciones y novedades introducidas por la reforma de 2010-11, para tener algo más de perspectiva temporal en el análisis, vamos a mirar hacia atrás con la idea de tratar de comprender cómo habíamos llegado al punto del que ha partido la presente reforma.

II. APUNTES SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS DE BIENES Y DE OBLIGACIONES EN ARAGÓN

1. SITUACIÓN DURANTE LA VIGENCIA DE LOS FUEROS Y OBSERVANCIAS

En el Derecho de los Fueros y Observancias no sólo había regulación referida a la persona, la familia y las sucesiones por causa de muerte, sino que la había también sobre propiedad y derechos

sobre las cosas, así como sobre obligaciones y contratos, era la regulación propia de un reino peninsular de aquélla época.

Nos dice Lacruz Berdejo⁴ que «los derechos relativos a las cosas y a las obligaciones y contratos son objeto, en las fuentes forales primitivas, de una regulación interesante y singular, desconocida ordinariamente aun entre los propios foralistas. Pero cuando el desarrollo de las ciudades y la artesanía y el empleo casi exclusivo del dinero como medio de pago determinan un tráfico de bienes mucho más intenso que en la anterior economía casi cerrada de haciendas campesinas, las instituciones populares ceden ante la regulación del Derecho común, desarrollada de modo genial por los jurisconsultos romanos, espiritualizada luego por la influencia canonista, y cuya superior técnica se ajusta mejor a las cambiadas condiciones económicas y sociales. Tan sólo emergen algunos principios, algunas normas e instituciones aisladas [...], sobre un sistema típicamente romano».

Además, hay que tener en cuenta que las materias del Derecho patrimonial son menos propicias a su evolución una vez cegadas las fuentes de producción normativa⁵, y que, ya en el siglo XIX, el proceso de codificación del Derecho civil, compartido también por los juristas aragoneses, está presidido por la nueva concepción liberal e individualista del comercio, la propiedad y los demás derechos reales, tan alejada de la ideología en la que nacieron los Fueros y Observancias⁶.

La situación de los derechos de cosas y de obligaciones y contratos en la última etapa de vigencia de los Fueros y Observancias puede apreciarse consultando, por ejemplo, las *Instituciones de Derecho civil aragonés*, de Luis Franco y López y Felipe Guillén y Carabantes (Zaragoza, 1841)⁷, o la *Exposición y Comentario del Cuerpo Legal denominado «Fueros y Observancias del Reino de Aragón»*, de Marceliano Isábal Bada (Zaragoza, 1926)⁸. Los autores de obras generales dedican muchas hojas a exponer el régimen vigente en Aragón de las principales instituciones de los Derechos

⁴ «Los derechos forales», Rev. Universidad, 1948, y en el T. I de Estudios de Derecho privado común y foral, Barcelona, 1992, p. 32, de donde tomo la cita.

⁵ Vid. SANCHO REBULLIDA: «Derecho de bienes. Derecho de obligaciones», BCAA, núm. 26, julio, 1967, p. 196.

⁶ Vid. MARTÍN-BALLESTERO: «Actas de las Jornadas de Derecho Aragonés (Zaragoza, 18-20 de diciembre de 1969)», ADA, t. XIV, 1968-69, p. 564; José Luis ARGUDO PÉRIZ: «Las servidumbres en el Derecho aragonés», en *Tratado de Servidumbres*, Coordinado por Ángel Luis Rebollo Varela, Ed. Aranzadi, 2002, p. 1149.

⁷ Vid. su Libro II, pp. 105 a 149, y en el Libro III, pp. 150 a 184 y 233 a 292. En cada título citan los Fueros y Observancias, así como la doctrina de los doctores, que les sirven de fundamento para construir su exposición de las Instituciones.

⁸ Vid. su Libro II, pp. 169 a 220, en el Libro III las pp. 221 a 249 y en el Libro IV las pp. 393 a 402 y 536 a 624.

de cosas (división de las cosas, la posesión y los modos de adquirirla y perderla, la propiedad, la comunidad de bienes, la enfiteusis, los vínculos, las servidumbres reales, los derechos de pastos, el usufructo, la ocupación y la accesión, la prescripción) y de obligaciones (donaciones, contratos en general, compraventa, derecho de la saca, arrendamiento, mutuo, censos, sociedad, mandato, depósito, fianza, prenda, hipoteca, etc.); pero en algunas de estas materias dicen que no hay disposiciones aragonesas aplicables y en muchas que las disposiciones aragonesas son escasas o que sólo resulta aplicable alguna especialidad respecto del régimen del Derecho común, ya sea éste el romano-canónico, el castellano o, finalmente, el Código civil⁹.

2. EL TRATO RECIBIDO EN EL CONGRESO DE JURISCONSULTOS DE 1880-81

A finales del siglo XIX, ante la demora en la aprobación de un Código civil general, los juristas reunidos en el *Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-81* toman la iniciativa de promover la confección de un «Código civil aragonés». Como nos dice Delgado Echeverría¹⁰, «los acuerdos o conclusiones (del Congreso) tienen la finalidad de fijar el sentido general de los preceptos que la Comisión Codificadora habría de redactar para el Código Civil Aragonés, a la manera de «bases» para su desarrollo en el texto articulado. Contienen, por tanto, sustanciales y conscientes propuestas de modificación del Derecho aragonés entonces vigente, algunas de ellas acordes con los puntos de vista que habían triunfado en el Código civil francés y que se recogían en el Proyecto de 1851, más como consecuencia de la ideología liberal codificadora compartida por los congresistas que con la finalidad específica de acercamiento al Derecho castellano o de facilitar la formación de un Código civil español único»¹¹.

⁹ De la situación de las servidumbres prediales y las relaciones de vecindad en los Fueros de Aragón, el Vidal Mayor, la tradición turolense, las Observancias y glosas a los Fueros, así como en la doctrina de los autores aragoneses de la edad moderna (Del Molino, Portolés, Bardají, Lissa, Franco de Villalba), se ha ocupado recientemente Francisco Luis PACHECO CABALLERO [«Servidumbres prediales y relaciones de vecindad en el derecho aragonés, 1247-1967 («Legislación, práctica, doctrina»), en Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo, Eugenia Torijano (Coords.), *Historia de la Propiedad. Servidumbres y limitaciones del dominio*, Madrid, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009, pp. 269-328].

¹⁰ «Estudio preliminar» a *Los Proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón*, T. I, IFC, Zaragoza, 2005, p. 12.

¹¹ Las Conclusiones del Congreso pueden consultarse ahora en el tomo I de la obra *Los Proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón* (1880-1925), IFC, Zaragoza, 2005. Las relativas a los Capítulos V y VI, que son los que tienen que ver con el Derecho patri-

Pues bien, en el Capítulo V sobre contratos, las conclusiones aprobadas en el Tema I prescinden prácticamente de todas las instituciones forales en materia de obligaciones y contratos, también proponen prescindir de la regulación aragonesa de los contratos en particular, «sin perjuicio de armonizar esta disposición con las conclusiones de otros temas votados por el Congreso (especialmente en el Cap. II, *Matrimonio. Sociedad Conyugal*), pudiéndose aceptar al efecto aquellos detalles especiales del derecho vigente en Aragón en dichos contratos»¹². Además se prescinde del retracto gentilicio (derecho de abolorio) y del consorcio foral¹³.

En el Capítulo VI, sobre la *posesión, prescripción y servidumbres*, se prefiere la posesión aragonesa, meramente instrumental, civil o de derecho, pero se prescinde por completo del Derecho aragonés en materia de prescripciones, y se suprimen todas las servidumbres especiales salvo las de paso, luces, y salida de aguas pluviales¹⁴.

monial, en las pp. 78 y 79. También en Costa, *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*, reedición de Guara editorial, Zaragoza, 1981, pp. 110-111.

¹² Conclusiones del tema I: *¿Conviene prescindir de las disposiciones que en materia de contratos contiene el derecho civil de Aragón, aceptando las de la legislación de Castilla menos en el contrato de matrimonio? ¿Cuáles, en su caso, deben conservarse?*

«1.^a La mujer tendrá la misma capacidad para otorgar fianzas, que para celebrar los demás contratos.

2.^a Debe aceptarse la legislación de Castilla en cuanto a las solemnidades de los contratos, sin más excepción que la de mantener el fuero en cuanto no exige la tradición para que se transfiera el dominio de las cosas en la compraventa.

3.^a Debe conservarse el principio del derecho aragonés, *tantum valet res in quantum vendi potest*, haciendo de él la natural aplicación que reclama el contrato de permuta.

4.^a No conviene admitir la excepción del “dinero no contado” reconocida en Castilla.

5.^a Debe ser abolido el contrato de comanda.

6.^a Debe aceptarse la ley castellana que determina los efectos del contrato de fianza.

7.^a No hay ninguna institución foral que interese conservar en materia de arrendamientos, prenda e hipoteca, censos, sociedad, comodato ni donaciones ínter vivos, sin perjuicio de armonizar esta disposición con las conclusiones de otros temas votados por el Congreso, pudiéndose aceptar al efecto aquellos detalles especiales del derecho vigente en Aragón en dichos contratos.

8.^a Debe quedar abolido el afianzamiento de salvedad.»

¹³ En el tema II, *¿Debe aceptarse la legislación de Castilla en cuanto al retracto gentilicio?*, se concluye que «ni la legislación de Castilla ni la de Aragón son aceptables en cuanto al retracto gentilicio. Este medio de rescisión de la venta de ciertos bienes inmuebles, debe proscribirse».

Y en el tema III, *¿Debe prescindirse del consorcio o fideicomiso foral?*, se llega a la conclusión de que «debe prescindirse del consorcio o fideicomiso foral».

¹⁴ Conclusiones del Capítulo VI:

En el tema I, *¿Debe preferirse como más científica la posesión aragonesa a la castellana, o sea, la meramente instrumental, civil o de derecho, sin necesidad de la tenencia material y tradición real?*, se concluye lo siguiente: «Debe preferirse como más científica la posesión aragonesa a la castellana, o sea, la meramente instrumental, civil o de derecho, sin necesidad de la tenencia material y tradición real».

En el tema II, *¿Conviene prescindir del derecho especial de Aragón en materia de prescripciones?*, se concluye que «es conveniente prescindir por completo del derecho especial de Aragón en materia de prescripciones».

3. LA SITUACIÓN EN LOS PROYECTOS DE FRANCO Y LÓPEZ Y EN LOS DE APÉNDICE

A) *Los Proyectos de Franco y López*. La *Memoria de Franco y López* y su Proyecto de *Instituciones del Derecho civil vigente en Aragón que deben quedar subsistentes con las reformas y adiciones que es conveniente establecer* (fecha el 31 de diciembre de 1880, pero publicada en 1885), que por su afán reformista ha sido considerado un «Proyecto de Apéndice» al Código civil todavía no aprobado¹⁵, se ocupan de la adquisición de la posesión (mediante instrumento traslativo del dominio; sucesión en la posesión de la herencia), pero prescinden de la ocupación y accesión, de los censos, de parte de las servidumbres (atiende no sólo a la de luces y vistas, sino también a la de paso y las de azud y presa), de todos los preceptos relativos a prescripción y, aunque contiene unas disposiciones generales (arts. 162 a 164), de los concernientes a donaciones y contratos (salvo en relación con la sociedad conyugal). Sobre esto, en definitiva, nos dice Franco y López que «siendo tan frecuentes por fortuna en la época actual, las relaciones mercantiles y de toda especie que existen entre los habitantes de unas y otras provincias de la Monarquía, no puede desconocerse la inmensa ventaja que para todos ellos ha de producir el hallarse sujetas a una mismas reglas las convenciones que entre unos y otros se celebren»¹⁶.

En la *Adición a la Memoria* y en su *Proyecto de Código civil de Aragón* (Zaragoza, 1893) el tratamiento de los derechos de cosas y de obligaciones es muy similar¹⁷, aunque en otras materias la exis-

Y en el tema III, *¿Deben conservarse algunas de las servidumbres especiales del derecho aragonés, o aceptarse las del castellano? En el primer caso, ¿cuáles conviene conservar y con qué modificaciones?*, se aprueban las siguientes conclusiones:

«1.^a Deben conservarse las servidumbres especiales de nuestro Derecho foral consignadas en los fueros 3.^o de *consortibus iusdem rei* y único de *aqua pluviati arcenda*, así como la establecida en la observancia 6.^a del mismo título, o sean, las servidumbres de paso y luces y la obligación del dueño de un predio urbano de dar salida a las aguas de su tejado sin perjudicar al vecino, y suprimirse todas las demás.

2.^a En la servidumbre de paso debe adicionarse a lo dispuesto por fuero lo siguiente: El punto donde el camino o salida ha de establecerse, será aquél menos perjudicial al precio sirviente, combinando a ser posible este principio con el de mayor proximidad a la vía pública, salvo el caso previsto en nuestros fueros, o sea, cuando con anterioridad existía otro punto por donde el paso se verificaba, que entonces habrá que respetar ese precedente.»

¹⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Estudio preliminar*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁶ P. 104 de la *Memoria*. Puede consultarse la edición facsimilar contenida en el Tomo II de la obra *Los Proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón*, IFC, Zaragoza, 2006. *Vid.* la descripción que hace DELGADO del contenido de la *Memoria*, en «Estudio preliminar», *op. cit.*, p. 24.

¹⁷ El breve Libro II contiene tres artículos sobre adquisición de la posesión y cuatro sobre servidumbres legales. En el Libro III rectifica al Código en varios preceptos de donaciones y admite la donación de bienes futuros, aun con limitaciones (arts. 63 y ss.). En las disposiciones generales sobre los contratos introduce el apotegma *Standum est chartae*

tencia del Código civil español lleva a Franco y López a la supresión de artículos del primer proyecto, por ser coincidentes con los de aquél; entiende que «el Apéndice relativo al Derecho aragonés sólo debe contener las disposiciones por que deba regirse este territorio que sean diferentes de las del Derecho general de la Nación; pues siendo éste supletorio de aquél, ocioso sería que estableciésemos como cosa especial para estas provincias, lo que sin necesidad de hacerlo, ha de regir imprescindiblemente, hallándose dispuesto en el general que ha de regular nuestros actos»¹⁸. No obstante, son muchos los casos en que se toma la libertad de reproducir con variantes, rectificar y aclarar preceptos del Código.

Considera Delgado Echeverría¹⁹ que «en las propuestas legislativas de Franco apenas se encuentran preceptos que sean mero trasunto del Derecho aragonés entonces vigente. Quizás pueda decirse de los más de ellos que tienden a la conservación de determinadas instituciones aragonesas, pero con modificaciones, limitaciones y reformas a veces muy drásticas; mientras que otros muchos son totalmente nuevos y no responden sino al sentido de la justicia y la oportunidad de su autor (a veces, atinadamente), en el marco de las ideas codificadoras de la época. Por último, es también intención explícita suprimir para siempre algunas instituciones de cuya vigencia no le cabe duda. En general, su tendencia a la unificación y su aceptación del Código civil español parecen tan sinceras como su deseo de que algunas materias sigan rigiéndose por normas específicas aragonesas».

B) *El «Proyecto Ripollés»*. El *Apéndice primero al Código civil general o Proyecto de Código civil de Aragón* publicado en Zaragoza en 1899 y conocido como «Proyecto Ripollés», considerado en su conjunto, y en comparación con los de Franco y López, «es –como expone Delgado Echeverría– menos personal, como fruto de las deliberaciones de una pluralidad de juristas de orientaciones diversas. Se aparta menos del Derecho entonces vigente y se preocupa por su conservación también en el futuro. No excluye instituciones que Franco condenó, como el derecho de la saca o las ventajas, o de las que prescindió en aras a la uniformidad, como las reglas sobre prescripción. Tampoco contiene muchas de las limitaciones o prohibiciones con que Franco pretendía estrechar el

(arts. 169 y 170), y algunas reglas sobre interpretación del contrato (art. 171), capacidad para contratar (art. 172), rescisión de los contratos, en particular de los celebrados por los representantes legales de menores, incapaces o ausentes, así como la responsabilidad de éstos por los perjuicios que se les hubiesen irrogado, cualquiera que sea su cuantía. La *Adición* puede consultarse en la edición facsimilar contenida en el Tomo II de la obra *Los Proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón*, IFC, Zaragoza, 2006.

¹⁸ *Adición*, p. 6.

¹⁹ *Estudio preliminar, op. cit.*, p. 36.

ámbito de la libertad civil (prohibición de institución recíproca entre cónyuges en el testamento mancomunado, requisitos especiales para la validez de las capitulaciones posteriores al matrimonio, por ejemplo). Pero no es ni pretende ser mera compilación de lo existente. Las reformas en muchas materias son evidentes, como en la sucesión intestada»²⁰.

El Libro II, dedicado a *los bienes, la propiedad y sus modificaciones*, tras unas indicaciones sobre la clasificación de los bienes (inmuebles o sitios –art. 37– y muebles –art. 38–) y sobre la adquisición de la posesión (art. 39: posibilidad de adquirirla mediante instrumento traslativo del dominio, sin necesidad de una tradición real), se dedica a las servidumbres (luces y vistas, paso, medianería), incluida la regulación de la alera foral y de la mancomunidad de pastos y la declaración de que «las servidumbres de leñar, pacer y abrevar se adquieren por la posesión inmemorial» (art. 40). El Libro III se abre con un largo artículo sobre donaciones (art. 48), que atiende a aspectos muy variados, y el resto se ocupa de las sucesiones. El Libro IV comienza con una disposición general sobre obligaciones (art. 85) y otra sobre contratos (art. 86); contiene, luego, el régimen familiar de bienes y la viudedad, para ocuparse después de materias varias. En la compraventa (además de evitar la doctrina del título y el modo) se regula el «retracto llamado beneficio de la saca o abolorio» (art. 184). Una pincelada sobre aparcería o medial (art. 186), otra sobre «servicio personal» (art. 187: contra el inicuo «el amo será creído» del art. 1584 CC), unas previsiones bastante completas (arts. 188-187) sobre «consorcio familiar tácito» (nada que ver con el «consorcio foral») y, todavía, una referencia a la prenda (art. 198), otra a la concurrencia y prelación de créditos (art. 199; con un «privilegio de los labradores»: art. 200) y otra a la prescripción (de salarios y de las acciones: art. 201)²¹.

C) *El «Proyecto Gil Berges»*. El Proyecto de Apéndice publicado en 1904, conocido como «Proyecto Gil Berges», es, con mucho, el que más preceptos recoge de las costumbres, especialmente las del Alto Aragón. El Derecho de bienes ocupa el Libro II (*De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones*: arts. 227-240), con varios artículos sobre clasificación de los bienes (arts. 227 a 231) y uno sobre posesión (el 232), además de los correspondientes a servidumbres (un artículo –el 233– se ocupa de los modos de adquirir las servidumbres: por usucapción y por la posesión inmemorial; luego regula la servidumbre de paso –art. 234–, la medianería –art. 235–, el

²⁰ *Estudio preliminar, op. cit.*, p. 46.

²¹ *Vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, «Estudio preliminar», *op. cit.*, pp. 44-46. El «Proyecto Ripollés» puede consultarse en la edición facsimilar contenida en el tomo II de la obra *Los Proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón*, IFC, Zaragoza, 2006.

régimen normal de luces y vistas –arts. 235 y 236–, la prescripción adquisitiva de la servidumbre de luces y vistas –art. 237–; y la prohibición de obstaculizar la libre circulación del aire para aventar en las eras confinantes –art. 238–) y a la alera foral y a otras mancomunidades de pastos, leñas y demás ademprios (arts. 239 y 240).

El Libro III (*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*: arts. 241-288) contiene sólo normas de donaciones (arts. 241 a 245) y (mucho más numerosas) de sucesiones. El Libro IV dedica a las *obligaciones y contratos* 82 artículos (289 a 370). Se abre con una disposiciones generales sobre las obligaciones (art. 289 a 291) y otra sobre los contratos (292). En el capítulo de la compraventa hay una disposición especial sobre compraventa de ganados (art. 293: «por el procedimiento denominado *escandallar*») y dos sobre compraventa de inmuebles, una (art. 294) sobre la enajenación a carta de gracia y la otra (art. 295) sobre el retracto de abolorio. Un capítulo trata de la enfiteusis (treudo, tributación o tributo: arts. 296-302) y otro, más largo (arts. 303-327) «de algunas formas de asociación». Los contratos sobre el cultivo y la ganadería tienen un interesante desarrollo, basado en la costumbre, en los artículos 328 a 369: primero se regulan los contratos especiales sobre cultivo, denominados «aparcerías» (arts. 328-334), y luego los contratos especiales sobre ganadería, con unas disposiciones generales (arts. 335-336) y regulación sucesiva de la cesión del «uso» de bestias a modo de arrendamiento (arts. 337-338), las «aparcerías» de ganados en relación con el contrato de sociedad (arts. 339-346), la dación, como en simple préstamo, de reses lanares o cabrías «a diente» (arts. 347-350), el «seguro mutuo», como contrato aleatorio, sobre bueyes o vacas de labor (arts. 351-365) y el pupilaje de animales (arts. 366-369). El Libro IV se cierra con una disposición general sobre la prescripción (art. 370)²².

4. REGULACIÓN DE ALGUNOS «CASOS Y ASUNTOS» EN EL APÉNDICE

A) *El Proyecto de la Comisión de Códigos*. La Comisión Permanente de la General de Codificación tomó como punto de parti-

²² «La amplísima Exposición de Motivos explica en detalle el sentido y antecedentes de cada uno de los preceptos, con copiosas citas de Fueros y Observancias y aun de sentencias, resoluciones de la Dirección General de los Registros y doctrina de autores, por lo que no sólo es instrumento principal para la interpretación del articulado del Proyecto, sino fuente más importante dada la ausencia en la época de obras generales dedicadas al Derecho aragonés» (DELGADO, *Estudio preliminar*, op. cit., p. 48).

El «Proyecto GIL BERGES» puede consultarse en la edición facsimilar contenida en el tomo II de la obra *Los Proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón*, IFC, Zaragoza, 2006.

da para su *Proyecto de Apéndice de 1923* el texto remitido desde Aragón en 1904, pero desde el primer momento entiende que el texto aragonés no es sino eso, un punto de partida, con cuyos materiales la Comisión, con plena libertad, redactará el verdadero Proyecto. Se comprueba fácilmente que el Proyecto de 1923 prescinde de gran parte de las normas previstas en el aragonés de 1904: sus noventa artículos no dan para mucho. Es este Proyecto el que sale a información pública en 1924, por lo que suele citarse como de esta última fecha.

El Apéndice de 1925, salvo en la supresión de los artículos 60 a 73 del Proyecto (que desarrollaban variantes consuetudinarias de la sociedad conyugal paccionada, instituciones de heredero en capitulaciones y facultades de los fiduciarios, principalmente), no se separa apenas de este Proyecto (sí, por ejemplo, en el art. 16). De esta manera se pasó de los 90 artículos del Proyecto a los 78 del texto del Apéndice. El Derecho aragonés queda reducido a una regulación excepcional sobre algunos «casos y asuntos», rigiendo en lo demás el Código civil. En resumen, el texto del Apéndice, más que una reducción del texto de 1904, es una obra nueva, de diferente intención, formada, en su mayor parte, de fragmentos entresacados de aquél²³.

B) *Los Derechos de bienes y obligaciones*. El Apéndice se limitó a incluir, bajo la rúbrica de servidumbres, tres artículos. El artículo 14 regula la usucapión de las servidumbres continuas y aparentes e indica la forma de computar el tiempo, en especial para la servidumbre de luces y vistas, dando entrada a la técnica del acto obstativo propia del Código civil; la posesión inmemorial la equipara en efectos a la prescripción adquisitiva. En el artículo 15 contiene la regulación del *régimen normal de luces y vistas* sobre pared medianera. Nada decía de la pared propia pero, pese a la deficiente redacción, la mejor doctrina defendía que el régimen de la medianera resultaba aplicable a ella con mayor motivo. A la *alera foral* se refiere el artículo 16 del Apéndice²⁴. Cabe la servidumbre de pastos a favor de una universalidad de individuos (los que en cada momento sean vecinos de tal pueblo, por ejemplo), sin que sea de aplicación en Aragón, a estos efectos, el artículo 600 CC.

El Apéndice regula en sede de Derecho de obligaciones el *derecho de abolorio o de la saca*; en particular, lo regula en el artículo 76 bajo un epígrafe que dice «del contrato de compraventa». Se quiere enlazar con la regulación de los retractos legales del Código

²³ Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, *Estudio preliminar*, *op. cit.*, pp. 6-8 y 53-61.

²⁴ El artículo 16 prescinde de los seis párrafos que su equivalente tenía en el Proyecto de 1923.

civil y añadir un retracto legal más: el derecho de abolorio. Regula también los *contratos especiales sobre ganadería*: el artículo 77 enumera seis modalidades.

Es evidente la desproporción entre las propuestas aragonesas de codificación civil y su fruto en la *Gaceta de Madrid* en forma de «Apéndice»²⁵.

5. LA REGULACIÓN EN LA COMPILACIÓN

A) *El Informe del Seminario de la Comisión Compiladora sobre otras instituciones de Derecho aragonés en materia de Derechos reales*. En los inicios del proceso compilador tanto el Seminario como la Comisión Compiladora estimaron que valía la pena extrinsecar las antiguas fuentes y valorar, a la luz de las circunstancias de entonces, el Derecho de bienes y el de obligaciones en aquéllas contenido, aparte de las normas que, de un modo u otro, había conservado el Apéndice.

Pero el *Informe del Seminario sobre otras instituciones de Derecho aragonés en materia de Derechos reales* llega a la conclusión de que no es necesario ni conveniente dar vigencia a las disposiciones de nuestro Derecho histórico sobre clasificación de los bienes en muebles e inmuebles, porque hoy una mayoría de tales disposiciones forma parte del Derecho del Código; por el artículo 4 de la Ley Hipotecaria, de aplicación general; aparte de nimiedades que no sería útil resucitar. Cuestión aparte es la posibilidad de que por pacto matrimonial pueda darse consideración de muebles a los sitios y viceversa (Ob. 43 *De iure dotium*), pero esto pertenece más bien a la regulación económica del matrimonio.

Tampoco la regulación aragonesa sobre *adquisición y pérdida de la posesión* tiene, en opinión del Seminario, posibilidad de aplicación: el artículo 1462 CC viene a recibir substancialmente la

²⁵ José Luis MOREU BALLONGA («El Apéndice foral aragonés de 1925 y encrucijadas del Derecho civil y la cuestión territorial en España», en *Ius Fugit* núm. 15 (2007-2008), *Revista de Estudios histórico-jurídicos de la Corona de Aragón*, Institución «Fernando el Católico», Diputación de Zaragoza, 2009, pp. 81-124), en opinión aislada y contraria a lo comúnmente defendido por los mejores autores aragoneses, considera al Apéndice, cuerpo legal que elogia encendidamente, como Código civil foral aragonés. Respecto de los preceptos del Apéndice relativos a cuestiones fragmentarias y muy concretas de Derecho patrimonial dice en la p. 93 que «estuvieron también, en general sensatamente concebidos y redactados. En la razonable regulación del derecho de abolorio (art. 76), que protegía todavía la familia patriarcal en perjuicio de la libertad del tráfico, y que el Congreso de 1880-1881 había pedido suprimir, el Apéndice dio una muestra más de respeto al Derecho aragonés tradicional, puesto que, como es sabido, el Código civil sí había prescindido del retracto gentilicio del Derecho castellano anterior».

doctrina aragonesa, y lo mismo puede decirse, con una nimia diferencia de matiz, respecto del artículo 444 CC.

Igualmente considera ocioso reproducir la regulación histórica sobre *desagüe de edificios* por ser semejante a la del artículo 586 CC. No es tampoco conveniente ni útil recoger, aparte de la regulación hecha por extenso en el Anteproyecto, normas históricas en materia de *usufructo*; en materia de *ocupación* entiende que las disposiciones generales de la ley de caza han dejado sin efecto el F. 1.º *De venatoribus*.

Tampoco considera conveniente formular la norma de la Ob. 1.ª De *aqua pluviali arcenda* que establecía que cualquiera podía utilizar la posesión ajena con tal de que no lo hiciera en daño del poseedor. En el Informe (p. 571) se dice lo siguiente: *No vamos a comentar esta laudable y relevante doctrina. Consagrarla hoy de modo explícito sería difícil y podría dar lugar a situaciones arduas y ser un semillero de pleitos. Leyes de aplicación general como la de cerramiento de fincas rústicas dificultarían la expresión del principio en una norma. Por otra parte dado que el ius usus incoi y la teoría del abuso del derecho, va penetrando en la jurisprudencia (quizá con demasiada lentitud) hemos creído acertado confiar al buen criterio de los tribunales la aplicación concreta de este principio de la citada observancia a través de esas dos vías de carácter general. Abona tal criterio el que ni en los dos proyectos de Apéndice ni en el Cuaderno vigente se formuló tal norma*²⁶.

En materia de Derecho de obligaciones no se conocen esfuerzos del Seminario o la Comisión Compiladora para añadir algunas instituciones a las dos recogidas por el Apéndice: derecho de abolorio y contratos sobre ganadería.

B) *Luces y sombras en la regulación de los Derechos de bienes y obligaciones*. De los 5 artículos del Apéndice se pasa a los 11 de la Compilación. Salvo el añadido de la regulación de la *inmisión de raíces y ramas*, las materias son las mismas, pero su estructura y su formulación técnica son muy distintas.

Ahora hay cuatro Títulos, dos (*relaciones de vecindad y servidumbres*) forman el Libro III, *Derecho de bienes* (arts. 143 a 148), y otros dos (*derecho de abolorio o de la saca y los contratos sobre ganadería*) forman el Libro IV, *Derecho de obligaciones* (arts. 149 a 153). La Compilación separa relaciones de vecindad y servidumbres, lo que es una notable mejora técnica, su tratamiento de las instituciones es innovador y recoge lo mejor de la tradición jurídica foral.

²⁶ P. 571 de los *Informes del Seminario*, vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996. Vid. por extenso, pp. 568-571.

Dice su Exposición de Motivos que *mediante la norma expresa de que tanto en pared propia a cualquier distancia de predio ajeno como en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas, sin sujeción a dimensiones determinadas, se zanja una cuestión suscitada por la deficiente redacción del texto del párrafo primero del artículo quince del Apéndice. Se vuelve así a la ortodoxa interpretación de la Observancia sexta «De aqua pluviale arcenda».*

En cuanto a la usucapión de servidumbres, se prescinde de las discriminaciones clásicas de servidumbres positivas o negativas y continuas o discontinuas, para sentar unas reglas más precisas en base de la distinción entre servidumbres aparentes o no aparentes, conservando respecto de estas últimas, además, la presunción de prescripción adquisitiva por posesión inmemorial.

El retracto de abolorio o derecho «de la saca» se reduce a los inmuebles que han permanecido en la familia durante dos o más generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente. Y se ha limitado la atribución de este derecho a los parientes colaterales hasta el cuarto grado. Se ha incluido una norma de arbitrio judicial para moderar equitativamente el ejercicio de este derecho. Adoptará la forma de retracto si no ha habido previo ofrecimiento en venta, según otra norma que se propone. Y ha parecido prudente fijar un plazo de caducidad de dos años a contar de la enajenación.

Pero, por otra parte, la regulación de las relaciones de vecindad y las servidumbres sigue siendo extremadamente fragmentaria lo que obliga a hacer remisiones constantes al Código civil para completarla. Es una regulación muy escasa y su aplicación práctica está necesitada de una tarea interpretativa de cierta dificultad.

En efecto, salvo en el caso del derecho de abolorio que es una figura no contemplada en el Derecho supletorio, la regulación de las materias de las que se ocupa la Compilación es claramente insuficiente. Es mucho más lo que indican los epígrafes que la regulación efectivamente existente. Así en materia de relaciones de vecindad sólo se habla de la inmisión de raíces y ramas y del régimen normal de luces y vistas, siendo obvio que el epígrafe permite aludir a otras muchas materias; lo mismo sucede con las servidumbres, en cuyo título sólo se aborda la de luces y vistas, la cuestión general de la usucapión, así como la alera foral y los «adempros». Estos últimos pueden ser comunidades o servidumbres. Sobre los contratos de ganadería sólo se indican las normas supletorias, no regulando ni aludiendo a ningún aspecto ni modalidad de tales contratos.

Veamos ahora cómo se ha gestado la reforma de 2010-11.

III. CUARTA Y ÚLTIMA REFORMA DEL DERECHO COMPILADO: LA REFORMA DEL DERECHO PATRIMONIAL

1. PREPARACIÓN POR LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL

A) *Inicio del final de la etapa comenzada en 1996.* Desde 1996 la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, órgano consultivo de la DGA, se ha venido encargando de preparar, en fase técnica, sucesivas reformas legales para actualizar, reformular y desarrollar el Derecho contenido en la Compilación. Primero preparó la Ley de sucesiones por causa de muerte (1999), luego la de régimen económico matrimonial (2003) y después la de Derecho de la persona (2006)²⁷.

En enero de 2008, en la primera sesión de la VII Legislatura²⁸, la Comisión tiene la impresión de estar llegando al final de una etapa que iniciada en 1996 con la *Ponencia General sobre Objetivos y Método para una política legislativa en materia de Derecho civil de Aragón* le ha permitido ir revisando casi todas las materias de la Compilación, reformularlas y adaptarlas a la realidad social con textos coherentes e inteligibles por sí mismos sin necesidad de acudir al Derecho supletorio, todo ello de conformidad con los criterios fijados en dicha Ponencia General. Para culminar el Plan de trabajo formulado en 1996 queda algo que en términos relativos, comparándolo con lo ya hecho, no es mucho.

Quedan por revisar y desarrollar los Libros III y IV de la Compilación sobre Derecho de bienes y Derecho de obligaciones, respectivamente, integrados por un total de 11 preceptos. Es más el contenido de Derecho de bienes (relaciones de vecindad y servidumbres) que el de obligaciones (derecho de abolorio y contratos sobre ganadería). En materia de Derecho de bienes la tarea a realizar es también algo más complicada y de una mayor trascendencia práctica, pues son muchas las sentencias que recaen sobre estas materias de luces y vistas y servidumbres. Son materias que, sin duda, permiten un mayor desarrollo y que, además, tienen un planteamiento base que no coincide con el del Código civil.

La Comisión considera también que, al final de los trabajos que ahora se inician, todas las reformas de esta etapa que se cierra, así

²⁷ En la *Revista de Derecho Civil Aragonés*, XV, 2009, pp. 470-478, se publican las noticias de la situación y trabajos de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil que han conducido a la reforma del Derecho civil patrimonial. Me sirvo aquí de lo allí dicho.

²⁸ De 16 enero 2008: Acta 225.

como el Título preliminar de la Compilación, se recogerán en un solo texto, un texto refundido del Derecho civil de Aragón, sin prejuzgar con qué nombre, e incluyendo en él también a las parejas de hecho. Pero cree preferible separar los trabajos en dos fases: una para preparar la reforma del Derecho patrimonial y otra para preparar el texto refundido del Derecho civil de Aragón.

Para la reforma del Derecho patrimonial la Comisión estima que puede ser muy positivo pedir a profesores especialistas en los concretos campos que aborda la Compilación que preparen un borrador de texto articulado acompañado de una memoria explicativa de las novedades que proponen que pueden ser introducidas en la reforma. Para las materias propias del Derecho de bienes se piensa en el Profesor José Luis Argudo Périz, que hizo su tesis doctoral, bajo la dirección del Profesor Delgado, sobre el artículo 146 de la Compilación (alera foral y adempríos) y es un consumado especialista en Derechos reales en Aragón, y para el derecho de abolorio, la especialista que la Comisión propone es la Profesora Aurora López Azcona, que recientemente ha publicado un grueso volumen sobre el derecho de abolorio que ha sido también su tesis doctoral.

La Comisión no descarta sin más la posibilidad de regular otras materias de Derecho patrimonial conexas pero distintas de las contenidas en la Compilación. Pero no considera conveniente hacer encargos externos sobre tales materias, de modo que tendrán que ser los vocales que quieran expandir el actual ámbito del Derecho aragonés quienes tendrán que hacer las oportunas propuestas al respecto. Lo que la Comisión quiere en estos momentos es concluir la etapa iniciada en 1996, terminando la pequeña reforma pendiente y hacer las cosas de forma que en el futuro se pueda seguir desarrollando nuestro Derecho.

El Gobierno de Aragón, en sesión celebrada el 30 de enero de 2008, acordó encomendar a la CADC la elaboración de un texto articulado de reforma de los Libros III y IV de la Compilación y seguidamente la refundición en un solo cuerpo legal de todo el Derecho civil de Aragón; también aprobó la contratación de la colaboración solicitada a los profesores Argudo y López²⁹.

²⁹ La Composición de la CADC que ha preparado la reforma del Derecho civil patrimonial es la siguiente: Don Jesús Delgado Echeverría (Catedrático de Derecho civil), presidente, don Adolfo Calatayud Sierra (Notario), don José Luis Batalla Carilla (Registrador), don Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo (Abogado), don José García Almazor (Registrador), doña María-Ángeles Parra Lucán (Catedrática de Derecho civil), don David Arbués Aísa (Abogado), don José Manuel Enciso Sánchez (Notario), don Rafael Santacruz Blanco (Abogado del Estado) y don José-Antonio Serrano García (Profesor Titular de Derecho civil), Secretario.

B) *Reforma del derecho de abolorio y de los contratos sobre ganadería*. Ese mismo día³⁰ la Comisión debate las ideas generales para la reforma de los libros III y IV de la Compilación presentadas por cada uno de sus miembros que, en líneas generales, son en su mayoría partidarios de limitarse a desarrollar lo necesario las instituciones contenidas en la Compilación. Al término de la sesión se decide que para continuar con el trabajo es prudente disponer de los textos de las Ponencias encargadas para debatir sobre los mismos, mediante enmiendas y sugerencias, por lo que la Comisión no volverá a reunirse hasta que las Ponencias externas hayan sido entregadas.

La Memoria y el texto articulado sobre el derecho de abolorio fue entregada por la profesora López Azcona a finales de mayo. La Memoria propiamente dicha se extiende a lo largo de 104 páginas, le sigue la propuesta de texto articulado y un anexo normativo. Se proponen un total de 11 artículos³¹. En la sesión de 18 de junio de 2008³², la Comisión considera que tanto la Memoria como el texto articulado sobre el derecho de abolorio están muy bien y que pueden facilitar mucho su tarea. Están hechos con la idea de aclarar cosas, acotar problemas, ofrecer soluciones, en ocasiones varias, para que la Comisión tenga fácil tomar decisiones. En esa misma sesión la Comisión empieza a trabajar esta materia. Ya han formulado enmiendas por escrito algunos miembros de la Comisión (don David Arbués Aísa, don Adolfo Calatayud Sierra y don José Antonio Serrano García).

Antes de las vacaciones de verano la Comisión se reúne en dos ocasiones más (cada dos semanas)³³, en la segunda don José Manuel Enciso Sánchez presenta una enmienda al artículo 4 sobre enajenaciones, y en estas sesiones quedan inicialmente aprobados los artículos 1 a 5-1 (*Concepto, Bienes de abolorio, Titulares del derecho, Enajenaciones, Cuota indivisa*). Las sesiones se reanudan en el mes de septiembre³⁴, y con las enmiendas de don Adolfo Calatayud Sierra, don José Luis Batalla Carilla, don David Arbués Aísa y doña María Ángeles Parra Lucán se aprueban los artículos 5 (*Cuota indivisa. Pluralidad de bienes*) y 6 (*Plazos de ejercicio*); el apartado 3 del artículo 6, para el que presenta enmienda don José

³⁰ Sesión de 30 de enero de 2008: Acta 226.

³¹ Sus epígrafes son los siguientes: «Concepto. Objeto. Legitimación pasiva» (art. 1), «Estatuto aplicable» (art. 2), «Titularidad» (art. 3), «Enajenaciones» (art. 4), «Cuota indivisa. Pluralidad de bienes» (art. 5), «Plazos de ejercicio» (art. 6), «Presupuestos de admisibilidad de las demandas» (art. 7), «Efectos» (art. 8), «Renuncia» (art. 9), «Concurso de derechos de adquisición preferente» (art. 10) y «Prohibición de abuso de derecho» (art. 11).

³² *Vid.* Acta 227.

³³ Los días 2 de julio (Acta 228) y 16 de julio (Acta 229).

³⁴ El 17 de septiembre (Acta 230).

Luis Batalla Carilla, se debate y aprueba en la sesión siguiente³⁵ en la que se inicia también el debate del artículo 7 (*Presupuestos de admisibilidad de las demandas*) y sus enmiendas (de los vocales Arbués, Calatayud y Enciso), pero sólo se aprueba en ella su apartado 2, si bien se hace ya una primera aproximación al contenido del artículo 8 sobre *efectos del derecho de abolorio* y a la enmienda presentada por don Adolfo Calatayud Sierra.

El debate sobre la regulación del derecho de abolorio continúa en la sesión del día 22 de octubre de 2008³⁶ en la que se debaten enmiendas de doña María Ángeles Parra Lucán, don José Antonio Serrano García y don Adolfo Calatayud Sierra, se aprueban los apartados 1 y 2 del artículo 8 (Efectos) y se da nueva redacción al 7 que pasa a titularse «*requisitos de ejercicio del derecho de abolorio*»; en la sesión siguiente³⁷ se debaten enmiendas de don Adolfo Calatayud Sierra, don David Arbués y don José Manuel Enciso Sánchez, se aprueba el apartado 3 del artículo 8 y se prescinde del 4, se aprueban los artículos 9 (*Renuncia*) y 10 (*Concurso de derechos de adquisición preferente*) y se suprime el artículo 11 (*Prohibición de abuso de derecho*) porque aunque se elimina la facultad moderadora de los Tribunales contenida en la Compilación no parece necesario decir nada en su lugar. La sesión del día 19 de noviembre³⁸ se dedica a la revisión del texto aprobado sobre el derecho de abolorio y en ella, a partir de las propuestas presentadas por don José Manuel Enciso Sánchez, don Rafael Santacruz Blanco, don Adolfo Calatayud Sierra y don Jesús Delgado Echeverría, se modifican los artículos 1, 2-1, 6-3, 8 y 9, asimismo tiene lugar un debate inicial sobre la Memoria presentada por la profesora López Azcona sobre contratos de ganadería.

El único artículo propuesto por la Ponencia para la regulación de los contratos sobre ganadería, en sustitución del artículo 153 Comp., se aprueba, con el título de «normas supletorias», en la sesión siguiente³⁹, en la que se inicia ya el debate de la regulación del Derecho de bienes.

C) *Reforma de las relaciones de vecindad en materia de luces y vistas*. La Memoria sobre la reforma del Libro III de la Compilación del Derecho civil de Aragón («Derecho de bienes»), elaborada por el Profesor José Luis Argudo Pérez por encargo de la Diputación General de Aragón fue entregada en junio de 2008. Está dividida en dos partes: la primera se ocupa de las relaciones de vecin-

³⁵ De 1 de octubre: Acta 231.

³⁶ Vid. Acta 232.

³⁷ Del día 5 de noviembre (Acta 233).

³⁸ Vid. Acta 234.

³⁹ Del día 3 de diciembre (Acta 235).

dad y la segunda de las servidumbres. La Memoria incluye una propuesta de texto articulado que consta de 26 artículos. La Memoria y el texto articulado gustan a los miembros de la Comisión porque están muy bien trabajados y constituyen una base sólida y bien fundada para su trabajo. Algunos vocales creen que se queda algo corta y, de hecho, con los trabajos de la CADC el articulado del Derecho de bienes pasa de los 26 artículos de la ponencia a los 51 del Anteproyecto de Ley.

En la indicada sesión del día 3 de diciembre⁴⁰ hay un debate inicial sobre las *disposiciones generales en materia de relaciones de vecindad*⁴¹ y las enmiendas a ellas presentadas por don David Arbués Aísa y don Adolfo Calatayud Sierra que sirve para tomar conciencia de lo difícil que resulta abordar su regulación. La regulación de las relaciones de vecindad presenta, sin duda, una mayor dificultad técnica que la de las servidumbres, y la complicación es mayor si se pretende de entrada abordar la confección de unas disposiciones generales. Por ello se acuerda prescindir de momento de las disposiciones generales, abordar primero las importantes cuestiones concretas y luego ya se verá si hacen falta disposiciones generales. Se considera que lo oportuno es abordar primero el Capítulo segundo y dentro de él empezar por la sección segunda (*Medianería. Luces y vistas*), de manera que el próximo día el debate comenzará por el artículo 5 de la ponencia.

En la sesión siguiente⁴², última del año 2008, se debaten los artículos 5 (*paredes en medianería*) y 6 (*Régimen normal de luces y vistas*) de la Ponencia, junto con las enmiendas a ellos presentadas por don David Arbués Aísa y don José Antonio Serrano García; el primero se suprime y se completa la regulación del segundo; además se aprueba un artículo 6 bis sobre *huecos en pared medianera*. En la primera sesión del año 2009⁴³, en la que don David Arbués Aísa presenta nuevo escrito de enmiendas, se aprueba el artículo 7 (*Protecciones*) y se debate el 8 (*Derecho a edificar o construir*), que será aprobado, tras debatir las enmiendas presentadas por don Adolfo Calatayud Sierra y don José García Almazor,

⁴⁰ Vid. Acta 235.

⁴¹ El Título primero del texto articulado se ocupa en los 8 primeros artículos de *las relaciones de vecindad* y se halla dividido en dos capítulos; el primero incluye dos artículos con *disposiciones generales* (arts. 1 y 2: «Del uso adecuado de los fundos y las relaciones de vecindad», «Reglas de las relaciones de vecindad») y el segundo (*Árboles y plantaciones. Luces y vistas*), en dos secciones, dedica dos artículos a *árboles y plantaciones* (arts. 3 y 4: «Inmisión de raíces y ramas», «Plantaciones») y cuatro a *la medianería y las luces y vistas* (arts. 5 a 8: «Paredes en medianería», «Régimen normal de luces y vistas», «Protecciones», «Derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir»).

⁴² Del día 17 de diciembre de 2008 (Acta 236).

⁴³ Del día 14 de enero de 2009 (Acta 237).

en la sesión siguiente⁴⁴, sesión en la que se inicia el debate del Título segundo de la Ponencia, sobre las servidumbres, que contiene un total de 18 artículos divididos en cuatro Capítulos⁴⁵.

D) *Reforma de las servidumbres: Disposiciones generales; Luces y vistas*. En esa primera sesión dedicada a las servidumbres, la enmienda presentada por don José Manuel Enciso Sánchez, que propone la supresión de los artículos 9, 10, 11, 16, 17, 18, 20, 21 y 22 de la Ponencia, recibe dos votos a favor y siete en contra. Es mayoritaria la idea de que la Comisión no debe limitarse a regular sólo diferencias o excepciones sino que debe tratar de construir un sistema general de servidumbres aragonés, que evite las remisiones al Código civil e incorpore a nuestra Ley reglas acordes con los principios generales que informan el Derecho aragonés.

En la sesión del día 11 de febrero de 2009⁴⁶ comienza el debate del articulado de la Ponencia sobre servidumbres. El artículo 9 lleva por título «concepto y contenido del derecho de servidumbre» y consta de 6 apartados. Don José Antonio Serrano García presenta un escrito de enmiendas de modificación y adición al artículo 9 de la Ponencia, en el que propone dividir su contenido en varios artículos, así como completarlo en lo necesario para que queden desplazados por completo los artículos 530 a 535 CC (*clases de servidumbres sobre fincas*) y 543 a 545 CC (*derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente*). Se aprueban, a partir del texto de la enmienda, los artículos 9.1.1 (*Concepto*), 9.1.2 (*Servidumbres positivas y negativas*), 9.2 (*Caracteres*), 9.2.A (*Indivisibilidad*), 9.3 (*Ejercicio «civiliter»*), 9.4 y 5 (*Derechos y obligaciones de los titulares de las fincas*) y 9.6 (*Variación de la servidumbre*).

⁴⁴ De 28 de enero (Acta 238).

⁴⁵ El primero, de *disposiciones generales*, dividido a su vez en tres Secciones: La Sección primera, bajo el título «*De las servidumbres y su constitución*», incluye los artículos 9 a 11 («Concepto y contenido del derecho de servidumbre», «Constitución», «Servidumbre sobre finca propia»). La Sección segunda se dedica a la usucapión de servidumbres, y se desarrolla en los artículos 12 a 15 («Clasificación a efectos de usucapión», «Usucapión de las servidumbres aparentes», «Usucapión de las no aparentes», «Usucapión de treinta años»). La Sección tercera lleva por título *De la modificación y extinción de las servidumbres* y contiene los artículos 16 a 18 («Extinción de la servidumbre», «La extinción y el restablecimiento de las servidumbres forzosas», «Modificaciones de las fincas y extinción de la servidumbre»).

El Capítulo segundo se refiere a la *servidumbre de luces y vistas*, en un solo artículo, el 19 («Luces y vistas»).

El tercero trata de las *servidumbres forzosas*, en los artículos 20 a 22 («Constitución o modificación por Ley», «Servidumbre de paso», «Servidumbre de acceso a una red general»).

Finalmente el Capítulo cuarto regula los *derechos de pastos y adempios*: artículos 23 a 26 («Mancomunidades de pastos y adempios», «Alera foral», «Servidumbres de pastos», «Ademprios»).

⁴⁶ *Vid.* Acta 239.

El artículo 10 de la Ponencia trata de la constitución de las *servidumbres*. Don José Antonio Serrano García presenta un escrito de enmiendas de modificación y adición al artículo 10 con la finalidad de completar la regulación de la constitución de servidumbres, de manera que, teniendo en cuenta lo que está previsto decir sobre usucapión de servidumbres, dejen de aplicarse supletoriamente los artículos 537 a 542 CC (*modos de adquirir las servidumbres*) y 594 a 599 CC (*servidumbres voluntarias*). Sobre este texto incide la enmienda de don Adolfo Calatayud Sierra. En la sesiones siguientes⁴⁷, sobre los textos de las enmiendas, se aprueban los artículos 10.A (*Constitución*), 10.B (*Constitución forzosa de servidumbres*), 10.1.A (*Constitución de las servidumbres negativas*), 10.2 (*Legitimación*), 10.2.A (*Servidumbre sobre finca indivisa*) y 10.3 (*Contenido de las servidumbres*), 10.3.A (*Liberación de cargas*), 11.1 (*Servidumbre sobre finca propia*) y 11.2 (*Constitución por signo aparente*).

En la sesión del día 25 de marzo de 2009⁴⁸, por enmiendas de don José Antonio Serrano García y don Adolfo Calatayud Sierra se adiciona el artículo 9.1.2 que pasa a estar referido a todas las *clases de servidumbres*. Se entra en la Sección sobre la *usucapión de las servidumbres*, se debate la enmienda de don José Antonio Serrano García y se aprueban los artículos 12 (*Usucapión de las servidumbres aparentes*), 13 (*Usucapión de las no aparentes*) y 14 (*Cómputo del tiempo*), los dos primeros con el texto de la ponencia; en la misma sesión se inicia el debate de la Sección sobre *modificación y extinción de las servidumbres*, sobre textos de ponencia y las enmiendas presentadas por don José Antonio Serrano y don Adolfo Calatayud Sierra, con aprobación de parte del artículo 15 (*Causas de extinción*). En la siguiente sesión⁴⁹, por el mismo procedimiento, se completa el artículo 15, se suprime el artículo 17 de la Ponencia (*La extinción y el restablecimiento de las servidumbres forzosas*), se aprueba el artículo 16 (*Extinción por modificación de las fincas*), se adicionan los artículos 17 (*Prescripción de la forma de ejercicio*) y 18 (*Prescripción extintiva sobre finca en comunidad*), y se debate el Capítulo II de la Ponencia dedicado a las servidumbres de luces y vistas (art. 19), al que don José Antonio Serrano García ha presentado escrito de enmiendas de modificación y adición: se aprueban los artículos 19.1 (*Signos aparentes*), 19.1.A (*Usucapión*), 19.2 (*Voladizos*) y 19.3 (*Efectos*).

⁴⁷ De 25 de febrero (Acta 240) y 11 de marzo de 2009 (Acta 241).

⁴⁸ *Vid.* Acta 242.

⁴⁹ De 22 de abril de 2009 (Acta 243).

En la sesión del día 13 de mayo de 2009⁵⁰ se retoca el apartado 1 del artículo 16, se añade en sede de relaciones de vecindad un artículo (el 6-1) sobre *toma de medidas*, y se acomete la reordenación sistemática de los preceptos aprobados para el capítulo primero sobre *disposiciones generales* en materia de servidumbres⁵¹.

E) *Regulación de servidumbres forzosas; reforma de los derechos de pastos y ademprios*. En esa misma sesión se inicia el debate del Capítulo III de la Ponencia dedicado a las *servidumbres forzosas* (arts. 20 a 22): el artículo 20 (*constitución y modificación por ley*) resulta innecesario reiterarlo aquí porque su contenido ya ha sido incluido en la Sección de constitución de servidumbres (art. 10.B); la regulación propuesta para las servidumbres forzosas no es completa y está referida únicamente a las servidumbres de paso y de acceso a red general, por lo que puede ser preferible no agrupar la regulación de estas concretas servidumbres forzosas en un Capítulo titulado servidumbres forzosas, porque podría hacer pensar que en Aragón sólo existen esas servidumbres forzosas.

En la sesión del día 27 de mayo de 2009⁵² se debate el artículo 21 de la Ponencia (*Servidumbre de paso*) y las enmiendas de modificación y adición presentadas por José Antonio Serrano García: se aprueban los artículos 21.1 (*Servidumbre de paso*), 21.2 (*Indemnizaciones*), 21.3 (*Constitución por partícipe o transmitente*) y el apartado 1 del 21.A (*Desaparición de la necesidad de paso*). En la sesión siguiente⁵³ se aprueba el apartado 2 del artículo 21.A, el artículo 21.B (*Paso por razón de obras*) y a continuación se inicia el debate del artículo 22 de la Ponencia sobre la *servidumbre de acceso a una red general* y la enmienda presentada al mismo por don Adolfo Calatayud Sierra: se aprueba el artículo 22 que integrará el Capítulo IV titulado «Servidumbre forzosa de acceso a red general»; el Capítulo III pasa a titularse «Servidumbre forzosa de paso».

En la misma sesión comienza el debate del Capítulo IV de la Ponencia (que será el V del Anteproyecto) sobre *Derechos de pastos y ademprios* (arts. 23 a 26), así como las consideraciones generales formuladas por don José Manuel Enciso Sánchez y la propuesta sobre estructura de la regulación hecha por José Antonio Serrano García; se constata la existencia de servidumbres persona-

⁵⁰ Vid. Acta 244.

⁵¹ El Capítulo I queda estructurado así: Sección primera: *Concepto, clases y caracteres*: Artículos 9.1.1 a 9.2.A; Sección 2.ª: *Contenido de las servidumbres*: Artículos 10.3, 9.3, 9.4 y 5, 10.3.A y 9.6; Sección 3.ª: *Constitución de las servidumbres*: Artículos 10.A, 10.B, 10.2, 10.2.A, 11.1 y 11.2; Sección 4.ª: *Usucapión de las servidumbres*: Artículos 12, 13 y 14; Sección 5.ª: *Extinción y modificación de las servidumbres*: Artículos 15, 16, 17 y 18.

⁵² Vid. Acta 245.

⁵³ Del día 17 de junio de 2009 (Acta 246).

les en Aragón, pero no se cree necesario regularlas como una extensión de los adempríos, siendo bastante a tal efecto con dejar clara la aplicación supletoria del Código civil, para seguidamente acometer la revisión de lo dicho en la Compilación en materia de pastos y adempríos. Para dejar constancia de la existencia de servidumbres personales, de las que los adempríos son un ejemplo, en la sesión de 1 de julio de 2009⁵⁴, tras debatir las enmiendas de don José Antonio Serrano García y don José Manuel Enciso Sánchez, se incluye un artículo 9.2.A. bis (*Servidumbres personales*) al final de la Sección primera del Capítulo primero. El Capítulo V se divide en dos Secciones, una para las servidumbres y otra para las comunidades, en ambos casos de pastos y adempríos. En la Sección primera se aprueban, a la vista de los escritos de don José Antonio Serrano García y don José Manuel Enciso Sánchez, el artículo 23 (Alera foral), el 24 (*Servidumbres de pastos*) y el 25 (*Adempríos*). En la misma sesión se entra en la Sección 2.^a y, siguiendo el orden propuesto por don José Antonio Serrano García, se aprueban los artículos 26 (*Comunidad en mancomún*), 27 (*Comunidad pro diviso*) y 28 (*Régimen común*).

F) *Reforma de las relaciones de vecindad: Árboles y plantaciones; Construcciones; Aguas pluviales; Disposiciones generales.* En materia de relaciones de vecindad faltaban de debatir los artículos 3 y 4 de la Ponencia, integrantes de una Sección titulada *Árboles y plantaciones* y los dos artículos iniciales de *Disposiciones generales*. En la sesión siguiente⁵⁵ don José-Antonio Serrano García presenta escrito con enmiendas de adición en materia de relaciones de vecindad. En dicha sesión se aprueban los artículos 3 (*Inmisión de raíces y ramas*) y 4 (*Plantaciones*), y comienza el debate de las enmiendas de adición, que continúa en la sesión del día 7 de octubre de 2009⁵⁶, en la que se aprueba el artículo 4-A (*Árboles que amenazan caerse*), se lleva al título primero, como artículo 5.A, el anterior artículo 21.B (*Paso por razón de obras*) y se aprueban los artículos 5.B (*Uso de pared medianera*) y 5.E (*Paso natural del agua pluvial*), todas ellas normas que disciplinan algunos particulares conflictos entre vecinos.

Terminado el debate de la enmienda de adición, se vuelve a debatir sobre las *Disposiciones generales* de las relaciones de vecindad: artículos 1 y 2 de la Ponencia. Hay enmiendas de don David Arbués Aísa y don Adolfo Calatayud Sierra presentadas al principio de los debates sobre el Derecho de bienes y ahora⁵⁷ las

⁵⁴ Vid. Acta 247.

⁵⁵ Del día 16 de septiembre de 2009 (Acta 248).

⁵⁶ Vid. Acta 249.

⁵⁷ En la sesión de 21 de octubre de 2009 (Acta 250).

presentan también don José Manuel Enciso Sánchez, don José Luis Batalla Carilla, don José Antonio Serrano García y don Jesús Delgado Echeverría; en la sesión de 21 de octubre se aprueba el artículo 1 (*Del uso inocuo de la posesión ajena*) y se debaten el resto de textos propuestos; en la sesión siguiente⁵⁸ se aprueban los artículos 2 (*Del uso adecuado de los fundos*) y 2 bis (*Relaciones de vecindad*), además se acuerda invertir el orden de los tres preceptos de disposiciones generales.

En la sesión de 4 de noviembre se debate también el escrito de enmiendas de adición de *disposiciones generales de Derecho patrimonial* presentado por José Antonio Serrano García, que propone añadir unos preceptos iniciales sobre «bienes», «Libertad de crear y modificar derechos reales», «transmisión de los derechos reales» y «Libertad de contratación»⁵⁹. Presentan escritos en contra de su toma en consideración don José Manuel Enciso Sánchez y don Adolfo Calatayud Sierra; en el debate doña M.^a Ángeles Parra Lucán presenta enmienda a la totalidad pidiendo que no se tome en consideración el escrito de enmiendas de adición, enmienda a la totalidad que resulta aprobada por 6 votos a favor, 2 en contra y 2 abstenciones.

G) *Parte final. Revisión del texto aprobado. Exposición de motivos.* En dicha sesión termina el debate del texto articulado: han resultado aprobados en total 64 artículos. Falta reagrupar y reenumerar los artículos aprobados, pensar las disposiciones finales de la Ley y la exposición de motivos. Todo puede ser objeto de una única Ley titulada *Ley de Derecho patrimonial*. También parece preferible tramitar primero esta Ley y en una de sus disposiciones finales autorizar al Gobierno de Aragón para que haga la refundi-

⁵⁸ Del día 4 de noviembre (Acta 251).

⁵⁹ Los artículos propuestos eran los siguientes:

Artículo 1. Bienes.

Los bienes inmuebles se denominan también raíces o sitios.

Artículo 2. Libertad de crear y modificar derechos reales

Los otorgantes podrán, en escritura pública, crear nuevos derechos reales, así como modificar la configuración de los derechos reales tipificados en las leyes, sin más límites que los generales del principio *standum est chartae*.

Artículo 3. Transmisión de los derechos reales.

1. En la transmisión de los derechos reales han de respetarse las formalidades establecidas por las leyes para su validez.

2. Es válido e inscribible el instrumento público mediante el cual se transmite el dominio de un inmueble sin expresar la causa.

Artículo 4. Libertad de contratación.

Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, sin más límites que los generales del principio *standum est chartae*.

ción de todas las leyes civiles, incluida esta última, texto refundido que podría llamarse *Código del Derecho civil de Aragón*.

Las *disposiciones transitorias*, la primera sobre aplicación inmediata de la Ley y la segunda sobre el *derecho de abolorio*, la *disposición derogatoria* y las disposiciones finales (una con la autorización al Gobierno para la refundición del texto de las Leyes civiles, y otra sobre entrada en vigor) se aprueban en la sesión del día 18 de noviembre de 2009⁶⁰ a partir de los textos presentados por don José Antonio Serrano García y don Rafael Santacruz Blanco.

Las siguientes sesiones se dedican a la *revisión del texto aprobado*: en la primera⁶¹ se modifica la redacción del artículo 1 (*Relaciones de vecindad*) y se hacen algunas pequeñas modificaciones en otros preceptos hasta el 21. Se acuerda que la denominación del Anteproyecto puede ser *Ley de Derecho civil patrimonial*. En el Título primero quedan fijados los Capítulos: Primero: *Disposiciones generales*; II: *Árboles y plantaciones*; III: *Construcciones*; IV: *Aguas Pluviales* y V: *Luces y vistas*. Las mejoras de redacción continúan en la sesión del día 16 de diciembre de 2009⁶², en la que se reordenan los artículos de la Sección tercera del Capítulo primero del Título de las servidumbres, se retoca el apartado 2 del artículo dedicado a la *servidumbre sobre finca propia* y se revisan los demás hasta el 49. En la última sesión⁶³ se termina la revisión del texto aprobado, el artículo referido tanto al *derecho de abolorio sobre cuota indivisa* como al derecho de abolorio en la enajenación de una *pluralidad de inmuebles* se desdobra en dos, de modo que el texto articulado pasa a tener un total de 65 preceptos; se revisan también las disposiciones transitorias, la derogatoria y las finales: en la final segunda se indica que la Ley entrará en vigor el 23 de abril de 2010, pero la fecha se sigue dejando entre corchetes porque no hay seguridad de que pueda ser así.

Por último, en dicha sesión, se debate y aprueba la *exposición de motivos* redactada por el Presidente de la Comisión y se da por terminado el *Anteproyecto de Ley de Derecho civil patrimonial*. Dos años ha sido el tiempo empleado por la CADC en su preparación (del 16 de enero de 2008 al 13 de enero de 2010), un total de treinta y una sesiones de trabajo (Actas 225 a 255, ambas incluidas) de dos horas de duración cada una.

El 20 de enero de 2010, don Jesús Delgado Echeverría y don José Antonio Serrano García, Presidente y Secretario de la Comisión, hacen entrega del Anteproyecto al Consejero de Presidencia

⁶⁰ Vid. Acta 252.

⁶¹ De 2 de diciembre de 2009 (Acta 253).

⁶² Vid. Acta 254.

⁶³ De 13 de enero de 2010 (Acta 255).

del Gobierno de Aragón, don Javier Velasco Rodríguez. En el Consejo de Gobierno del día 26 de enero se aprueba, sin ninguna modificación sobre el texto preparado por la Comisión, el *Proyecto de Ley de Derecho civil patrimonial* que se envía seguidamente a las Cortes de Aragón para su tramitación parlamentaria.

2. TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

A) *Proyecto de Ley, Propuestas del Justicia y Observaciones del Colegio Notarial*. Por acuerdo de la Mesa de las Cortes, en sesión celebrada el día 18 de febrero de 2010, se ordena la remisión a la Comisión Institucional y la publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón* (BOCA) del *Proyecto de Ley de Derecho civil patrimonial*, el cual se tramitará por el procedimiento legislativo común.

El BOCA núm. 203, de 22 de febrero de 2010, publica el Proyecto de Ley y abre un plazo de 15 días, que finaliza el 15 de marzo de 2010, para presentar enmiendas al mismo. Plazo que, a solicitud del G.P. Chunta Aragonesista (CHA), se prorroga durante otros 15 días, por lo que el plazo de presentación de enmiendas finaliza el día 5 de abril de 2010⁶⁴.

Antes de la presentación de las enmiendas, el *Justicia de Aragón* hizo llegar a los Grupos Parlamentarios unas *Propuestas* sobre el Proyecto de Ley de Derecho civil patrimonial que, resumidamente, eran las siguientes⁶⁵:

1. Supresión del artículo 3 sobre el *uso inocuo de la posesión ajena* o bien su regulación en términos que garanticen la correcta protección de las dos partes afectadas en igualdad de condiciones.

2. Mantener expresamente, junto al conocimiento de la enajenación por el retrayente, la fecha de inscripción de la enajenación en el Registro de la Propiedad, como momento de inicio del plazo de ejercicio del derecho de abolorio como retracto.

3. Reintroducir la facultad de los Tribunales de moderación equitativa del ejercicio del derecho de abolorio contenida en el artículo 149.2 Comp.

De manera similar, el *Colegio Notarial de Aragón* trasladó a los responsables políticos unas *Observaciones* al Proyecto de Ley de Derecho civil patrimonial que, en resumen, proponen⁶⁶:

⁶⁴ Vid. BOCA núm. 206, de 10 de marzo de 2010.

⁶⁵ Las publica la RDCA, XVI, 2010.

⁶⁶ Las publica la RDCA, XVI, 2010.

1. Suprimir el artículo 3 sobre el *uso inocuo de la posesión ajena*, porque es preferible que el *ius usus inocui* siga siendo una figura consuetudinaria.

2. Sobre el derecho de abolorio:

a) Limitar los bienes de abolorio a los inmuebles de naturaleza rústica y los edificios *destinados a vivienda que se transmitan enteros*.

b) Exigir un tiempo de permanencia en la familia y que el bien haya pasado por más de una generación para que pueda tener la condición de bien de abolorio.

c) Contar el plazo de ejercicio del derecho de abolorio como retracto a partir de la fecha de la inscripción del título en el Registro de la Propiedad o, en su defecto, del día en que el retrayente conoció la enajenación y sus condiciones esenciales.

d) Mantener la facultad moderadora de los Tribunales.

B) *Enmiendas, «Nota verbal» de la CADC e Informe de la Ponencia*. Estas propuestas y observaciones influyen decisivamente en las enmiendas presentadas por algunos Grupos Parlamentarios, especialmente en las del G.P. Popular. Se presentan 67 *enmiendas*⁶⁷: 57 del G.P. CHA, 7 del G.P. Popular y 3 de la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (G.P. Mixto); Los GG.PP. que apoyan al Gobierno (el Socialista y el del Partido Aragonés) no presentan ninguna enmienda.

La CADC, a petición de la Ponencia designada en la Comisión Institucional⁶⁸, hizo saber a los ponentes, mediante una «nota verbal», su valoración de las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley. Un buen número de enmiendas no se apartan del sistema y opciones principales del Proyecto, sino que tienden a mejorar aspectos concretos o a redactar las normas con mayor claridad y precisión, aunque, en opinión de la CADC, no siempre lo consiguen. Hay, por tanto, muchas enmiendas que, de ser asumidas por la Ponencia, no producirían problemas apreciables de coherencia sistemática ni de otra índole⁶⁹. Unas pocas enmiendas tienen simultáneamente la cualidad de entrañar opciones de política legislativa

⁶⁷ Las publica el *BOCA* núm. 214, de 13 de abril de 2010.

⁶⁸ *La Ponencia designada en la Comisión Institucional* para redactar el Informe sobre el Proyecto de Ley de Derecho civil patrimonial está integrada por los Diputados Sres. don Carlos María Tomás Navarro, del G.P. Socialista; don Manuel Guedea Martín, del G.P. Popular; doña Ana de Salas Giménez de Azcárate, del G.P. del Partido Aragonés; don Chesús Bernal Bernal, del G.P. CHA, y don Adolfo Barrena Salces, de la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón (G.P. Mixto). La Ponencia cuenta con el asesoramiento técnico de la letrada doña Carmen Agüeras.

⁶⁹ En concreto, las enmiendas que se incluyen en este apartado I son: 1, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 14, 15, 17, 19, 21, 22, 24, 26, 36, 37, 39, 43, 44, 49, 51, 53, 54, 57.

distintas a las recogidas en el Proyecto y la de, en caso de ser aprobadas, no producir consecuencias apreciables en el resto del Proyecto. Respecto de alguna de ellas las opiniones manifestadas en su momento por los miembros de la Comisión no fueron unánimes⁷⁰. El resto de las enmiendas entrañan opciones de política legislativa distintas, más o menos apartadas o contrapuestas a las del Proyecto, y, en ocasiones, su aprobación necesitaría un estudio cuidadoso de las consecuencias⁷¹.

La «Nota verbal» añade las siguientes Observaciones:

Enmienda núm. 11: Si se cambia el título del artículo 17, lo cual no parece necesario, convendría añadir el término «utilidad» («Utilidad, inseparabilidad y permanencia»).

Enmienda núm. 22: Creemos que basta con lo dicho en el artículo 26.

Enmienda núm. 24: En las normas que proceden de artículos del Código civil la Comisión ha preferido como regla general mantener el texto íntegro de tales artículos, para así, entre otras cosas, conservar la utilidad de la doctrina existente sobre ellos. Los textos del Código civil sólo se han alterado cuando ha parecido que había razones de fondo para cambiarlos.

Enmienda núm. 36: Resulta tan obvio que se considera mas elegante no añadir nada.

Enmienda núm. 37: Lo mismo sucede en esta enmienda.

Enmienda núm. 49: Lo propuesto en esta enmienda es materia ajena al contenido de esta Ley.

⁷⁰ Lista correspondiente al apartado II): 2, 3, 9 (apartados 1 y 2 del artículo 12 bis) 13, 16, 18.

Enmienda núm. 9: Preferimos que lo dicho en el artículo 40 (apartados 1 y 2 del artículo 12 bis propuesto por la enmienda) siga donde lo coloca el Proyecto porque la definición de «voladizos» es necesaria precisamente como signo aparente de servidumbre.

⁷¹ Lista correspondiente al apartado III): 4, 9 (apartado 3 del artículo 12 bis) 20, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 38, 40, 41, 42, 45, 46, 47, 48, 50, 52, 55, 56, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67.

Observaciones:

Enmienda núm. 4: Plantea cuestiones que desbordan el marco del Proyecto de Ley.

Enmienda núm. 9: Preferimos no decir nada sobre la acción para exigir la supresión de los voladizos no distanciados (apartado 3 del artículo 12 bis propuesto por la enmienda).

Enmienda núm. 20: Los efectos de la sustitución de los veinte años actuales por sólo diez no han sido calculados. Ciertamente «20» debe ponerse con letras.

Enmienda núm. 27: La redacción propuesta para el apartado 1 del artículo 55, en concreto la expresión «por enteros», no parece que se corresponda con la intención de la enmienda. Lo propuesto para el apartado 2 viene a coincidir con la enmienda núm. 30, que parece expresar mejor la finalidad de los enmendantes.

Enmienda núm. 28: La adición de «casa» produce problemas de interpretación. Por ello parece mejor no añadirlo.

Enmienda núm. 38. Viene a coincidir con la enmienda núm. 41 y está relacionada con la núm. 40.

Enmienda núm. 47: Como se expresa en la Exposición de Motivos tenemos la convicción de que, en cualquier caso, el derecho de abolorio no debe tener otros presupuestos, requisitos ni restricciones que los que la Ley establece, por lo que se prescinde de la referencia a la «moderación equitativa» por los Tribunales que la Compilación introdujo.

Enmienda núm. 48: Si se quiere abordar la regulación del contrato de integración ganadera es de desear una regulación más completa que la propuesta, lo que requiere de imprescindibles estudios previos. La introducción del artículo 65 del Proyecto trata precisamente de garantizar que el legislador aragonés pueda acometer cuando lo considere necesario una regulación moderna y acabada de estos contratos.

Enmienda núm. 50: La enmienda incide claramente en una cuestión simbólica en la que creemos que la propuesta del Proyecto es más adecuada.

Algunas de las principales modificaciones introducidas en el *Informe de la Ponencia*⁷², y que se mantendrán ya sin variación hasta el Pleno de las Cortes, son las siguientes:

1. Inclusión en el titulillo y en el texto del artículo 2, junto al término «inmuebles», de la expresión *sitios*⁷³.
2. Supresión del artículo 3 del Proyecto, del *uso inocuo de la posesión ajena*⁷⁴.
3. Traslado de la regulación de los *voladizos* desde el capítulo de las servidumbres de luces y vistas al de las relaciones de vecindad en materia de luces y vistas; además se otorga acción para exigir la supresión de los voladizos que contravengan las previsiones legales y se reitera la imprescriptibilidad de dicha acción⁷⁵.
4. Concentración de la regulación del *derecho a edificar o construir* en un solo artículo, suprimiendo el apartado último del artículo sobre «régimen normal de luces y vistas»⁷⁶.
5. Supresión del titulillo *servidumbres personales* y sustitución por el de *derechos reales de aprovechamiento parcial*⁷⁷.
6. Reunión en un mismo artículo, titulado *modificación de la servidumbre, del ius variandi* y la modificación en la forma de ejercicio de la servidumbre por usucapión o prescripción, suprimiéndose el artículo sobre *prescripción de la forma de ejercicio*⁷⁸.

Enmienda núm. 52: El sistema de numeración decimal de los artículos del Código es aparentemente más moderno, pero no se halla consolidado en el ámbito del Derecho civil. Es una cuestión que parece más prudente que se resuelva en sede técnica por el Gobierno al hacer la refundición.

⁷² El *Informe de la Ponencia* se publica en el *BOCA* núm. 259, de 19 de noviembre de 2010, y en el *BOCA* núm. 260, de 25 de noviembre de 2010, se corrigen algunos errores observados en la publicación del Informe de la Ponencia.

⁷³ Enmienda núm. 1, del G.P. CHA, aprobada por unanimidad.

⁷⁴ Enmienda núm. 3, del G.P. Popular, aprobada con el voto a favor de los GG. PP. enmendante, Socialista y del Partido Aragonés, y la abstención del G.P. Chunta Aragonesa y de la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida. Recordemos que Lo había pedido también el Justicia de Aragón y el Colegio Notarial de Aragón.

El texto suprimido decía así:

«Artículo 3. *Del uso inocuo de la posesión ajena.*

1. *Cualquiera puede hacer un uso inocuo de la posesión ajena. El propietario o poseedor podrá oponerse al mismo siempre que la prohibición no constituya un ejercicio antisocial del derecho de propiedad.*

2. *El uso inocuo no limita los derechos del titular del inmueble, ni atribuye a quien lo utiliza derechos sobre el mismo, ni fundamenta la adquisición de servidumbres.»*

⁷⁵ Enmienda núm. 9, del G.P. CHA, aprobada por unanimidad.

⁷⁶ Enmienda núm. 6, del G.P. CHA, aprobada por unanimidad.

⁷⁷ Enmienda núm. 13, del G.P. CHA, aprobada por unanimidad.

⁷⁸ Texto transaccional elaborado con la enmienda núm. 18, del G. P. CHA, aprobado por unanimidad.

7. Extensión del derecho de abolorio a los *descendientes del enajenante mayores de catorce años que sean titulares de bienes de abolorio de idéntica procedencia*⁷⁹.

8. Regulación más clara y con mayor detalle de los *plazos de ejercicio del derecho de abolorio*⁸⁰ y adición de la referencia a que el conocimiento de la enajenación y sus condiciones *puede tener lugar a través de los medios de información previstos en la legislación hipotecaria, en el caso de inscripción del título en el Registro de la Propiedad*⁸¹.

9. Mayor claridad en la regulación de los *requisitos de ejercicio del derecho de abolorio*, con expresión de la posibilidad de garantizar el precio mediante aval bancario o cheque conformado⁸².

10. Cambio del nombre del futuro Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas que de *Código del Derecho civil de Aragón* pasa a *Código del Derecho foral de Aragón*⁸³.

11. Adición de un apartado 3 a la Disposición Adicional 1.^a que permite elaborar el Texto Refundido utilizando «*la técnica de codificación y la sistemática más adecuadas para favorecer el mantenimiento actualizado del Código del Derecho Foral de Aragón en caso de incorporación de nuevos contenidos*»⁸⁴.

12. En la *refundición* se incluye también la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres⁸⁵.

Los cambios introducidos por la Ponencia conllevan, por la supresión del artículo 3 y la refundición de dos artículos en uno, una *reducción del número de artículos*: de los 65 del Proyecto se pasa a los 63 de la Ley.

C) *Dictamen de la Comisión y aprobación por el Pleno de las Cortes. El Dictamen de la Comisión Institucional coincide literalmente con el texto del Informe de la Ponencia*⁸⁶. *El Pleno de las Cortes*, en sesión celebrada los días 2 y 3 de diciembre de 2010,

⁷⁹ Texto transaccional elaborado con la enmienda núm. 31, del G.P. CHA, aprobado por unanimidad.

⁸⁰ Enmiendas 37 y 39, del G.P. CHA, aprobadas por unanimidad.

⁸¹ Texto transaccional elaborado con las enmiendas núms. 38, del G.P. Popular, 40, del G.P. CHA, y 41, de la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón, aprobado por unanimidad.

⁸² Enmiendas 43 y 44, del G.P. CHA, aprobadas por unanimidad.

⁸³ Enmienda núm. 50, del G.P. CHA, aprobada con los votos de los GG.PP. enmendante, Socialista, del Partido Aragonés y la Agrupación Parlamentaria Izquierda Unida de Aragón y la abstención del G.P. Popular.

⁸⁴ Texto transaccional elaborado con la enmienda núm. 52, del G.P. CHA.

⁸⁵ Corrección técnica aprobada por unanimidad.

⁸⁶ Se publica en el *BOCA* núm. 262, de 9 de diciembre de 2010.

*debate y vota el Dictamen de la Comisión institucional*⁸⁷ y el texto aprobado se convierte en la *Ley de Derecho civil Patrimonial*⁸⁸.

De las 67 enmiendas presentadas, solamente 19 han quedado vivas para el Pleno⁸⁹. En el debate plenario se dice que ésta ha sido una ley en la que ha primado el consenso y la actitud conciliadora de los parlamentarios y, de hecho, aunque se rechazan las enmiendas que quedaban vivas, toda la Ley (artículos, disposiciones, títulos, exposición de motivos, etc.) resulta aprobada sin ningún voto en contra y casi toda ella por unanimidad de los presentes. Los ponentes agradecen a la CADC la preparación del Anteproyecto de Ley y, por otra parte, se sienten orgullosos del consenso alcanzado y de haber contribuido al texto definitivo de esta Ley.

Los ponentes son conscientes de que se cierra una etapa importante, iniciada con la Ley de sucesiones, de desarrollo del Derecho contenido en la Compilación aragonesa, pero que con ello no se ha agotado la competencia en materia de Derecho civil aragonés, por lo que en la siguiente Legislatura va a iniciarse una nueva etapa en el desarrollo de nuestro Derecho privado⁹⁰.

3. CONTENIDO Y SISTEMÁTICA DE LA NUEVA REGULACIÓN

Ya se ha dicho antes que se mantienen los enunciados de los cuatro Títulos de la Compilación y su mismo orden, pero se suprime la división en libros.

⁸⁷ DISCA núm. 79, fascículo 1.º, de 2 y 3 de diciembre de 2010.

⁸⁸ La publica el BOCA núm. 262, de 9 de diciembre de 2010. Observado un error en la publicación del texto aprobado por el Pleno de las Cortes, se corrige en el BOCA núm. 263, de 15 de diciembre de 2010.

⁸⁹ 19 han sido retiradas y las otras 29 han sido aceptadas o transaccionadas y aprobadas por unanimidad, al igual que varias correcciones técnicas que han contribuido a mejorar el texto final.

⁹⁰ En el debate del Pleno (publicado en el DISCA núm. 79, fascículo 1.º, ya citado), la diputada Ana DE SALAS DE AZCÁRATE afirma que «el desarrollo de nuestro Derecho foral no se agota con esta Ley que hoy vamos a aprobar» (p. 7019); Chesús BERNAL BERNAL dice que «se abrirá otra etapa en la que deberemos abordar la regulación de materias que las circunstancias políticas impidieron incluir en el Apéndice de 1925 o en la Compilación de 1967, pero que deberán incorporarse en el futuro al Código aragonés» (p. 7015); por su parte, Manuel GUEDEA MARTÍN señala que «el Gobierno que resulte de las elecciones autonómicas de mayo de 2011 tendrá que presentar ante estas Cortes en el futuro, igual que en su momento se hizo en el año noventa y seis, una idea de lo que se pueda avanzar en la próxima legislatura en el Derecho civil»; pone como ejemplos de materias que podrían ser abordadas en el futuro los contratos de integración ganadera, la reforma de la Ley de cooperativas, la aprobación de una Ley de sociedades agrarias de transformación, que son Derecho civil, y termina su intervención así: «la Comunidad Autónoma tendrá que ir pensando, efectivamente, en ampliar el ámbito del Derecho civil aragonés. Por lo tanto, en ese sentido, el Partido Popular también está de acuerdo con que hoy terminamos una etapa y al mismo tiempo se iniciará otra en mayo de 2011».

En realidad –dice el Preámbulo–, la Ley [o el Libro Cuarto del CDFa] se ocupa de tres materias con entidad propia: la primera, más amplia y de muy superior incidencia en la vida jurídica, se centra en las relaciones de vecindad y las servidumbres, con particular atención a la de luces y vistas e inclusión de las servidumbres y comunidades de pastos y ademprios [arts. del 1 al 51 (537 al 587)]; once artículos se ocupan luego del derecho de abolorio o de la saca, y uno solo, de los contratos de ganadería, el 63 (599), que reproduce con las debidas adaptaciones el artículo 153 de la Compilación, con la finalidad principal de seguir señalando, con vistas al futuro, el fundamento de la competencia legislativa aragonesa en materia de contratos agrarios.

El Título de las relaciones de vecindad pasa de dos artículos en la Compilación (arts. 143 y 144) a 14 en la nueva regulación [1 a 14 (537 a 550)], el de las *servidumbres* pasa de cuatro artículos (145 a 148 Comp.) a 37 [arts. 15 a 51 (551 a 587)], y el del *derecho de abolorio o de la saca* pasa de cuatro (arts. 149 a 152 Comp.) a 11 [arts. 52 a 62 (588 a 598)].

4. FIN DE LA REFORMULACIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO COMPILADO Y AUTORIZACIÓN PARA LA REFUNDICIÓN DE LAS LEYES CIVILES ARAGONESAS

Pero, como ya se ha puesto de manifiesto en la preparación por la CADC y en la tramitación parlamentaria, esta Ley es importante también por otras razones. Como dice el punto I de su Preámbulo, *con esta Ley se cierra el ciclo de algo más de diez años que abrió la Ley de sucesiones por causa de muerte en 1999 y se culmina la entonces anunciada reformulación legislativa del Derecho civil de Aragón contenido en la Compilación. El Derecho civil aragonés, en este trayecto, ha revitalizado sus viejas raíces, se ha adaptado a las nuevas necesidades y deseos de los aragoneses y las aragonesas del siglo XXI y ha adquirido mayor presencia en nuestra sociedad.*

Su crecimiento ha sido más en intensidad que en extensión: en esta fase ha parecido oportuno mantener la regulación legal, básicamente, en el ámbito de las instituciones que ya tenían asiento en la Compilación, sin pretender agotar la competencia legislativa asumida por el artículo 71 del Estatuto de Autonomía de Aragón conforme al artículo 149.1.8.ª de la Constitución. Ahora bien, el número de preceptos se ha multiplicado con la finalidad de aclarar

y completar las normas anteriores, proporcionar pautas de interpretación, aumentar de este modo la seguridad jurídica y robustecer la eficacia social de las normas en cuanto conformadoras de las relaciones privadas.

La presente Ley, última aprobada en este proceso de reformulación y actualización del Derecho civil aragonés, delega en el Gobierno la aprobación del Código del Derecho Foral de Aragón, refundiendo mediante decreto legislativo todas las leyes civiles aragonesas vigentes, incluida esta.

De este modo, tendrán acogida en el nuevo Código la Ley de sucesiones por causa de muerte de 1999, la relativa a parejas estables no casadas del mismo año, la de régimen económico matrimonial y viudedad de 2003, la de Derecho de la persona de 2006, la de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres de 2010 y la presente Ley de Derecho civil patrimonial, más el Título preliminar de la Compilación, revisado en 1999, clave de bóveda del sistema, puesto que fija las fuentes del Derecho civil de Aragón.

Toca ya exponer las principales modificaciones y novedades introducidas en cada uno de los cuatro Títulos, para lo que me voy a servir, sobre todo, de lo dicho en el Preámbulo⁹¹.

IV. LA REFORMA DE LAS RELACIONES DE VECINDAD

1. NOTABLE AMPLIACIÓN DE LA REGULACIÓN EXISTENTE

La primera institución del Derecho de cosas aragonés es la de las relaciones de vecindad. Las observancias 1.^a y 6.^a, *De aqua pluviali arcenda*, y la costumbre sirvieron de fundamento a la Compilación para construir un *sistema de relaciones de vecindad*, limitado a la inmisión de raíces y ramas (art. 143) y al régimen normal de luces y vistas (art. 144), pero de notable altura técnica, aplicable a situaciones y conductas tan frecuentes y tan proclives a pleitos, que ha mostrado durante decenios su idoneidad para dirimir esos conflictos. Sus normas apuntan hacia una concepción más social de los derechos sobre las cosas, pero no parecen permitir su aplicación analógica ni la construcción *ex novo* de todo un genuino sistema de relaciones de vecindad aragonés. Regulación, por tanto, bastante incompleta.

⁹¹ Vid. en el CDFa su apartado VI, puntos 38 (contenido y sistemática), 39 (las relaciones de vecindad), 40 (las servidumbres), 41 (derechos de pastos y adempros) y 42 (el derecho de abolorio o de la saca).

Tampoco el CC (Derecho supletorio) tiene una disciplina general de las relaciones de vecindad.

En la reforma de 2010-11 se ha desarrollado todo lo necesario la regulación aragonesa de la inmisión de raíces y ramas y el régimen normal de luces y vistas (arts. 545 a 550), pero *se ha completado de manera notable la regulación existente con normas para algunos particulares conflictos entre vecinos procedentes en su mayoría del Derecho supletorio* (arts. 540, 541, 542 y 544) y ocasionalmente del Derecho histórico (art. 543). Además *se ha dotado al Título de las relaciones de vecindad de unas disposiciones generales* (arts. 537 y 538).

Los nuevos preceptos del Título Primero aparecen distribuidos en cinco capítulos:

Capítulo I: *Disposiciones generales*: Artículos 537 y 538.

Capítulo II: *Árboles y plantaciones*: Artículos 539 a 541.

Capítulo III: *Construcciones*: Artículos 542, 543.

Capítulo IV: *Aguas pluviales*: Artículo 544.

Capítulo V: *Luces y vistas*: Artículos 545-550.

2. PERO LA REGULACIÓN SIGUE SIN SER COMPLETA

Algunos particulares conflictos entre vecinos siguen estando regulados por el Derecho supletorio (o en la regulación administrativa): el problema de las *construcciones que amenazan ruina* (arts. 389, 391 y 1907 CC), la *caída del agua pluvial de los tejados* (art. 586 CC) y las *distancias y obras intermedias para ciertas construcciones* (art. 590 CC).

Pero falta, al igual que en el Derecho supletorio, una regulación general de las *inmisiones* y la *acción negatoria*. Hay regulaciones modernas y completas, por ejemplo, en el Derecho civil de Cataluña⁹², pero es una regulación que nos es ajena.

3. OBJETIVO PRIMORDIAL DE LA REFORMA: REDUCIR PLEITOS

El *objetivo primordial* del Título Primero ha sido reducir en lo posible los pleitos, fijando algunos puntos controvertidos de acuerdo con la experiencia acumulada en las materias de inmisión de raíces y ramas y régimen normal de luces y vistas. El Título está

⁹² *Acción negatoria*: Artículos 544-4 a 544-7 CC.C.; *relaciones de vecindad*: 1.^a «Relaciones de contigüidad»: Artículos 546-1 a 546-11 CC.C.; 2.^a «Estado de necesidad»: Artículos 546-12 CC.C.; 3.^a «Inmisiones»: Artículos 546-12 y 546-13 CC.C.

presidido por el principio de buena fe, que exige conductas recíprocamente leales entre vecinos.

4. ADICIÓN DE DISPOSICIONES GENERALES

Son enteramente nuevas las *Disposiciones generales* integrante del Capítulo primero, una referida a las *relaciones de vecindad* (art. 537) y otra al *uso adecuado de los inmuebles o sitios* (art. 538). Son reglas generales que pueden servir para resolver conflictos no regulados expresamente ni en Aragón ni en el Código civil; para los regulados en el Derecho supletorio, surge la duda de si estas reglas generales se anteponen a la regulación concreta de un asunto en el Código civil.

De ellas cabe deducir, como dice el Preámbulo, que *las conductas permitidas y las situaciones toleradas de acuerdo con las reglas de vecindad no son expresión o consecuencia de un particular derecho subjetivo ni propician su adquisición. Son meras facultades o mero ejercicio de la libertad, que, por eso, ni consolidan derechos ni el paso del tiempo impide el ejercicio de las acciones dirigidas a exigir la correcta observancia de las normas.*

La vecindad de las fincas hace que el uso y disfrute de la nuestra tenga que ser compatible con el uso y disfrute de la del vecino. De ella derivan límites generales e iguales para todos que contribuyen a configurar el estatuto de la propiedad de la finca según su naturaleza, destino, situación, etc.

5. DE UN ARTÍCULO SOBRE RAÍCES Y RAMAS A UN CAPÍTULO SOBRE ÁRBOLES Y PLANTACIONES

El Capítulo II, *Árboles y plantaciones*, consta de tres artículos, e incluye la regulación de la inmisión de raíces y ramas, única materia contemplada en la Compilación.

En el apartado 2 del artículo 539 se mantiene el tratamiento singular que, desde antiguos fueros (procede del F. *De confinalibus arboribus* de 1247, que no pasó a los Proyectos de Apéndice ni al Apéndice mismo) recibió el árbol frutal que extiende sus ramas sobre el fundo vecino, en el marco de una regulación de las *inmisiones de raíces y ramas* que evita remisiones al Código civil (se elimina la remisión al 592 CC) y se completa en todo lo que ha parecido necesario (*vid.* apartados 1, 3 y 4 del art. 539).

El apartado 1 del 540, sobre *plantaciones*, procede del 591 CC, pero en él se establecen distancias entre plantaciones de manera

menos exigente que en el Código civil, puesto que se refieren solo a arbustos o árboles en predios destinados a plantación o cultivo, en otros terrenos no hay distancias y los conflictos se resuelven aplicando lo previsto en el artículo 539. El artículo 540.2, respecto de los árboles existentes en un seto vivo medianero, parte de la presunción de medianería del artículo 593 CC pero la consecuencia que establece es muy distinta de la del Código civil: para arrancarlos se precisa acuerdo. Para las plantaciones forestales hay remisión a la legislación especial (art. 540.3).

La regulación del capítulo se completa con un precepto, el 541, sobre *árboles que amenazan caerse*, que recoge, con alguna pequeña modificación, lo dispuesto en los artículos 390 y 1908.3.º CC.

6. CAPÍTULO NUEVO SOBRE CONSTRUCCIONES

El Capítulo III, sobre *Construcciones*, es de nueva factura y lo componen dos preceptos: El artículo 542 recoge lo dispuesto por el Derecho supletorio para el *paso por razón de obras* (569 CC) y el 543 recupera una norma del Derecho histórico sobre el *uso de pared medianera* (el precedente se halla en el art. 235 del Proyecto de 1904).

Esta norma sobre el uso de pared medianera supone un cambio en la naturaleza de la medianería (respecto de la resultante del 579 CC): comunidad indivisible y de uso común; cada comunero puede usar la pared medianera por entero hasta donde su destino y estado actuales lo permitan, siempre que no perturbe el uso común y respectivo de los otros condueños, e indemnizando los perjuicios que cause.

7. CAPÍTULO NUEVO SOBRE AGUAS PLUVIALES

El Capítulo IV, *Aguas pluviales*, es también nuevo y está integrado por un solo artículo, el 544, sobre el *paso natural del agua pluvial*, en el que se da entrada a lo dispuesto al respecto en el Derecho supletorio (art. 552 CC).

8. DESARROLLO DEL RÉGIMEN NORMAL DE LUCES Y VISTAS

A) *Se recogen, aclaran y completan las normas de la Compilación*. El Capítulo V dedicado a las *Luces y vistas* consta de seis artículos (545 a 550) en los que se recogen las normas del artículo 144 de la Compilación (*Régimen normal de luces y vistas*), pro-

cedentes de la Obs. 6.^a, *De aqua pluviali arcenda*, que se aclaran y completan, con lo que se elimina la remisión de la Compilación al artículo 582 del Código civil.

B) *Se subraya el derecho del vecino a edificar o construir.* Junto a la libertad para abrir huecos sin sujeción a dimensiones determinadas, tanto en pared propia, y a cualquier distancia del predio ajeno, como en pared propia (art. 545.1), se subraya el derecho del propietario sobre cuyo fundo recaen las luces o las vistas a edificar o construir sin sujeción a distancia alguna y como estime conveniente (art. 550.1). Estas luces y vistas no son un derecho de quien las disfruta ni una limitación para la propiedad vecina, cuyo titular podrá ejercitar todas las facultades dominicales como estime conveniente, con los límites genéricos del abuso del derecho y el ejercicio antisocial del mismo.

Siguiendo sugerencias tanto de los anteproyectos de Apéndice como de reciente jurisprudencia sobre protección de la intimidad personal y familiar, se reconoce también la posibilidad de obstaculizar o limitar las vistas a espacios utilizados para la vida familiar o personal, aun sin necesidad de realizar obras que puedan considerarse edificación o construcción (art. 550.2)

C) *Se precisan las distancias y la forma de medirlas.* A partir de lo dicho en el artículo 582 CC, se precisan las distancias dentro de las cuales (2 m en vistas rectas, 60 cm en vistas oblicuas) los huecos han de carecer de balcones y otros voladizos y estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre (art. 545.2). Y se aclara, como en el artículo 584 CC, que estas distancias no son aplicables a los huecos abiertos sobre una vía de uso público (545.3). También se precisa en el artículo 546 la forma de medir dichas distancias, dando entrada en nuestro Derecho a lo dispuesto en el artículo 583 CC.

D) *Norma nueva sobre huecos en pared medianera.* En el artículo 547 se ha dicho que sólo pueden abrirse por encima del punto común de elevación y que no son un signo contrario a la condición medianera de la pared.

E) *Se formula el concepto de voladizos y la forma de colocar las protecciones. Imprescriptibilidad de las acciones.* Se definen los voladizos, en sentido positivo y negativo (apartados 1 y 2 del art. 548), se indica el modo de colocar las protecciones de reja y red o sus equivalentes (art. 549.1) y se aclara, en concordancia con el apartado 3 del artículo 537, que la acción para exigir la supresión de voladizos no distanciados (art. 548.3) y la colocación de tales protecciones no prescribe (art. 549.2).

El concepto de voladizos sirve sobre todo para la servidumbre de luces y vistas (art. 574) en la que, cuando caen sobre fundo ajeno, son el único signo aparente admitido en nuestro Derecho.

V. LA REFORMA DE LAS SERVIDUMBRES

1. NOTABLE DESARROLLO DE LA REGULACIÓN

El Tít. II, *De las servidumbres*, tiene en la Compilación 4 artículos (145: *Luces y vistas*; 146: *Alera foral* y «*adempríos*»; 147: *Usucapión de las servidumbres aparentes*; y 148: *Usucapión de las no aparentes*); en la nueva regulación tiene 36 (arts. 551 a 587). La regulación de las servidumbres ha experimentado, por tanto, un notable desarrollo, mayor que el de las relaciones de vecindad.

Por un lado, se ha prestado la lógica atención a las específicas materias tradicionalmente aragonesas: a la *servidumbre de luces y vistas* (art. 145 Comp.) se dedica ahora el Capítulo II (arts. 574 a 576); la regulación de la *alera foral* y *los adempríos* (art. 146 Comp.) ha dado lugar al Capítulo V, *Derechos de pastos y adempríos* (arts. 582 a 587), con dos secciones sobre servidumbres y comunidades; la *usucapión de las servidumbres* (arts. 147 y 148 Comp.) es tratada en el Capítulo primero con una Sección, la 4.^a (arts. 568-570), independiente de la dedicada a la constitución de las servidumbres.

Pero, por otro lado, se ha dotado a la regulación de las servidumbres de un completo Capítulo primero de *Disposiciones Generales* (arts. 551 a 573), con la finalidad de que las normas genuinamente aragonesas encajen bien en ellas, desplazando las correspondientes del Código civil que obedecen a criterios o principios en ocasiones bastante distintos. Y, además, la reforma ha creído oportuno regular las *servidumbres forzosas de paso* (Cap. III: arts. 577 a 580) y *de acceso a red general* (Cap. IV: art. 581).

2. CONSTRUCCIÓN DE LA PARTE GENERAL

El Título II se abre con un Capítulo primero, *Disposiciones generales* sobre servidumbres (23 arts., desde el 551 al 573), que tienen el suficiente detalle para evitar la indebida injerencia de las normas del Derecho supletorio estatal que, especialmente en lo relativo a la usucapión, tienen criterios muy distintos.

Con estas disposiciones generales queden desplazados por completo los artículos 530 a 535 CC (*clases de servidumbres sobre fincas*), 537 a 542 CC (*modos de adquirir las servidumbres*), 543 a 545 CC (*derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente*) y 546 a 548 (*modos de extinguirse las servidumbres*), que son prácticamente la totalidad de los artículos del Capítulo primero del Código civil dedicado a las *servidumbres en general*. También quedan desplazadas las normas de los artículos 594 a 599 CC (*servidumbres voluntarias*). Las de los artículos 600 a 604 CC ya las había desplazado la Compilación.

Por consiguiente, se ha construido un sistema general de servidumbres aragonés, que evita las remisiones al Código civil y la aplicación supletoria de sus normas e incorpora a nuestro Derecho reglas acordes con los principios generales que lo informan.

El Capítulo primero está dividido en cinco Secciones:

Primera: *Concepto, clases y caracteres* de las servidumbres (arts. 551 a 555).

2.^a: *Contenido de las servidumbres* (arts. 556 a 560).

3.^a: *Constitución de las servidumbres* (arts. 561 a 567).

4.^a: *Usucapión de las servidumbres* (arts. 568 a 570).

5.^a: *Extinción y modificación de las servidumbres* (arts. 571-573).

A) *Regulación del concepto, las clases y los caracteres de las servidumbres*. Dice el Preámbulo que los preceptos sobre *concepto y clases* (artículos 551 y 552) tienen una finalidad estructural y no hay en ellos novedades apreciables. Tiene interés reseñar, en los siguientes artículos, la admisión explícita en el artículo 553.1 de *servidumbres recíprocas*, en el 555 de las llamadas *servidumbres personales* (aunque en las Cortes han suprimido esta expresión y la han sustituido por la de *derechos reales de aprovechamiento parcial*) y de la posibilidad de sujetar todas las servidumbres a término o condición tanto suspensivos o iniciales como resolutorios o finales (arts. 553.2). La nota de *indivisibilidad* (art. 554) queda matizada en el artículo 572, que prevé eventuales extinciones parciales en ciertos casos.

Queda clara la existencia de servidumbres personales, como los aprovechamientos tradicionales de algunos ademprios, pero sólo se alude a ellas para establecer la aplicación supletoria del régimen general de las servidumbres prediales, en lo que sea compatible (art. 555).

B) *Regulación del contenido de las servidumbres*. En la Secc. 2.^a, junto a las normas generales sobre determinación de los derechos de la finca dominante y las obligaciones de la sirviente (art. 556), el régimen de las obras en las fincas (558) y la posible

liberación de cargas (art. 559), destaca el criterio de ejercicio *civilliter* de las servidumbres, según el cual estas se ejercen de la forma más adecuada para obtener la utilidad de la finca dominante y, a la vez, del modo menos incómodo y lesivo para la finca sirviente, que se enuncia de manera general en el artículo 557, y luego se especifican consecuencias particulares en el 565, para la constitución forzosa de servidumbres, y, más concretamente, para las de paso y las de acceso a red general en los artículos 577.2 y 581.3. También el artículo 560 (modificación de la servidumbre) puede considerarse expresión del mismo principio, que trata de optimizar el balance de beneficios y perjuicios conjuntos de ambas propiedades (Preámbulo, 40).

C) *Novedades en la regulación de la constitución de las servidumbres.* En la Sección 3.^a, dedicada a la constitución de servidumbres, junto a los modos de constitución (art. 561), con especificación de la constitución forzosa (art. 565), la legitimación (art. 562) y la constitución sobre finca indivisa (art. 563), destaca, como dice el Preámbulo, el precepto que establece que *las servidumbres negativas no pueden constituirse por usucapión*. Se zanján así posibles dudas sobre la aplicación de criterios del Código civil contrarios a la tradición doctrinal aragonesa. *La falta de título constitutivo de las servidumbres negativas* –continúa diciendo el art. 567– *únicamente se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño de la finca sirviente*.

Criterio innovador establece el artículo 564 al admitir la constitución de *servidumbre sobre finca propia*, atendiendo a requerimientos de la práctica. Naturalmente, mientras ambas fincas pertenezcan a un único propietario, éste ejercerá todas sus facultades *iure proprietatis*, pero el Registro de la Propiedad podrá publicar la constitución de la servidumbre, que tendrá toda su eficacia cuando alguna de las fincas cambie de titular. Correlativamente, tampoco será por sí solo causa de extinción de una servidumbre el hecho de que se reúna en una misma persona la propiedad de las fincas dominante y sirviente (art. 571.2). Por otra parte, se aclara que, si la coincidencia de titulares de una y otra finca es solo parcial, la servidumbre puede existir normalmente (Preámbulo, 40).

La remisión que el artículo 145 de la Compilación hizo al artículo 541 del Código civil dio lugar a muy diversas interpretaciones sobre las que la jurisprudencia tuvo que sentar finalmente un criterio estable y acertado. Ahora, el artículo 566 atiende de manera general a la *constitución de servidumbres por signo aparente* («por destino del padre de familia» llamaba a esta figura la doctrina más tradicional), de modo que excluye la aplicación de aquel

artículo del Código, y el 574, al aclarar que los voladizos sobre fondo ajeno son los únicos signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, hace segura legalmente la solución jurisprudencial (Preámbulo, 40).

D) *Usucapión de las servidumbres.* Como indica el Preámbulo, la usucapión de las servidumbres constituía la parte más importante que la Compilación dedicaba a estas. El sistema no se corresponde con el del Código civil ni con las consecuencias que en él tienen las clasificaciones de servidumbres positivas o negativas, continuas o discontinuas, aparentes o no aparentes. La regulación aragonesa estribaba en esta última distinción (aparentes y no aparentes), como explicaba la Exposición de Motivos de la Compilación de 1967, aunque la extraordinaria concisión de las normas compiladas ocasionaba que se aplicaran indebidamente normas del Código civil que responden a criterios muy distintos, con las consecuencias de la diversidad de opiniones doctrinales y la consiguiente inseguridad jurídica y el aumento de la litigiosidad. Para evitar, sobre todo, estos inconvenientes se han introducido las disposiciones generales sobre servidumbres.

Ahora, a la usucapión de servidumbres se dedica, en atención a su importancia, una sección independiente, la 4.^a, que acoge el texto literal de los artículos 147 y 148 de la Compilación y un precepto sobre el cómputo del tiempo (art. 570, que procede de lo dicho en el 538 CC para las servidumbres positivas, únicas que pueden usucapirse en Aragón). Los artículos 567.1 y 575 complementan y aclaran estos preceptos, excluyendo de la usucapión las servidumbres negativas y las servidumbres no aparentes de luces y vistas, respectivamente.

E) *Extinción y modificación de las servidumbres.* La parte general se completa con la Secc. 5.^a, *Extinción y modificación de las servidumbres*, que regula las causas de extinción (art. 571), la extinción por modificación de las fincas (art. 572) y la prescripción extintiva sobre finca en comunidad (art. 573).

3. SE COMPLETA EL RÉGIMEN DE LAS SERVIDUMBRES DE LUCES Y VISTAS

De lo dicho en el artículo 145 Comp. se pasa a lo previsto ahora en los artículos 574 a 576, integrantes del Capítulo II sobre *Servidumbres de luces y vistas*.

La de luces y vistas puede ser una servidumbre aparente si hay signos aparentes que así lo den a entender. Pero el artículo 574, que reproduce el artículo 145 Comp., subraya que solo los voladizos

que caigan sobre fundo ajeno y reúnan las características determinadas en el artículo 548 son *signo aparente* de servidumbre de luces y vistas. No lo son la falta de la protección señalada en el artículo 545 ni tampoco los voladizos sobre fundo propio.

Por su parte, el artículo 575 *excluye de la usucapión* a las servidumbres no aparentes de luces y vistas, al no ser susceptibles de posesión. Por tanto, como dice el Preámbulo, nunca la existencia de huecos de cualesquiera dimensiones sin voladizos, tengan o no las protecciones exigibles, dará lugar a la adquisición por usucapión de una servidumbre de luces y vistas, pues, no habiendo signo aparente ni siendo susceptible de posesión, no cabe usucapión (artículos 567 y 575).

En cambio, las servidumbres aparentes de luces y vistas pueden adquirirse, además de por acuerdo de las partes u otros modos de adquisición, por usucapión (art. 568). De este modo, se delimitan con precisión las situaciones de huecos para luces y vistas fundados en relaciones de vecindad frente a los correspondientes derechos reales de servidumbre, singularizando los casos en que la presencia de voladizos sobre fundo ajeno mantenida durante tiempo puede dar lugar a la adquisición de una servidumbre por usucapión (Preámbulo).

Los *efectos* de la existencia de servidumbre de luces y vistas, los señala el artículo 576 a partir de lo dicho por el artículo 585 CC: el dueño de la finca sirviente *no puede edificar a menos de tres metros de distancia*, tomándose la medida de la manera indicada en el artículo 546.

4. SE REGULAN DOS SERVIDUMBRES FORZOSAS: LA DE PASO Y LA DE ACCESO A RED GENERAL

Las llamadas servidumbres forzosas se originan por voluntad del titular de la finca dominante en los casos en que la ley prevea la forzosa imposición del gravamen sobre la finca sirviente [art. 561.b)]. Los supuestos vienen determinados no solo por este Código (que se ocupa, en capítulos sucesivos, únicamente de la *servidumbre forzosa de paso* y de la *servidumbre forzosa de acceso a red general*), sino en cualquier otra ley aplicable, autonómica o estatal. En todos ellos, si no hay acuerdo, será una resolución judicial la que constituya la servidumbre y fije la correspondiente indemnización (art. 565).

Los artículos de la servidumbre de paso (577 a 580) desplazan a los correspondientes del Código civil (arts. 564 y ss.). La de acce-

so a red general se regula en un solo precepto, el 581, y no tiene equivalente en el Derecho supletorio.

5. SE MEJORA Y DIVERSIFICA LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE PASTOS Y ADEMPRIOS

Como dice el Preámbulo, «Alera» y «ademprios» son términos aragoneses que denotan una notable variedad de servidumbres y comunidades tradicionales sobre pastos, aguas, leñas y otros aprovechamientos de los fundos. Su heterogénea configuración responde a tradiciones sociales y jurídicas propias, que el proceso desamortizador y el Código civil pusieron en peligro y las transformaciones económicas de los últimos siglos han ido reduciendo en número y trascendencia social.

La Compilación, sobre la base de una regulación mucho más amplia prevista en los Anteproyectos de Apéndice de 1899 y 1904, le dedicó un artículo, el 146, que ha sido clave en el enjuiciamiento de los conflictos que han llegado a los Tribunales y que, por su contenido, excluye la aplicación de los artículos 600 a 604 del Código civil (en particular, la redención forzosa) y presupone la posibilidad de servidumbres personales y de servidumbres recíprocas. Todo ello es aún más claro en la presente regulación, que distingue, en dos Secciones, entre *servidumbres* (arts. 582 a 584) y *comunidades* (585 a 587) para adaptarse mejor a la rica variedad y complejidad que muestra la experiencia. No se ha pretendido, sin embargo, construir una regulación general de la comunidad de bienes en el Derecho aragonés, por lo que puede ser inevitable el recurso al Derecho supletorio, siempre interpretado de acuerdo a los principios del Derecho aragonés y en lo que sea compatible con los mismos.

El régimen de la *alera foral* (art. 582) se entiende supletorio de las demás *servidumbres de pastos* (art. 583) que guarden semejanza con la misma, mientras que los *ademprios* (art. 584) se configuran como derechos reales de aprovechamiento parcial y se presumen vitalicios, salvo que su titularidad corresponda a una comunidad. Las comunidades de este tipo (*mancomunidades* de pastos, leñas y demás ademprios) que existan por título o posesión inmemorial se consideran indivisibles, salvo pacto unánime (art. 585). Se regula también un tipo de *comunidad «pro diviso»* (art. 586), en la que concurren diversos titulares dominicales sobre aprovechamientos diferenciados, uno de los cuales es el de pastos, leñas u otros ademprios. Con estas previsiones, que tienen el *régimen común* en el artículo 587, se pretende atender con mayor adecuación a la diversidad de situaciones que la realidad muestra, a la

vez que dar cauces más seguros a la posible constitución de estos derechos que tenga lugar de ahora en adelante.

VI. LA REFORMA DEL DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA

1. FINALIDAD DE LA REFORMA: ACLARAR Y COMPLETAR SU RÉGIMEN

La reforma pretende mantener el derecho de abolorio con sus rasgos esenciales tal como fueron fijados por la Compilación y aclarar y completar aspectos debatidos o controvertibles con el fin de contribuir a una mayor seguridad jurídica.

El artículo 588 formula el *concepto* de derecho de abolorio o de la saca, con los presupuestos o requisitos esenciales (derecho de adquisición preferente —tanteo y, subsidiariamente, retracto— de origen legal a favor de parientes de quien pretenda enajenar o enajene bienes de abolorio a quien no sea pariente dentro del cuarto grado por a línea de procedencia de los bienes), que luego se detallan en sucesivos artículos.

Como indica el Preámbulo, el derecho de abolorio o de la saca es un instrumento que permite evitar, en ciertos casos, que un inmueble salga de la familia por disposición de su actual titular. Conocido desde los fueros más antiguos, superó el trance de la codificación y quedó plasmado tanto en el Apéndice de 1925 como en la Compilación de 1967. Los inconvenientes que presenta en el tráfico inmobiliario no son suficientes para suprimirlo, pues responde a intereses y concepciones familiares dignos de protección.

2. SUPRESIÓN DE LA FACULTAD MODERADORA DE LOS TRIBUNALES

El derecho de abolorio no debe tener otros presupuestos, requisitos ni restricciones que los que la Ley establece, por lo que se prescinde de la referencia a la «moderación equitativa» por los tribunales que la Compilación introdujo (Preámbulo, 42)

El partido Popular e Izquierda Unida, así como el Justicia de Aragón y el Colegio Notarial de Aragón, eran partidarios del mantenimiento de esta facultad en los términos del artículo 149.2 Comp.

3. REDUCCIÓN DE LOS BIENES DE ABOLORIO Y ACLARACIÓN DEL CONCEPTO DE PERMANENCIA EN LA FAMILIA

Bienes de abolorio son, tradicionalmente, solo los inmuebles, de los que se excluyen ahora los que no tengan naturaleza rústica, salvo los edificios o parte de ellos, pues fuera del suelo rústico, parece que solo los edificios conservan su impronta familiar con fuerza suficiente para justificar la preferencia de los parientes (art. 589.1). La enmienda que pedía la extensión a algunos bienes muebles fue rechazada.

Además es preciso que *estén situados en Aragón y hayan permanecido en la familia durante las dos generaciones anteriores a la de enajenante, cualesquiera que sean su procedencia y modo de adquisición inmediatos* (589.1).

La permanencia en la familia durante dos generaciones se entiende del mismo modo que en la Compilación, pero se introduce un apartado similar al del 212.2 Lsuc. (527.2 del Código) para explicar cuándo existe esa permanencia (589.2).

4. AMPLIACIÓN DEL ELENCO DE TITULARES DEL DERECHO

Se introduce en el artículo 590 una ampliación sustancial del elenco de parientes que pueden ejercitar el derecho de abolorio. Así, además de disponer de este derecho, de acuerdo con la formulación de la Compilación, los colaterales hasta el cuarto grado, se incluye a los ascendientes en el caso de que hubieran donado el inmueble, así como a los descendientes mayores de catorce años. En este último caso se requiere, además, que tales descendientes sean titulares de bienes de abolorio de idéntica procedencia.

La exigencia de que los descendientes sean mayores de catorce años es para que, conforme a la Ley de Derecho de la persona, sean capaces de realizar actos y contratos por sí mismos sin necesidad de representante legal; y el requisito de la titularidad previa de otros bienes de abolorio de idéntica procedencia viene a restringir los casos y a tener un cierto componente de demostración de que existe previamente una capacidad económica y, sobre todo, una vinculación con los bienes enajenados⁹³.

⁹³ Así explica Ana DE SALAS esta adición introducida por la Ponencia parlamentaria: *vid. DISCA* núm. 79, fascículo 1.º, de 2 y 3 de diciembre de 2010, p. 7020.

En todos los casos es indiferente la vecindad civil del titular del derecho, lo mismo que la del que pretende enajenar o enajena, pues es requisito suficiente que los bienes estén situados en Aragón.

En caso de *conurrencia de dos o más titulares* en el ejercicio del derecho, se establece el orden de *preferencias* en el 590.2, que introduce claridad en relación a lo dicho en el 149.3 Comp.

5. ACLARACIÓN DEL CONCEPTO DE «ENAJENACIONES»

Se precisa el concepto de las enajenaciones que dan origen al derecho de abolorio: venta o dación en pago; la venta incluye las efectuadas con carácter forzoso mediante subasta, judicial o extrajudicial, u otras formas de realización de bienes en procedimientos de apremio (591), y se prevé asimismo, los casos de enajenación de cuota indivisa de bienes de abolorio (592) y los de enajenación de pluralidad de bienes (593).

6. REGULACIÓN SEPARADA DE LOS PLAZOS DE EJERCICIO COMO TANTEO Y COMO RETRACTO

Los artículos 594 y 595, sobre plazos y requisitos del ejercicio del derecho de abolorio, desarrollan el contenido del artículo 150 de la Compilación, que ya se alejaba de las previsiones del Código civil para los retractos en él regulados.

Destaca el tratamiento separado del ejercicio del derecho de abolorio como tanteo y la notificación necesaria al efecto. De modo que los profesionales del Derecho puedan asesorar sobre la conveniencia de notificar fehacientemente a los parientes el propósito de enajenar, con la consecuencia de que, pasados treinta días naturales, la venta a extraños resulte inatacable por este motivo.

Por otra parte, el derecho de abolorio puede ejercitarse como retracto, cuando se hubiese notificado fehacientemente la enajenación, con indicación del precio y demás condiciones esenciales del contrato, dentro de los treinta días naturales a contar desde la notificación. A falta de notificación de la transmisión, el plazo de ejercicio del derecho de abolorio es de noventa días naturales a partir de aquel en que el retrayente conoció la enajenación y sus condiciones esenciales. Este conocimiento puede obtenerlo el retrayente a través de los medios de información previstos en la legislación hipotecaria en los casos en los que se haya inscrito el título en el Registro de la Propiedad, o bien por cualquier otro medio. Esta previsión, en cualquier caso, alentará la realización de notificacio-

nes expresas, siempre deseables para aclarar las situaciones y evitar el planteamiento de litigios. En cualquier caso, en aras de la seguridad del tráfico, el derecho de abolorio caduca a los dos años de la enajenación.

7. DESARROLLO Y ACLARACIÓN DE LOS REQUISITOS DE EJERCICIO

El artículo 595 pretende poner fin a las dudas y vacilaciones de la práctica sobre la forma de ejercicio judicial del derecho de abolorio, que ha de tener requisitos rigurosos pero no dejados al azar de interpretaciones de preceptos del Código civil o de las leyes de enjuiciamiento, que no fueron pensado para este caso ni se adaptan bien al mismo.

El ejercicio del derecho de abolorio requiere ineludiblemente el pago o consignación del precio. Cuando el precio no fuera conocido, tendrá que consignarse o garantizarse el precio estimado. Para la admisión de la demanda será necesario, además de acompañar documento que acredite el cumplimiento del requisito anterior, la presentación de un principio de prueba documental del parentesco con el enajenante y de la condición de abolorio de los inmuebles enajenados o que se pretenden enajenar.

8. SE COMPLETA LA REGULACIÓN DE LOS EFECTOS DEL EJERCICIO

El apartado 3 del artículo 596 recoge la *limitación de la facultad dispositiva* del adquirente por derecho de abolorio ya contenida en el artículo 151 de la Compilación, pero añade en el apartado 1 el efecto general del ejercicio del derecho de abolorio, la adquisición del inmueble en las mismas condiciones en que se hubiera pretendido enajenar o se hubiera enajenado, y en el apartado 2, el efecto añadido en caso de ejercicio como retracto de tener que abonar, además del precio, los gastos de la transmisión y los gastos necesarios y útiles hechos en el bien transmitido.

9. ADMISIÓN EXPRESA DE LA RENUNCIA SOBRE BIENES CONCRETOS

Es nuevo el artículo 597 sobre renuncia, posiblemente admitida del mismo modo en el Derecho de la Compilación: es válida la

renuncia al derecho de abolorio realizada sobre bienes concretos, incluso la hecha sin contemplación a una determinada enajenación.

10. LIMITACIÓN DE LA PREFERENCIA DEL DERECHO DE ABOLORIO

El artículo 598, en relación a la amplitud del artículo 152 de la Compilación, introduce una limitación en la prioridad del derecho de abolorio sobre cualesquiera otros de adquisición preferente, pues ahora prevalecerán el de comuneros y los establecidos a favor de entes públicos.

VII. LA REFORMA DE LOS CONTRATOS SOBRE GANADERÍA

El artículo 599, único que se ocupa de los contratos sobre ganadería, reproduce con las debidas adaptaciones el artículo 153 Comp., *normas supletorias*, con la finalidad principal de seguir señalando, con vistas al futuro, el fundamento de la competencia legislativa aragonesa en materia de contratos agropecuarios.

Dice el 599 que *para suplir las omisiones de cualesquiera contratos* relativos a la ganadería regirán los *usos observados en el lugar de cumplimiento y los principios generales* en los que tradicionalmente se inspira el ordenamiento jurídico aragonés y, sólo en su defecto, el *Derecho general del Estado*. Junto a la cuestión de la competencia legislativa, el precepto tiene la misión de evitar la aplicación preferente de la legislación del Estado.

La CADC y el legislador han entendido que no era este el momento adecuado para proceder a regular por extenso la materia de los contratos sobre ganadería y, en particular, los contratos de integración ganadera, como pretendía la enmienda núm. 48 del G. P. CHA.

VIII. REFLEXIÓN FINAL

Esto es lo que ha dado de sí la Reforma de 2010-11. Se ha hecho un notable desarrollo de las materias compiladas introduciendo la regulación que se ha considerado necesaria o, al menos, conveniente para facilitar la construcción del sistema aragonés, facilitar su aplicación práctica y mejorar la seguridad jurídica. Es

evidente que la reforma no se ha limitado ha regular solo lo imprescindible.

Pero la reforma no ha añadido nuevas materias. Como dice el Preámbulo, al Legislador autonómico no le ha parecido oportuno en esta reforma regular otras materias de Derecho patrimonial en el ámbito permitido por el artículo 149.1.8.^a Const.

El momento presente es muy distinto de otros ya pasados como el de la codificación civil de finales del siglo XIX, el de la preparación de apéndices al Código civil o el de la compilación de los Derechos civiles forales como paso previo a la proyectada elaboración de un Código civil español general.

En la actualidad estamos en un Estado autonómico en el que las competencias legislativas en materia de Derecho civil aragonés corresponden a nuestra Comunidad Autónoma y está descartada la idea de un Código civil general para todos los españoles. En este nuevo marco y hasta este momento, las competencias legislativas autonómicas se han ejercitado para reformular el Derecho civil compilado y refundir todas las Leyes civiles aprobadas al hacerlo (y algunas otras) en un nuevo cuerpo legal llamado Código del Derecho Foral de Aragón.

Ha sido una larga etapa, que ahora se cierra brillantemente con la aprobación del Código, en la que, sin embargo, es evidente que no se han agotado las competencias legislativas autonómicas. Ninguna de las Leyes aprobadas regula por completo las materias que, dejando a salvo las de competencia exclusiva del Estado, corresponden a Aragón en los campos de los Derechos de la persona, de la familia, de las sucesiones por causa de muerte y tampoco, como es obvio, en el campo del Derecho civil patrimonial.

En la reforma del Derecho civil patrimonial, la CADC no consideró conveniente que los encargos externos para preparar los textos de la ponencia se extendieran a materias distintas de las compiladas; los textos de las ponencias, especialmente los relativos a las relaciones de vecindad y las servidumbres, han sido expandidos notablemente gracias a las enmiendas de adición presentadas por algunos miembros de la CADC. Al margen de lo ya compilado, solo un vocal (el que esto escribe) presentó un escrito de enmiendas para añadir al principio de la Ley de Derecho civil patrimonial unas disposiciones generales, escrito que fue rechazado al aprobarse una enmienda a la totalidad. No pareció oportuno hacer explícitas las posibles consecuencias de la aplicación del apotegma *standum est chartae* en el campo del Derecho civil patrimonial (libertad de contratación, libertad de crear y modificar derechos reales, posibilidad de construir un sistema no causalista de transmisión de los

derechos reales, entre otras virtualidades puestas de manifiesto por la mejor doctrina⁹⁴).

Por tanto, no se han agotado las competencias legislativas y, como bien han advertido los parlamentarios, ahora comienza una nueva etapa en la que la sociedad aragonesa tiene la palabra. Es bueno que el Código recién estrenado dure, cuanto más mejor, pero es claro que la sociedad aragonesa, si quiere, puede seguir desarrollando su Derecho civil (los contratos de integración ganadera, son solo un buen ejemplo).

⁹⁴ Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Comentario al artículo 3 Comp. (*standum est chartae*)», en VV.AA.: *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* (Dir. J. L. Lacruz Berdejo), Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988, pp. 229 a 298 y, en especial, pp. 279 a 282, dedicadas a las aplicaciones de la autonomía en materia de obligaciones y contratos, y pp. 282 a 288, sobre las aplicaciones de la autonomía en los derechos sobre las cosas.

Constitución voluntaria de servidumbres por quien no es propietario de la finca dominante o sirviente

M.ª TERESA ALONSO PÉREZ
Profesora Titular de Derecho civil
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

Cuando la servidumbre la constituye un titular de un derecho real limitado sobre la finca sirviente, no puede desbordar en contenido y duración el derecho del que es titular el constituyente. Estos mismos límites rigen cuando la servidumbre es obligacional y no derecho real, al haberla constituido titulares de derechos reales limitados intransmisibles o titulares de derechos de crédito sobre la finca sirviente.

Ahora bien, cuando la servidumbre la constituyen titulares de derechos reales limitados sobre la finca dominante, frente a unos Ordenamientos jurídicos que entienden que deben regir los mismos límites de contenido y duración que en el caso anterior, otros nos ofrecen normas que expresamente disponen lo contrario (art. 1078 del CC italiano, art. 1575 del CC portugués y, sobre todo, el art. 5:84 del holandés). En este trabajo se argumenta para demostrar cómo esta segunda solución es más acorde y respetuosa con las características propias –inherencia, relaciones entre fincas– de la servidumbre y proponemos esta segunda solución para aquellos casos en que sea aplicable el Código civil español, el cual no dispone específicamente nada al respecto. Entendemos –consecuentemente– que, al extinguirse el derecho real limitado del que era titular el constituyente y producirse la consolidación del dominio, éste pasa a estar integrado por la servidumbre, sin necesidad de que el dueño consienta su adquisición, pudiendo, eso sí, renunciar a la misma.

PALABRAS CLAVE

Servidumbre. Constitución de servidumbre. Constitución voluntaria de servidumbre. Constitución de servidumbre por titular de derecho real.

ABSTRACT

A limited proprietor can agree with the owner of other immovable thing that an easement is established on the immovable thing that is encumbered with his limited property right. In this case, the easement ceases to exist at the end of that limited property right.

Some legal systems apply the same solution when the proprietor of a limited property right has stipulated an easement on someone else's immovable thing on behalf of the immovable thing that is encumbered with his limited property right. However the article 1078 of the Italian CC, the article 1575 Portuguese CC and the article 5:84 Dutch Civil Code, provide that in this case the easement shall not cease to exist at the end of his limited property right. This solution is more respectful to the character of the easement and can be understood to apply in respect of the Spanish Civil Code, which does not have anything specific. Consequently, the ownership does not have to consent to acquire it; of course he can surrender to the easement.

KEYWORDS

Easement. Formation of easement.

SUMARIO: *Planteamiento y estado de la cuestión.*—I. El fundamento de la legitimación de los propietarios del predio dominante y del sirviente en orden a la constitución de servidumbres prediales.—II. La constitución de servidumbres por sujetos que no son propietarios de la finca sirviente. 1. Ampliación de la legitimación a otros sujetos no propietarios. 2. Titulares de derechos reales limitados. A) Análisis de los derechos reales que legitiman para la constitución de servidumbres. B) Naturaleza de la relación constituida. a) Relaciones jurídico-reales. b) ¿Qué resulta gravado con la servidumbre: la finca o el derecho real limitado? C) ¿Es incompatible la legitimación de estos sujetos con la del propietario? D) Límites de contenido y temporales de las servidumbres constituidas por estos sujetos. 3. Servidumbres de naturaleza obligacional.—III. La constitución de servidumbres por sujetos que no son propietarios de la finca dominante. 1. Ampliación de la legitimación a otros sujetos distintos del propietario de la finca dominante. 2. Titulares de derechos reales limitados. A) Naturaleza jurídica de las relaciones constituidas. a) ¿Servidumbre personal? b) Servidumbre predial. De cómo la estructura jurídico-real de la finca resulta afectada. Titularidad de la servidumbre. B) Límites de las servidumbres constituidas por titulares de derechos reales sobre la finca dominante. a) Límites de contenido. Posibilidad de que la servidumbre rebose materialmente el contenido del derecho del constituyente. b) Límites temporales. Posibilidad de que la servidumbre exceda la duración temporal del derecho del constituyente. C) ¿Es incompatible la legitimación de estos sujetos con la del propietario? 3. Titulares de derechos de crédito sobre finca dominante y terceros ajenos a la misma. 4. Reflexión final.

PLANTEAMIENTO Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

La constitución voluntaria de servidumbres requiere que concurra el consentimiento de dos sujetos: uno, desde el lado pasivo de la relación, es decir, por parte de la finca que resultará gravada con la servidumbre y será sirviente y, otro, desde el lado activo, por parte del predio que será dominante. En una situación normal consentirán los propietarios de ambas fincas. Lo que aquí nos proponemos estudiar es si pueden proceder a la constitución de las servidumbres otros sujetos que no sean los propietarios de las fincas dominante o sirviente, centrando nuestra atención, fundamentalmente, en si disponen de tal legitimación los titulares de derechos reales limitados sobre dichos predios, pero sin dejar de analizar si también pueden constituirlos los que tienen atribuido el uso de alguna de estas fincas en virtud de un derecho de crédito, o incluso terceros que no tienen relación con los predios entre los que se establece la servidumbre.

Nos encontramos, más que ante un tema clásico, ante un asunto básico, y, como tal, ha sido tratado por la doctrina relativa al Código civil común español al hilo del estudio de las servidumbres, aunque son más bien escasas las referencias a esta cuestión.

Conviene precisar que cuando se tratan los problemas que, desde el punto de vista subjetivo plantea la constitución voluntaria de las servidumbres, se suele focalizar la atención en el aspecto pasivo, es decir, se suele contemplar la cuestión desde la perspectiva de la finca sirviente. Así, por ejemplo, en nuestro Código civil se puede percibir cómo en los artículos 595 y siguientes se regula qué ocurre cuando la finca sirviente se encuentra en comunidad (*cfr.* art. 597), o cuando la misma está gravada con un usufructo (art. 595) o si está dividido el dominio directo y el útil (art. 596)¹. Que ésta sea la perspectiva que principalmente se adopta en el tratamiento de esta materia trasluce que los problemas que se pueden suscitar son de mayor entidad o gravedad en relación al consentimiento que debe prestarse por parte de la finca sirviente que de la dominante. Lo cual es normal hasta cierto punto, pues –como ya dijera Biondi– no es lo mismo hacer recaer sobre una finca un gravamen que obtener un beneficio para la misma²: hay que ser más *cauteloso* en el primer caso que en el

¹ Por su parte, en el Código de Derecho foral de Aragón, también se aprecia la adopción de esta perspectiva centrada en el fundo sirviente de modo que el artículo 562.2 regula el consentimiento que debe prestarse para constituir una servidumbre sobre una finca gravada a su vez con un usufructo; el artículo 563 regula también cómo se presta el consentimiento para gravar una finca en comunidad con una servidumbre. Acaso esta polarización no se aprecie de manera tan evidente en la legislación navarra (leyes 393 y ss. del Fuero Nuevo) o en la regulación catalana (art. 566-1 del Código Civil de la CA catalana).

² BIONDI, Biondo, *Las servidumbres*, Comares, Granada, 2002. Traducción de *Le servitù*, por Juan Manuel GÓZALEZ PORRAS, p. 495.

segundo. No obstante, intentaremos desprendernos de la inercia que puede provocar el tratamiento que suele hacerse de estas cuestiones, para procurar un análisis lo más equilibrado posible entre el lado activo y pasivo de la servidumbre.

Dicho esto, debemos tener en cuenta que la regulación de esta materia en el Código civil español es prácticamente inexistente, siendo el estado de la cuestión bastante pacífico en lo atinente al lado pasivo de la relación, con respecto al cual, puede decirse que, en líneas generales, se viene aceptando que los titulares de derechos reales sobre un fundo pueden gravarlo con servidumbres dentro de los límites de contenido y de duración temporal de su propio derecho³.

Mientras que no es el panorama, ni tan pacífico, ni tan claro, con respecto al lado activo, es decir, cuando se analiza el supuesto de constitución de una servidumbre en beneficio del fundo por el titular de un derecho real limitado sobre el mismo. En este caso no parece estar claro ningún aspecto. Así, existen –en la doctrina referida al Código civil– serias vacilaciones doctrinales acerca de si cabe reconocer legitimación a sujetos distintos del propietario, las cuales sorprenden, habida cuenta de que, como hemos dicho, parece que, en tal caso, se trata de beneficiar al fundo, lo que, debería llevarnos –entendiendo– a ser menos restrictivos que cuando nos referimos a la legitimación desde el lado pasivo. Los que entienden que es dable ampliar la legitimación a otros sujetos como los titulares de derechos reales limitados, dudan acerca de la naturaleza jurídica de la relación que se constituye y, mientras unos requieren el consentimiento del dueño del predio dominante para que la misma tenga trascendencia jurídico-real, otros consideran que, en tanto en cuanto no consienta el propietario, nos encontramos ante una servidumbre personal, que será predial cuando concurra dicho consentimiento.

Todas estas vacilaciones doctrinales se deben –creo yo– a los recelos que, precisamente, provoca el hecho de que, en caso de constitución por el titular de derecho real limitado sobre el fundo dominante, no parece que la servidumbre deba verse sometida a los límites de contenido y duración del derecho real limitado cuya titularidad ostenta el constituyente. Como dice Guilarte: *no habrá problema con que la servidumbre activamente establecida por un sujeto continúe una vez que pierda tal titularidad, es decir, cuando cese el derecho del constituyente, porque la misma beneficia al fundo*⁴. Como no parece que, en este caso, las servidumbres deban

³ Vid., por todos, DÍEZ GARCÍA, Helena, «Comentario al artículo 595 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Aranzadi, Cizur Menor, 2.ª edic. de 2006, p. 762.

⁴ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, en *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 94.

extinguirse cuando lo hace el derecho del constituyente, se produce una situación un tanto compleja por la posición en la que queda el propietario de la finca en relación con la servidumbre, siendo el punto cronológico más problemático el del momento en que se consolida el dominio al extinguirse el derecho real limitado del que es titular el constituyente.

Con respecto a esta última cuestión, hay que tomar en consideración los artículos 566-2.2 Código civil de la CA catalana⁵ (en adelante CCCA catalana) y 562.1 del Código de Derecho foral de Aragón⁶ (en adelante CDFA) que sí regulan este problema. Y, además, lo hacen de manera muy clara y terminante: estableciendo paralelamente la misma norma con independencia de que el titular del derecho real limitado que constituye la servidumbre lo sea sobre el fundo sirviente o sobre el dominante, disponiendo que, en sendos casos, la servidumbre tendrá como límites el contenido y la duración del derecho real limitado del constituyente.

En cuanto al Derecho comparado, la regulación de esta cuestión es dispar. Así, hay Códigos, como el francés, el suizo o el alemán, cuya situación normativa es equiparable a la del Código civil español puesto que no se abordan directamente los problemas que puede suscitar la constitución de servidumbres por quien no es propietario de la finca dominante. Por otro lado, un segundo grupo estaría formado por el Código civil italiano y el portugués que, si bien coinciden con el primer grupo en que la regulación sobre esta cuestión es fragmentaria, sin embargo, regulan expresamente la cuestión que juzgamos más problemática cuál es la de la duración de la servidumbre constituida por quien no es propietario de la finca dominante. Es dable reseñar cómo coinciden en la misma solución que el Código civil holandés, el cual merece un capítulo aparte debido a que el artículo 84 del Título 6 del Libro 5 del Código civil holandés contiene una regulación pormenorizada de los problemas que puede suscitar la constitución de servidumbres por quien no es propietario de la finca dominante o sirviente. Como digo, estos tres Códigos, coinciden en disponer que las servidumbres constituidas por los titulares de derechos reales limitados

⁵ Artículo 566-2.2 del Código civil de la CA catalana:

2. *Pueden constituir una servidumbre los propietarios de la finca dominante o la finca sirviente y los titulares de derechos reales posesorios sobre estas. En este último caso, la servidumbre, si es voluntaria, tiene el alcance y la duración de sus derechos. Las referencias que la presente sección hace a los propietarios de una finca deben entenderse hechas también a los titulares de derechos reales posesorios sobre la finca.*

⁶ Artículo 562.1 del Código de Derecho Foral de Aragón:

1. *Pueden constituir una servidumbre los propietarios de la finca dominante o sirviente y los titulares de derechos reales posesorios sobre estas. En este último, la servidumbre tiene el alcance y la duración de estos derechos.*

sobre la finca dominante no se extinguen cuando lo hacen los derechos reales en cosa ajena de los que son titulares estos sujetos (*cf.*: art. 1078 del Código italiano⁷, el art. 1575 del Código civil portugués⁸ y el art. 84.2 del Libro 5, Título 6.º del Código holandés⁹).

Así las cosas, creo que el estudio está suficientemente justificado. Deberemos partir de las razones que fundamentan la legitimación del propietario para gravar y beneficiar sus fincas con servidumbres para después analizar si deben entenderse legitimados otros sujetos, como los titulares de derechos reales limitados. Admitida esta posibilidad, ha de profundizarse en el estudio de la naturaleza jurídica de las relaciones que se establecen, lo que viene a ser lo mismo que clarificar cómo esos negocios jurídicos inciden en la estructura jurídico-real de la finca. Esta indagación nos permitirá clarificar el papel que estos sujetos –el propietario y los titulares de derechos reales limitados sobre las fincas dominante y sirviente– desempeñan en relación a la servidumbre y a poder concluir acerca de si es adecuado limitar el alcance material y temporal de la servidumbre en función del contenido y duración del derecho real limitado del que es titular el constituyente tanto cuando lo es desde el lado pasivo –en cuyo caso las limitaciones son inevitables– como desde el lado activo. Con respecto a esta última cuestión, frente al Código civil español que nada dice específicamente al respecto, nos encontramos con que, en Derecho comparado, hay normas que consideran que, en tal caso, la servidumbre no debe entenderse constreñida por el contenido y duración del derecho real limitado cuya titularidad ostenta el constituyente, mientras otras normas españolas consideran que sí. Nos proponemos estudiar qué solución es la más adecuada para proponerla como solución a este mismo problema cuando resulte aplicable el Código civil español.

⁷ Artículo 1078 del Código civil italiano:

Servitù costituite a favore del fondo enfiteutico, dotele o in usufrutto. *Le servitù costituite dall'enfiteuta a favore del fondo enfiteutico non cessano con l'estinguersi dell'enfiteusi. Lo stesso vale per le servitù costituite dall'usufruttuario a favore del fondo di cui ha l'usufrutto o dal marito a favore del fondo dotale.*

⁸ Artículo 1575 del Código civil portugués:

Servidões constituídas pelo usufrutuário ou enfiteuta. *As servidões activas adquiridas pelo usufrutuário não se extinguem pela cessação do usufruto, como também se não extinguem pela devolução do prazo ao senhorio as servidões, activas ou passivas, constituídas pelo enfiteuta.*

⁹ Libro 5, Título 6, Artículo 84.2 del Código civil holandés:

When the proprietor of a limited property right (leaseholder, superficiary, usufructuary) has stipulated an easement on someone else's immovable thing on behalf of the immovable thing that is encumbered with his limited property right, then this easement shall not cease to exist at the end of his limited property right, unless this has been agreed upon in the notarial deed by which the easement was established.

I. EL FUNDAMENTO DE LA LEGITIMACIÓN DE LOS PROPIETARIOS DEL PREDIO DOMINANTE Y DEL SIRVIENTE EN ORDEN A LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES PREDIALES

El artículo 594 del Código civil común español dispone que:

«Todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público.»

En lo que importa a este estudio, interesa destacar cómo este precepto alude al propietario como sujeto legitimado para constituir voluntariamente las servidumbres. Aunque esta norma –al igual que ocurría en su precedente más inmediato, el artículo 536 del Código de García Goyena¹⁰– no especifica si se refiere al dueño del predio dominante, al del sirviente o a ambos, suele considerarse que alude al del sirviente. Y es que, en efecto, si nos fijamos en la redacción del precepto, cuando dice que «puede establecer en ella», parece estar refiriéndose a que la finca resultará gravada con una servidumbre; no dice «a favor de ella». Por otro lado, los artículos 595, 596 y 597 que siguen al 594, regulan aspectos relacionados con el consentimiento de la servidumbre desde su vertiente pasiva, de modo que cabe esperar que este precepto –el art. 594– esté regulando también la vertiente pasiva de los consentimientos necesarios para constituir una servidumbre. No obstante lo dicho, suele reseñar la doctrina la necesidad de que consienta su constitución el dueño del predio favorecido con la servidumbre¹¹.

Más claro en este sentido es el artículo 686 del Código civil francés que menciona expresamente al dueño del predio dominante y al del sirviente como sujetos que pueden consentir la servidumbre¹².

¹⁰ Artículo 536 del Proyecto de Código de García Goyena (*cfr. Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, por D. GARCÍA GOYENA, reimpresión de la edic. de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, p. 273):

Todo propietario de una finca ó heredad puede establecer en ella cuantas servidumbres tenga por conveniente, y en el modo que bien le pareciere.

¹¹ En este sentido, *vid.* CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, *Derecho de cosas*, Volumen segundo, *Los derechos reales restringidos*, decimoquinta edición revisada y puesta al día por GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, Reus, Madrid, 1994, pp. 177 y 178; LACRUZ BERDEJO, José Luis, y LUNA SERRANO, Agustín, *Elementos de Derecho Civil*, III, *Derechos reales*, J. M.^a Bosch editor, Barcelona, 1991, pp. 156 y 157; también MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, en *Curso de Derecho Civil*, III, *Derechos reales*, Colex, Madrid, 2.^a edic. 2008, pp. 476 y ss.

¹² Artículo 686 del Código civil francés:

Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services éta-

Por su parte, la ley 396 del Fuero Nuevo navarro contempla la posibilidad de que las servidumbres se constituyan por actos *inter vivos* o *mortis causa*, pero no se especifica —ni en ésta ni en otras normas— quiénes están legitimados para prestar el consentimiento en caso de constitución voluntaria por negocio jurídico. Del tratamiento de esta cuestión en el conjunto de la regulación de la servidumbre se desprende que, al margen de otras consecuencias que extraeremos más adelante, el dueño del predio sirviente y el del dominante se contemplan como sujetos habilitados o legitimados para la constitución voluntaria de las servidumbres, pero con mucha mayor decisión cuando se regula el aspecto pasivo de la servidumbre¹³.

La Ley de Derecho civil de Galicia, haciendo referencia a las servidumbres de paso que son las que regula, alude únicamente al consentimiento del dueño del predio sirviente¹⁴.

blis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public.

L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui les constitue; à défaut de titre, par les règles ci-après.

¹³ Del tratamiento de esta cuestión en el Fuero Nuevo Navarro se desprende que:

– siempre que se alude al aspecto pasivo de la servidumbre, se hace referencia al dueño del predio sirviente (por ejemplo en la ley 401: el propietario del fundo sirviente no puede menoscabar el uso de la servidumbre; en la ley 402: el propietario de una finca gravada con servidumbre de pastos puede cercarla dejando paso al ganado de la finca dominante; en la ley 405: el propietario del fundo sirviente debe reparar el muro en que, en virtud de la servidumbre, puede apoyar su titular un muro o construcción). Es más, se dice que una servidumbre es la limitación de cualquiera de las facultades del propietario (ley 393).

– mientras que, cuando se alude al lado activo de la misma, aunque en ocasiones se hace referencia al dueño del predio dominante (en la ley 399.2 reguladora de la constitución forzosa de las servidumbres de paso a favor de finca enclavada; en la ley 400 que legitima al dueño del predio dominante a pedir la ampliación cuando la servidumbre es insuficiente para cubrir la necesidad a que atiende), se suele aludir también al titular, bien de la finca favorecida con la servidumbre (ley 399.1 reguladora de la servidumbre de paso a favor de finca enclavada), bien de la servidumbre de que se trate (ley 403: que menciona al titular de la servidumbre de luces y vistas; o la ley 405 en que se refiere al abandono de la finca a favor del titular de la servidumbre para que el dueño del predio sirviente se exonerare de los gastos que pueda acarrearle la servidumbre); aunque también es cierto que en el caso de la ley 399 es normal que no se aluda al propietario de la finca enclavada porque la legitimación, en este caso, viene determinada por la necesidad y no tanto por el derecho real de que se sea titular. Es decir, cuando se regula la cuestión desde el lado activo parece haber una indefinición acerca del sujeto que debe consentir, usándose términos como titular del predio dominante.

¹⁴ Ley de Derecho Civil de Galicia:

Artículo 87.

1. Todo propietario de un predio puede establecer sobre el mismo, por actos *inter vivos* o *mortis causa*, las servidumbres de paso que considere convenientes, siempre que no contravenga las leyes y el orden público.

2. La constitución *inter vivos* de la servidumbre de paso por negocio jurídico será válida cualquiera que sea la forma en que se realice, siempre que el propietario del predio sirviente prestara su consentimiento expresa o tácitamente y que su existencia pueda apreciarse derivada de actos o hechos concluyentes.

Siguiendo con cuerpos normativos españoles, hay que afirmar que los preceptos más claros a la hora de exigir el consentimiento de los propietarios de los dos fundos entre los que se establece el servicio que articula la servidumbre son los artículos 562 del CDFA y 566-2.2 del CCCA Catalana, los cuales atienden la doble perspectiva referida más arriba y disponen que, tanto el dueño de la finca dominante como el de la sirviente, pueden constituir servidumbres.

En cuanto al Derecho comparado, hay que precisar que, a excepción del Código civil francés (*cf.* art. 686) que, como hemos dicho, se refiere expresamente a los propietarios como sujetos que deben constituir activa y pasivamente la servidumbre. En el resto de Códigos no encontramos una norma tan terminante y clara en este sentido, pero es evidente que están contemplando la constitución por los dueños del predio dominante y del sirviente: el Código suizo¹⁵, el alemán¹⁶. También ocurre esto en aquellos Códigos que contemplan expresamente la ampliación de la legitimación para constituir servidumbres a sujetos distintos del propietario; concretamente en el Código civil portugués¹⁷ y en el italiano¹⁸. En cuanto

¹⁵ Artículo 731.1 del Código civil suizo:

A parcel of land may be encumbered in favour of another property such that the servant owner must permit the owner of the dominant property to exercise certain rights over it to or may not exercise certain of the rights attaching to his or her property for the benefit of the owner of the dominant property.

¹⁶ Parágrafo 1018 del BGB alemán (Contenido legal de la servidumbre predial):

Una finca puede ser gravada a favor de quien en cada momento sea propietario de otra finca, de modo que éste pueda aprovechar la finca gravada en determinados aspectos o de forma que no puedan realizarse determinados actos sobre aquella o se excluya el ejercicio de un derecho que derive de la propiedad de la finca gravada frente a la otra finca (servidumbre predial).

Traducción del *Código civil alemán*, dir. por LAMARCA MARQUÈS, Albert, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008, p. 273.

¹⁷ Código civil portugués:

Artigo 1543º (Noção)

Servidão predial é o encargo imposto num prédio em proveito exclusivo de outro prédio pertencente a dono diferente; diz-se serviente o prédio sujeito à servidão e dominante o que dela beneficia.

CAPÍTULO II. Constituição das servidões

Artigo 1547º (Princípios gerais)

1. *As servidões prediais podem ser constituídas por contrato, testamento, usucapião ou destinação do pai de família.*
2. *As servidões legais, na falta de constituição voluntária, podem ser constituídas por sentença judicial ou por decisão administrativa, conforme os casos.*

¹⁸ Artículo 1058 del Código civil italiano, al regular la constitución voluntaria de las servidumbres no concreta quién debe consentir y dispone que:

Modi di costituzione: Le servitù prediale possono essere costituite per contratto o per testamento.

al Código holandés, aunque no contemple expresamente una norma que legitime al propietario de los fundos en orden a la constitución de las servidumbres, (y ello aunque –recordemos– sí la establezca para los titulares de derechos reales en cosa ajena sobre dichas fincas en el art. 5:84), es evidente que toda la regulación está pensada desde la perspectiva de su constitución por los propietarios, pudiendo citarse como ejemplos los artículos 5:70.2¹⁹ o el 5:74²⁰.

Entiendo que, pese a la falta de rotundidad de algunas normas para afirmar que el dueño del predio dominante está legitimado para consentir la constitución de la servidumbre, no debe haber ningún problema en afirmar que tanto éste como el dueño del predio sirviente pueden constituir las servidumbres que consideren convenientes, dentro de los límites que señala cada uno de los Ordenamiento jurídicos referidos. Es tan evidente que debe ser así que no se entiende necesario normar o al menos insistir en la regulación de ese aspecto.

Ahora bien, vayamos un poco más lejos e interroguémonos acerca del fundamento de la legitimación de los propietarios en orden a la constitución de las servidumbres. Convendremos en que es muy claro en el caso del propietario de la finca sirviente; sin embargo, cuando nos referimos al dueño del predio dominante el fundamento de su legitimación no es tan terminante, o, al menos, el que pueda darse, permite plantear la posibilidad de ampliar la legitimación a otros sujetos que no sean dueños de la finca dominante. Quizás por ello las normas no son tan terminantes ni claras cuando aluden a quien debe consentir desde el lado activo la servidumbre.

En efecto, *el dueño de la finca sirviente* puede constituir una servidumbre sobre la misma en virtud de la facultad de disposición que integra el contenido del derecho de propiedad cuya titularidad ostenta, pudiendo –en virtud del mismo– transmitir la facultad de un uso parcial y limitado de su finca –que representa el contenido de la servidumbre– a favor del titular de otra finca distinta. No obstante, al hilo del análisis de los derechos reales limitados que legitiman para la constitución de la servidumbre matizaré este fundamento, porque veremos que más que apoyarse esta legitimación en la facultad de disposición de la cosa misma, de su derechos de pro-

¹⁹ Artículo 5.70.2 del Libro 6 del Código civil holandés:

2. *The notarial deed by which an easement is established, may impose an obligation upon the owner of the dominant land to pay a sum of money –the «ground fee»– at regular or irregular intervals to the owner of the servient land.*

²⁰ Artículo 5.74 del Libro 6 del Código civil holandés:

The rights derived from an easement must be exercised in a way that is least aggravating for the owner of the servient land.

propiedad, veremos cómo el fundamento de la legitimación debe apoyarse más en la facultad de uso y disfrute del propietario y, más exactamente, en la facultad de enajenación de esa concreta facultad de uso.

Ahora bien, ¿cuál es la razón que justifica el reconocimiento de la posibilidad de constituir una servidumbre a favor *del propietario de la finca dominante*? No debemos dudar de su legitimación, pero ¿cuál es la razón última? Evidentemente no es la facultad de disposición como en el caso del dueño del predio sirviente, puesto que aquí no se dispone de nada, no se transmite nada, sino que, para el propietario de la finca dominante, nos encontramos ante un negocio de adquisición, ante un incremento de las facultades del derecho de propiedad sobre la finca que le pertenece —que resultará ser dominante—. Entendemos que el propietario de la finca dominante, al constituir la servidumbre, incorpora un beneficio para la misma; es decir, incrementa el contenido de su derecho de propiedad incorporándole una facultad consistente en el uso parcial de otra finca. Pero ¿por qué lo puede hacer? Es importante determinar la razón porque es lo que nos permitirá ampliar o no la legitimación para consentir por parte de la finca dominante a otros sujetos distintos del propietario.

Podemos encontrar un intento de fundamentación en Rebolledo Varela cuando dice, citando a De Page, que *ha de partirse de que dado que la servidumbre predial es un derecho real limitado tendencialmente perpetuo, una relación de servicio que reporta un beneficio al fundo más que a una persona determinada, debe exigirse en general que el que la establece en beneficio y utilidad de un inmueble ostente sobre el mismo un derecho también tendencialmente perpetuo*²¹.

No obstante, aunque reconozco que se trata de una idea muy sugerente, no me acaba de convencer. Y ello, habida cuenta de que, si la damos por buena, habría que reconocer al titular de cualquier derecho real de duración tendencialmente perpetua legitimación para constituir la servidumbre en beneficio de la finca y no sólo al propietario. Por otro lado, el fundamento fracasará cuando contemplemos la constitución de una servidumbre sometida a término. Claro que este argumento sería muy sólido para afirmar la necesidad de que, si se reconociera legitimación a los titulares de derechos reales limitados, debiera limitarse su alcance a la duración de su derecho, como prevén las normas autonómicas catalana y aragonesa. Dejemos esto para más adelante y centrémonos ahora en la

²¹ REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *Tratado de servidumbres*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 150, 154 y 155.

razón que justifica que el propietario del fondo dominante pueda consentir la constitución de la servidumbre.

Entiendo que el fundamento de la legitimación del propietario de un fondo para constituir una servidumbre que le beneficie debe tener otra razón de ser, debe buscarse en otro lugar y no en el carácter perpetuo o temporal de las titularidades en juego, que, en definitiva, es una cuestión coyuntural o circunstancial: es cierto que la servidumbre tiende a la perpetuidad, pero no son esencialmente indefinidas, pudiendo ser temporales. No me parece acertado ligar la legitimación del propietario a una circunstancia coyuntural.

Creo que la perspectiva correcta pasa por tener en cuenta que la servidumbre se constituye para algo, es decir, a su través se articula jurídicamente el que un fondo –el sirviente– preste un servicio a otro para algo, la servidumbre necesariamente debe cubrir una necesidad y ahí es donde debe hallarse el fundamento de la legitimación del dueño del predio que será dominante para consentir su constitución: en la característica de la *utilitas* es donde debe residir la legitimación del propietario del fondo dominante para constituir las servidumbres. Las cuales están llamadas a cubrir una necesidad económica: no sería amparable jurídicamente el establecimiento de un gravamen sobre un fondo sin que del mismo se derivara una utilidad para otra finca.

Creo que será útil, siguiendo la línea argumental trazada en orden a encontrar el fundamento que buscamos, analizar las servidumbres cuya constitución puede imponerse forzosamente. Debemos percatarnos de que, en estos casos, nos encontramos con que:

1.º Algunos textos normativos amplían dicha legitimación a sujetos que no son dueños: unos, de manera clara y directa, como, por ejemplo, el artículo 83.1 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia²²; otros lo hacen indirectamente, como el artículo 566-7.1 del CCCA catalana que, al regular la servidumbre forzosa de paso sólo se refiere al *propietario* del fondo sirviente como sujeto legitimado para pedir su constitución (art. 566-7.1), pero por aplicación del artículo 566-2.2 se amplía la legitimación a titulares de derechos reales posesorios sobre la finca²³; más sutil

²² El artículo 83.1 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, dispone que:

El propietario, el poseedor en concepto de dueño y el titular de un derecho real de uso y disfrute de un predio ubicado entre otros ajenos, sea rústico o urbano, tienen derecho a exigir la constitución forzosa de servidumbre de paso por las propiedades vecinas, previa la indemnización correspondiente.

²³ Artículo 566-2.2 del CCCA catalana:

2. Pueden constituir una servidumbre los propietarios de la finca dominante o la finca sirviente y los titulares de derechos reales posesorios sobre estas. En este último caso, la servidumbre, si es voluntaria, tiene el alcance y la duración de sus derechos. *Las referencias que la presente sección hace a los propietarios de una finca deben entenderse hechas también a los titulares de derechos reales posesorios sobre la finca.*

todavía es la regulación aragonesa, que se refiere al *titular de una finca enclavada* (*cf.* art. 577.1) o al *titular de una finca que carezca de conexión a una red general de saneamiento o suministradora de agua, energía, tecnologías de la información* (art. 581.1), siendo que el artículo 562.1 reconoce –en lo que ahora nos interesa– a los titulares de derechos reales posesorios sobre la finca dominante la legitimación para constituir servidumbres. Por su parte, la ley 399 del Fuero Nuevo de Navarra, que regula la constitución de servidumbres forzosas reconoce, en su párrafo primero, legitimación al titular de la finca favorecida, sin especificar qué titularidad debe tener, si la del derecho de propiedad o cualquier otra. En el segundo párrafo, menciona que el mismo derecho tendrá el propietario de una finca enclavada. Bárber Cárcamo entiende que debe reconocerse legitimación a otros sujetos que tengan atribuido un derecho real que les otorgue la facultad de uso de la finca enclavada²⁴. De modo que se reconoce legitimación a sujetos distintos al propietario, concretamente a aquellos que ostenta la titularidad de derechos que otorgan la facultad de uso de la finca.

2.º Y, con respecto al Código civil común español que sólo hace referencia al propietario de la finca dominante cuando se contempla la posibilidad de solicitar la constitución forzosa de la servidumbre de que se trate (*cf.* art. 564 del Código civil común español), la doctrina viene a admitir, sin ambages, que también los titulares de derechos reales que atribuyen la facultad de uso a otros sujetos distintos de los dueños debe entenderse que disfrutan de dicha legitimación²⁵, llegándose incluso a suscitar la posibilidad de que se habilite a estos efectos a los sujetos que tienen la facultad de uso de la finca en virtud de una relación personal, como, por ejemplo, un arrendatario.

Por lo tanto, en el caso de servidumbres cuya constitución puede imponerse forzosamente, se produce un ensanchamiento de la legitimación para su constitución a los titulares de derechos reales limitados posesorios; algunas normas concretan más y otorgan esta legitimación a quienes son titulares de derechos reales que atribuyen a su titular la facultad de uso y disfrute de la finca que resultará ser dominante. La razón última por la que en estos casos se reconoce legitimación a sujetos distintos del propietario de la finca dominante para constituir la servidumbre es el presupuesto de la necesidad del servicio que se exige para poder imponer forzosamente una servidumbre: de modo que hay que necesitar entrar y salir de una finca a través de otra para que se constituya la servidumbre de paso a favor de finca enclavada. Es decir, se reconoce legitimación activa

²⁴ BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, «Comentario a las leyes 393 a 407», en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, Gobierno de Navarra-Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 1290.

²⁵ *Vid.*, por todos, BUSTO LAGO, José Manuel, «Comentario a los artículos 564 a 570 del Código civil», en *Comentarios al Código civil*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 714.

para exigir la constitución forzosa a los sujetos titulares de derechos reales a quienes pueda ser útil la constitución de la servidumbre. Se ensancha la legitimación activa a aquellos sujetos que *necesitan* esa servidumbre. Normalmente suele necesitarla *quien usa* la finca dominante, es decir, quien tiene atribuida la facultad de uso y usa o puede usar, en consecuencia, el servicio cuya prestación se articula jurídicamente a través de la servidumbre.

Por lo tanto, en el ámbito de las servidumbres de constitución forzosa se reconoce legitimación a cualquier sujeto a quien pueda ser de utilidad y, por tanto, beneficiar el servicio cuya prestación se articula a través de la constitución de la servidumbre.

Estas consideraciones creo que, en cierta medida y salvando las distancias, pueden hacerse extensibles al ámbito de las servidumbres prediales cuya constitución no puede exigirse forzosamente, pudiendo afirmarse que el propietario tiene legitimación para consentir la servidumbre desde el lado activo porque el servicio cuya prestación se articula a su través le reporta alguna utilidad y entiendo que, desde luego, se la proporciona en cuanto que detente la facultad de uso de la finca que le pertenece. El fundamento último de que el propietario de la que será finca dominante pueda consentir la constitución voluntaria de la servidumbre es que en su titularidad se integra la facultad de usar y disfrutar la finca.

Ahora bien, la facultad de uso puede estar atribuida a personas distintas del propietario en virtud, bien de derechos reales limitados, bien de derechos de crédito derivados de relaciones personales. Cuando esto ocurre cabe preguntar: ¿ha de reconocérseles a estos sujetos no propietarios legitimación para constituir la servidumbre? Por lo dicho hasta ahora, convendremos sin dificultad en que la respuesta será afirmativa cuando la servidumbre sea de las que admiten constitución forzosa –al menos cuando se trate de titulares de derechos reales limitados– pero la cuestión debe suscitarse para las servidumbres prediales que no son forzosas. Y si, en ese caso, les reconocemos legitimación: ¿hay que negarla al propietario?

Yendo más lejos y habida cuenta de que se suscita este interrogante con respecto a la finca dominante, deberemos plantearlo también con respecto a la finca sirviente, en aras al respeto a la doble perspectiva que nos hemos impuesto en el tratamiento de esta cuestión. De modo que debemos interrogarnos también sobre sí, a aquellos sujetos que tienen atribuida la facultad de disposición –mejor y más precisamente dicho, la facultad de enajenación de la facultad de uso– de la finca que sería sirviente de constituirse la servidumbre, debe reconocérseles paralelamente la posibilidad de gravar dicha finca con una servidumbre.

II. LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES POR SUJETOS QUE NO SON PROPIETARIOS DE LA FINCA SIRVIENTE

1. Ampliación de la legitimación a otros sujetos distintos del propietario

Es una obviedad que el propietario de la finca sirviente tiene legitimación para gravarla con una servidumbre predial, en base –como hemos dicho– a la facultad de disposición que conforma el contenido del derecho de propiedad cuya titularidad ostenta –aunque el fundamento de la legitimación del propietario la matizaremos más adelante y la centraremos más en la facultad de uso y la libre disponibilidad de dicha facultad–. Lo que se trata ahora es de analizar si la legitimación por parte de la finca sirviente para consentir la constitución de la servidumbre puede estar en manos de otro sujeto que no sea el propietario. Desde el punto de vista normativo, no creo que las referencias que hacen algunas de las normas examinadas al propietario del fundo sirviente (*cfr.* art. 686 del Código civil francés o el artículo 595 del Código civil español) en este orden de cosas, pueda extraerse la conclusión de que éste sea el único sujeto legitimado. Lo mismo creo que cabe decir con respecto a aquellas normas en que no se alude directamente a ningún sujeto desde esta perspectiva, pero con respecto a las cuales es evidente que se está regulando tomando como referencia subjetiva la del propietario del fundo sirviente (Código suizo, italiano, portugués) como sujeto que constituye la servidumbre.

La doctrina suele –salvo alguna excepción²⁶– ampliar la legitimación a otros sujetos distintos del propietario²⁷. Podríamos entender que cabe ampliar la posibilidad de constituir la servidumbre en cuanto que otro sujeto distinto del propietario ostente –mediante

²⁶ En la actualidad es contrario a esta posibilidad: CUADRADO IGLESIAS, Manuel, «Comentario al artículo 594 del Código civil», en *Comentario del Código civil*, tomo I, por Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1503.

Conviene tener en cuenta al respecto que, en el Proyecto de GARCÍA GOYENA, éste también se muestra contrario al reconocimiento de dicha posibilidad y en el Comentario al artículo 536 de su Proyecto que se refiere expresamente a la legitimación del propietario dice que, basándose en que nos encontramos ante un acto de enajenación: *No podrán pues imponerle el usufructuario y los que están bajo la autoridad paterna o marital o bajo tutor o curador* (*cfr. Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, por D. GARCÍA GOYENA, reimpresión de la edic. de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, p. 273).

²⁷ JUAN ROCA, Juan, «Comentario a los artículos 594 a 599 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO, Manuel, tomo VII, vol. 2.º, p. 258, que considera que si el usufructuario puede enajenar su derecho también puede constituir la servidumbre. *Vid.* también LACRUZ BERDEJO, José Luis, y LUNA SERRANO, Agustín, *Elementos de Derecho civil*, III, volumen segundo, 1991, p. 156; también MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *Curso de Derecho Civil*, III, *Derechos reales*, 2.ª edic. de 2008, p. 477.

un derecho real— la facultad de disposición. Claro que la cuestión entonces es sobre qué hay que tener facultad de disposición. ¿Sobre la cosa misma, sobre su propiedad? Es decir, ¿para poder constituir una servidumbre es necesario tener la libre disponibilidad de la cosa no siendo propietario? Estas circunstancias concurren, por ejemplo, cuando hay una hipoteca: la facultad de enajenación corresponde al titular de la misma siempre y cuando concurren las circunstancias para ello, ¿cabe plantear por ello que el acreedor titular de un derecho real de hipoteca sobre la finca que sería sirviente puede constituir una servidumbre? Como veremos esa posibilidad no cabe.

Y ello porque no es menester tener la libre disponibilidad del derecho de propiedad sobre la cosa. Cuando se constituye una servidumbre no se dispone de la finca gravada, no se enajena su propiedad, sino que lo que se transmite es una facultad de uso limitado o parcial de la cosa. Por lo tanto, habremos de ampliar la legitimación, no tanto con respecto a titulares de derechos reales que otorguen la facultad de enajenar la finca, cuanto en relación a aquellos que tengan atribuida la facultad de uso de la finca y puedan disponer de ella; es decir, tendrán que tenerla atribuida en medida tal que incluya el contenido de la servidumbre que, normalmente, consistirá en una facultad de uso limitado y parcial de la finca. Así, por ejemplo, el usufructuario puede disponer, en principio, de su derecho de usufructo y, en consecuencia, de la facultad de uso que tiene sobre la finca. Se suele considerar mayoritariamente que los que se encuentren en esas condiciones pueden gravar la que será finca sirviente con una servidumbre²⁸.

Parece, por tanto, comprensible que normas que se han aprobado más recientemente, siguiendo los dictados de la doctrina vertida en torno al Código civil común español, hayan otorgado abiertamente legitimación a otros sujetos distintos del propietario en orden a la constitución de servidumbres prediales; concretamente, el artículo 562.1 del CDF de Aragón y el artículo 566-2.2 del CCCA catalana otorgan legitimación a los titulares de derechos reales posesorios sobre la finca sirviente.

En Derecho comparado, el único Código que expresamente contempla la legitimación de otros sujetos distintos al propietario en orden a la constitución de las servidumbres por parte del predio

²⁸ REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *Tratado de servidumbres*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 146. También LACRUZ BERDEJO y LUNA SERRANO, en *Elementos de Derecho civil, III, Derechos reales*, vol 2.º, *Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*, edit. Barcelona, p. 76, admite abiertamente esta posibilidad diciendo que: *Cada titular real del fundo (usufructuario, propietario, enfiteuta) podrá comunicar a título de servidumbre las facultades que tiene sobre la finca.*

serviente es el holandés (*cf.* art. 84. 1, inciso 2 del Libro 5, Título 6²⁹) que lo reconoce a favor del usufructuario, el superficiario y el *leaseholder* (titular de un derecho real limitado de facultades casi similares a las del propietario).

Ahora bien, habrá que precisar, en relación al Derecho español, qué tipo de titularidades sobre la finca serviente distintas al derecho de propiedad otorgan legitimación a estos efectos, sólo los derechos reales limitados (mencionados por el art. 84.2 del Código holandés y por los arts. 562.1 del CDF de Aragón y el art. 566-2.2 del CCCA catalana), o también los derechos de crédito que permiten usar una finca ajena.

2. Titulares de derechos reales limitados

Veamos qué titularidades de derechos reales limitados sobre la finca serviente legitiman para gravarla con una servidumbre.

A) *Análisis de los derechos reales que legitiman para la constitución de servidumbres*

Hemos relacionado la legitimación para gravar una finca con una servidumbre con la circunstancia de que el derecho real limitado del constituyente le atribuyera una facultad de disposición. Ahora bien, hay que precisar un poco más, en el sentido de que no basta cualquier facultad de disposición sobre la finca que va a ser serviente o sobre el derecho del que se es titular: si sólo esa circunstancia fuera determinante deberíamos considerar que el derecho real de hipoteca sobre la propiedad o sobre el usufructo de la finca o sobre cualquier otro derecho real limitado susceptible de ser hipotecado, debería habilitar para gravar el fundo con una servidumbre. Sin embargo, el titular de una hipoteca –ya sea sobre la propiedad o el usufructo– no está habilitado para ello, primero, porque así lo dispone el artículo 1859 del Código civil común español conforme al cual el acreedor no puede disponer de las cosas hipotecadas. Sin embargo, aun podríamos argüir que sí puede disponer de su derecho real de hipoteca; pero tampoco esto permite reconocerle la posibilidad de constituir una servidumbre sobre la finca hipotecada y ello porque, además y en segundo lugar, será

²⁹ Artículo 84.1 (inciso 2) del Libro 5, Título 6 del Código civil holandés:

Such a limited proprietor (leaseholder, superficiary, usufructuary) may also agree with the owner of that other immovable thing that an easement is established on the immovable thing that is encumbered with the long leasehold, right of superficies or usufruct on behalf of that other immovable thing.

necesario que el contenido del derecho cuya titularidad ostenta el constituyente incluya la facultad de usar y disfrutar la finca del mismo modo y en la misma medida en que lo va a poder hacer el titular activo de la servidumbre. El acreedor hipotecario no tiene atribuida la facultad de usar o disfrutar de la finca, de modo que no puede constituir la servidumbre porque no puede enajenar una facultad que no integra el contenido del derecho de hipoteca del que es titular; y esto es así pese a que ostente –en determinadas circunstancias– la facultad de disposición sobre la cosa misma, de la propiedad de la finca³⁰. Por otro lado, las normas aragonesa y catalana precisan que sólo pueden constituir servidumbres los titulares de derechos reales *posesorios*, y la hipoteca no lo es porque no conlleva la posesión de la finca hipotecada.

De lo dicho, se deduce que, como ya hemos dicho, el fundamento de la legitimación del propietario no radica tanto en la facultad de enajenación de la cosa misma, cuanto en la facultad de uso y disfrute de la finca que integra su derecho de propiedad y en la facultad de disponer de la misma. De modo que el fundamento de su legitimación coincidiría con el del propietario del fundo dominante y sería la atribución de la facultad de uso de la finca.

Lo cual nos conduce inevitablemente al ámbito de los derechos reales limitados de goce que otorgan a su titular la facultad de usar o disfrutar en alguna medida la finca. Se suele pensar en el usufructo de modo que casi todas las disquisiciones doctrinales sobre esta cuestión suelen formularse y girar en torno a la legitimación del usufructuario de la finca sirviente en orden a la constitución de la servidumbre. Es más, Rebolledo considera que la posibilidad de ampliar la legitimación que analizamos a sujetos distintos del propietario se limita al usufructuario, puesto que no cabe admitir una servidumbre sobre servidumbre³¹.

En cuanto al usufructuario la legitimación en orden a la constitución de servidumbres prediales puede derivarse de lo dispuesto en el artículo 480 del Código civil común español, conforme al cual el usufructuario puede enajenar su derecho de usufructo; lo mismo cabe decir del Derecho catalán, en cuanto que el artículo 561-9 del CCCA catalana dispone que *el usufructo es disponible por cualquier título*. Sin embargo, la ley 408.2 del Fuero Nuevo de Navarra dispone que: *El usufructuario no podrá ceder su derecho*,

³⁰ En el mismo sentido: GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, en *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 120: *el acreedor hipotecario no puede constituir servidumbre alguna con base en su derecho al no disponer de facultad alguna sobre el fundo hipotecado mientras pende la garantía*.

³¹ REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *Tratado de servidumbres*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 146.

pero sí el ejercicio del mismo por el tiempo que dure el usufructo, recogiendo la intransmisibilidad propia del usufructo en Derecho romano; esto determina que el usufructuario no pueda enajenar su derecho real –a diferencia de lo que ocurre en el Código civil común español–³². Consecuentemente, al usufructuario cuya relación se rige por el Derecho navarro, hay que negarle legitimación para constituir servidumbres, al menos, las mismas no podrán tener la naturaleza de derechos reales como veremos en el apartado relativo a las servidumbres obligacionales³³.

En cuanto al titular de una servidumbre, como hemos dicho, Rebolledo le niega –entiendo que acertadamente por lo que digo a continuación– legitimación para constituir una servidumbre. Analicemos detenidamente el supuesto: estamos intentado determinar quién está legitimado para gravar la finca sirviente con una servidumbre, es decir, quién puede permitir que otro sujeto use parcialmente la finca sirviente. ¿Puede el titular de una servidumbre ya constituida sobre una finca cederla parcialmente a favor del titular de otra finca? El titular de esa servidumbre es necesariamente el titular activo de la misma, es decir, el propietario de la finca dominante. En principio y en la medida en que la servidumbre otorga un derecho de uso sobre una finca, no parece que debiera haber inconveniente teórico en reconocer esta posibilidad, salvo que nos encontremos ante un supuesto en el que forzosamente se ha impuesto la servidumbre contra la voluntad del dueño del predio sirviente: en tal caso, habría de comprobarse que, con respecto a la nueva finca, concurriría también la situación de necesidad que autorizara su constitución forzosa. Sin embargo, esta apreciación inicial favorable a la posibilidad de que el titular de una servidumbre pueda cederla parcialmente a favor del propietario de otra finca debe descartarse en cuanto que, como reza el artículo 534 del Código civil español común, las servidumbres son *inseparables* de la finca a la que activa o pasivamente pertenecen, de modo que no pueden enajenarse separadamente de la finca a cuyo favor se constituyen. Esto no parece suponer ningún inconveniente cuando la servidumbre la constituyen los propietarios de las fincas: no pueden enajenarla total ni parcialmente a favor de otra finca, sólo pueden transmitirla cuando enajenan el predio de su pertenencia, que es el dominante. De modo que si el titular de la servidumbre es el

³² Vid. ARREGUI GIL, José, «Comentario a las leyes 408 y ss. del Fuero Nuevo», en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo XXXVIII, *Leyes 346 a 487 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, EDERSA, p. 279.

³³ Sobre esta cuestión vid. BÁRBER CÁRCAMO, Roncesvalles, «Comentario a la ley 408», en *Comentarios el Fuero Nuevo*, dir. por Rubio Torrano, Enrique, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 1332 y ss.

propietario de la finca dominante, éste no podrá enajenar la servidumbre si no dispone de la finca. Y lo mismo cabe decir respecto a los titulares de derechos reales limitados que han constituido la servidumbre para favorecer la finca sobre la que recae su derecho, es decir, que son titulares activos de la servidumbre³⁴.

Por otro lado, no tiene sentido suscitar si quien soporta pasivamente la servidumbre puede constituir una servidumbre sobre la misma, pues no puede disponer de una facultad que ha sido atribuida a otro sujeto en virtud, precisamente, de un derecho de servidumbre.

Siguiendo nuestro análisis, cabe mencionar la precisión de Roca Juan en el sentido de que debe negarse al usuario y al habitacionista la posibilidad de que constituyan la servidumbre, *por el carácter personal de estos derechos, con la prohibición de transmitirlos que expresamente recoge el artículo 525 del Código civil*³⁵. Parte este autor de la consideración de estos derechos reales como intransmisibles otorgando al precepto referido naturaleza de norma imperativa. En esta misma línea encontramos la opinión de Lacruz para el cual, la intransmisibilidad forma parte del *tipo* del derecho real de uso y habitación³⁶. Sin embargo, no es cuestión pacífica la catalogación del artículo 595 como norma imperativa, entendiendo otros autores que se trata de un precepto dispositivo. Así, según Albaladejo³⁷, puede pactarse la posibilidad de enajenar el propio derecho de uso o habitación, o la de ceder su disfrute sin disponer del derecho; opinión, ésta, que permitiría –de ser mantenida– aceptar que el usuario y el habitacionista pudieran constituir una servidumbre sobre la finca que gravara el derecho del que son titulares sin necesidad de consentimiento del propietario siempre y cuando se reconociera la facultad de disposición en el título consti-

³⁴ Cuando los titulares de la servidumbre son titulares de derechos reales sobre la finca dominante, entiendo que tampoco el usufructuario puede enajenar la servidumbre al usufructuario o al propietario de otra finca distinta a la que inicialmente era dominante. En cuanto a un sucesivo usufructuario de la misma finca, entiendo que el segundo usufructuario adquiere la titularidad de la servidumbre no porque se la haya transmitido el usufructuario que le haya podido transmitir el usufructo, sino porque la facultad de uso y disfrute de la finca que integra el contenido del derecho de propiedad está conformada por la servidumbre desde que la misma se constituye y forma parte de la facultad de uso y disfrute del bien cuando ésta se desvincula de la propiedad plena. Por tanto, puede concluirse que cuando el titular activo de una servidumbre es titular de un derecho real limitado sobre la finca dominante tampoco puede constituir una servidumbre sobre la servidumbre de la finca sirviente.

³⁵ ROCA JUAN, Juan, «Comentario a los artículos 594 a 599 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO, Manuel, tomo VII, vol. 2.º, p. 259.

³⁶ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, III, volumen segundo, 1980, pp. 61 y 62.

³⁷ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, tomo III, *Derecho de bienes*, vol. 2.º, *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1994, p. 98.

tutivo del derecho de uso o habitación³⁸. También es partidario de reconocer legitimación a los titulares de estos derechos Guilarte, porque entiende que la prohibición de transmitirlos que establece el artículo 525 se fundamenta en que *no se desnaturalicen tales derechos con la cesión que frustraría sus finalidades de tipo personal. Ahora bien, la constitución de la servidumbre no quebrantaría las finalidades del instituto o, de hacerlo, en mucha menor medida que el traspaso del propio derecho*³⁹. De donde se deriva que, para este autor, el reconocimiento de legitimación al usuario o habitacionista, no estaría tanto en su carácter transmisible o intransmisible –aunque hace constar la necesidad de pacto que permita la constitución de las mismas–, sino que dependería de si su constitución afecta o no al cumplimiento del fin personal que les es propio.

En Derecho navarro, los derechos de uso y de habitación, no son disponibles, como el usufructo; no obstante, el habitacionista puede arrendar total o parcialmente la vivienda –ley 424 del Fuero Nuevo–. Por su parte, el usuario no puede ceder su derecho, pero sí compartir su ejercicio con otras personas –ley 425–; entiendo que, al igual que en el caso del derecho de habitación, se trata de que puede ceder parcialmente el ejercicio de su derecho mediante relaciones de carácter personal y no real.

En Derecho catalán el derecho de uso y habitación es indisponible de manera unilateral por el titular –art. 562-4.1 del CCCA catalana–, debiendo recabarse el consentimiento de los propietarios de la finca para enajenar o gravar su derecho; de modo que no podrán el usuario y el habitacionista ellos solos constituir una servidumbre que grave la finca que disfrutan, aunque sí podrán hacerlo si consiente el propietario. Más adelante volveremos sobre esta norma cuya interpretación puede suscitar alguna duda.

Decidir si el enfiteuta puede constituir pasivamente la servidumbre implica también ciertos problemas, ya que son varios los preceptos que deben tomarse en consideración. Para empezar el artículo 596 del Código civil viene a decir que, el establecimiento de servidumbres voluntarias y perpetuas requiere el consentimiento del dueño directo y del titular del dominio útil; sin embargo, el artículo 1634 del Código civil, al señalar un límite a la constitución de servidumbres prediales por el enfiteuta –que la servidumbre no puede mermar la producción de la finca cuando la pensión del censo consista en una parte alícuota de los frutos–, está recono-

³⁸ En este mismo sentido, *vid.* CUADRADO IGLESIAS, Manuel, «Comentario al artículo 594 del Código civil», en *Comentario del Código civil*, tomo I, edit. por Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1508.

³⁹ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, en *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, edit. Montecorvo, Madrid, 1984, p. 111.

ciéndole la posibilidad de constituir las por sí solo. En opinión de Roca Juan deben introducirse matizaciones en función de la naturaleza jurídica que se reconozca al derecho del que es titular el enfiteuta: para este autor, si se considera que el enfiteuta es el propietario de la cosa, debe reconocérsele disponibilidad sobre la finca, de modo que habría que admitir la posibilidad de que la grave con servidumbres; mientras que, en la concepción no dominante en la actualidad, el enfiteuta sería titular de un derecho real en cosa ajena⁴⁰. Lacruz, por su parte, admite la posibilidad de que pueda constituir servidumbres el enfiteuta⁴¹. Y es que, en efecto, con independencia de cuál sea la naturaleza de tal derecho –propiedad o derecho real en cosa ajena– podría considerarse que está legitimado, entre otras razones, porque, aunque no tenga la libre disponibilidad de la finca, sí tiene su uso pudiendo enajenarlo parcialmente con la constitución de una servidumbre. Sin embargo, es muy difícil prescindir del artículo 596 del Código civil común español que exige el consentimiento de los dos dueños; por ello acaso deba valorarse la opinión de Rebolledo Varela que, para compatibilizar este precepto con el artículo 1634 del Código civil común español, introduce matizaciones aceptando la posibilidad de que el enfiteuta constituya servidumbres temporales, o entendiendo que: *si la pensión no consiste en parte alícuota de los frutos, sería admisible la constitución de servidumbre perpetua con el consentimiento tácito del titular del dominio directo dado que el carácter expreso de tal consentimiento sólo se exige en el supuesto regulado en el artículo 1634 CC, pero no en la regla general del artículo 596 del CC*⁴².

Por su parte, los titulares de una propiedad superficiaria pueden constituir una servidumbre sobre la misma. En este sentido, el artículo 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo dispone que: *El derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo*. Más clara es, en este orden de cosas, la ley 428 del Fuero Nuevo de Navarra conforme a la cual: *El titular puede, por sí solo, constituir servidumbres a favor del inmueble a que tales derechos se refieren* –alude al derecho de superficie y a los derechos de sobre y subedificación–. Por su parte, el artículo 564-4.2.a) del CCCA catalana reconoce la

⁴⁰ ROCA JUAN, Juan, «Comentario a los artículos 594 a 599 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO, Manuel, tomo VII, vol. 2.º, p. 259.

⁴¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis, y LUNA SERRANO, Agustín, *Elementos de Derecho civil*, III, volumen segundo, 1991, p. 156.

⁴² REBOLLEDO VARELA, *Tratado de servidumbres*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 137.

posibilidad de pactar en el título constitutivo: *La limitación de la disponibilidad de los superficiarios sobre su derecho, en concreto, sometiéndola al consentimiento de los propietarios de la finca*; de modo que, si no se prohíbe expresamente, tienen posibilidad de enajenar su derecho y, por tanto, la facultad de uso de la finca que el mismo implica.

No obstante, en relación al derecho de superficie, hay que tener en cuenta que deben distinguirse dos etapas de su vida separadas por la construcción del edificio sobre el que recae la propiedad superficiaria:

– Existiendo dicha construcción –ya sea desde el principio de la constitución del derecho o cuando se edifica después de constituirse el mismo–, el superficiario puede constituir servidumbres prediales sobre dicha finca sin ningún tipo de problema, en cuanto que es propietario⁴³.

– Antes de la existencia de la edificación, sin embargo, las servidumbres que constituya no se transmitirán y no serán eficaces como derechos reales hasta que no exista el edificio, pues no habrá podido operarse la *traditio*.

Lo mismo cabe decir con respecto a los derechos de sobre y de subedificación configurados como derechos reales sobre cosa ajena: hasta que el titular no sea propietario pleno de lo sobre o subedificado –para lo cual ha debido construirse–, no podrán adquirirse como derechos reales las servidumbres que, con antelación, haya podido constituir el titular de estos derechos.

B) *Naturaleza de la relación constituida*

a) Relaciones jurídico-reales

Cuando quien constituye la servidumbre es el propietario de la finca sirviente o el titular de alguno de los derechos reales que habilitan para ello, la doctrina conviene en que la servidumbre constituida tiene naturaleza jurídico-real. O, al menos, puede llegar

⁴³ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, en *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 117, parece aceptar la posibilidad de que el superficiario constituya servidumbres incluso perpetuas sobre el edificio que permanecen cuando se extingue su derecho, basándose en la inherencia de la servidumbre. Sin embargo, el vigente artículo 41.5 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo dispone que, cuando se extingue el derecho de superficie por el transcurso del tiempo fijado, deben entenderse extinguidos los derechos reales y personales impuestos por el superficiario.

a tener esa naturaleza –siempre y cuando se produzca la *traditio*⁴⁴–. En este sentido se pronuncia Albaladejo afirmando que:

Tal cosa sí es posible que la hagan los titulares de un derecho, aun sin ser propietarios de la finca gravada, pues obsérvese que verdaderamente no se trata de gravar ésta en el sentido de establecer un derecho sobre ella que reduzca el contenido de la propiedad, sino de reducir el derecho que desde antes la gravaba, cediendo facultades del mismo. Y como las facultades de éste recaían directamente sobre la cosa, las que se cedan, también recaen directamente sobre ella. Entonces es innegable que la servidumbre existe como derecho real formado, no a costa de la propiedad, sino a costa del derecho real que limitaba a ésta.

En cuanto al titular de un derecho real indisponible como es el caso del usufructuario regido por el Derecho navarro, o el usuario o habitacionista si se entienden –en relación al Código civil común español– o son –como en Derecho navarro– derechos esencialmente intransmisibles, puede considerarse que si constituyen una servidumbre, la relación no podrá ser de naturaleza real sino meramente personal, es decir, de esa relación sólo surgirán derechos de crédito o personales al uso parcial o limitado de la finca que presta el servicio⁴⁵.

b) ¿Qué resulta gravado con la servidumbre: la finca o el derecho real limitado?

Entiendo que, cuando quien consiente es el titular de un derecho real limitado, la servidumbre grava la propiedad de la finca, pero lo hace, *indirectamente*; lo cual no creo que sea incompatible con la consideración de que también se está gravando el derecho real limitado. Las cosas entiendo que, en la arquitectura o estructura de las relaciones jurídico-reales o del contenido jurídico de las titularidades reales que recaen sobre la finca sirviente, ocurren como se expone:

⁴⁴ El artículo 566-2.1 del Código civil de la CA catalana dispone que las servidumbre sólo requieren título y no modo para su transmisión. De modo que en las relaciones sometidas a este conjunto normativo no será necesaria *traditio* para la constitución de la servidumbre con alcance jurídico-real.

⁴⁵ Quienes niegan legitimación a los titulares de derechos reales limitados para constituir servidumbres, suelen valorar la posibilidad de que constituyan relaciones de naturaleza personal. En este sentido. *Vid.* MANRESA y NAVARRO, José M.^a, *Comentarios al Código civil español*, tomo IV, séptima edición, Reus, Madrid, 1972, p. 1016: *el usufructuario no puede imponer servidumbres sobre el fundo usufructuario, porque no es propietario de él. Lo que sí puede hacer es ceder el disfrute de parte de su usufructo bajo la forma de ejercicio de una servidumbre: por ejemplo, permitir el paso por su finca a un colindante; pero téngase en cuenta que no impone servidumbre, sino que cede un derecho personal dentro de los límites del suyo, sin que pueda en modo alguno afectar al del dueño de la finca usufructuada.*

El titular de un derecho real limitado tiene adjudicada una facultad de uso de la finca, la cual integra el contenido del derecho pleno de propiedad sobre dicho fundo; derecho de propiedad del que está desmembrada o desgajada dicha facultad en virtud del derecho real limitado en cuestión. Cuando el titular de ese derecho real limitado constituye una servidumbre, está enajenando parte de la facultad de uso sobre la cosa que su derecho le otorga e, *indirectamente*, está atribuyendo parte del contenido del derecho de propiedad pleno sobre la finca a otro sujeto. De modo que cabe decir que, gravando su derecho, grava la finca o, mejor dicho, grava el derecho de propiedad sobre la finca, incorporando una relación jurídica más a la estructura jurídico real de la misma.

En realidad, la consideración de si lo que se está gravando con la servidumbre es la propia finca o el derecho real limitado del que es titular el constituyente, no tiene consecuencias prácticas importantes, en cuanto que la servidumbre así constituida tiene, como veremos, unos límites muy claros. Tampoco tiene consecuencias desde el punto de vista dogmático en cuanto que, tanto en un caso como en otro, puede afirmarse que se respeta la característica de inherencia de la servidumbre a la finca a la que pasivamente pertenece.

C) *¿Es incompatible la legitimación de estos sujetos con la del propietario?*

Una de las cuestiones que suscita el hecho de que los titulares de derechos reales limitados puedan constituir servidumbres es si dicho reconocimiento impide que las pueda constituir el propietario.

La exclusión, entiendo, estará en función del contenido de la servidumbre que se proyecta constituir. Cuando ésta no afecte el ejercicio del derecho real limitado constituido sobre la finca a favor de otro sujeto, el propietario conservará legitimación plena para constituir servidumbres. Así, por ejemplo, puede constituir una servidumbre de acueducto si no perjudica el usufructo atribuido a otro sujeto o una servidumbre de paso para que adquiera eficacia una vez que se extinga el derecho de usufructo que resultaría perjudicado por la misma.

Otra cosa es si se trata de una servidumbre cuyo contenido afecta el ejercicio de algún derecho real limitado que grava la finca. En este sentido, conviene traer a colación lo dispuesto en el artículo 595 del Código civil común español que exige que concurra el consentimiento del usufructuario cuando la servidumbre que proyecta constituir el nudo-propietario perjudica el derecho del usu-

fructo (norma que reproduce literalmente el artículo 562.2 del CDF de Aragón). Esta disposición debe interpretarse en el sentido de que, si la iniciativa para la constitución procede del nudo-propietario y la servidumbre proyectada perjudica al usufructuario, éste debe consentir la constitución de la servidumbre. Pero esto no significa que, si la iniciativa procede del usufructuario, siendo que sólo a él le afecta el servicio que se articula a través de la servidumbre, éste deba recabar el consentimiento del nudo-propietario. Es más, creo que, en caso de que la servidumbre afecte al usufructo, puede afirmarse que, mientras el usufructuario puede por sí sólo consentir la servidumbre, el nudo-propietario no podrá hacerlo sin contar con aquél.

Por otro lado, aunque el usufructuario pueda por sí sólo –es decir, sin contar con el consentimiento del nudo-propietario–, constituir una servidumbre que sólo afecte a su derecho, podrá constar el consentimiento del nudo-propietario, lo cual no es irrelevante, en cuanto que da a la servidumbre otra dimensión, sustrayéndola de los límites de contenido y de duración que tendría de constituirse sólo –por parte de la finca sirviente– por el usufructuario y a los que aludiré más adelante.

Ahora bien, ¿qué ocurre en aquellos casos en que el titular del derecho real limitado no está habilitado para constituir la servidumbre? Recordemos que no lo están en el caso de tratarse de un usufructo sometido al Derecho navarro, tampoco los usuarios y habitationistas del Código civil común si estos derechos los entendemos intransmisibles. Además, hay que tener en cuenta que para el usuario o habitationista sometidos al Derecho catalán se establece legalmente que no pueden disponer de su derecho si no es con el consentimiento del propietario –art. 562-4.1 del CCCA catalana–. Distingamos dos supuestos distintos:

– Por un lado, el caso que afecta a los derechos de usufructo, uso y habitación navarros y el derecho de uso y habitación regidos por el Derecho común español para quienes creen que son intransmisibles. El Fuero Nuevo y el Código civil se limitan a prever su indisponibilidad por sus titulares. Entiendo que el propietario sólo podrá constituir servidumbres que afecten a estos sujetos contando con el consentimiento de éstos; pero, en este caso, la servidumbre la constituye el nudo-propietario y grava la finca, de modo que, no va a tener los límites de duración y contenido propios de los derechos a los que afecte.

– Distinto es el caso de los derechos de uso y habitación del Derecho catalán, para los que el artículo 562-4.1 dispone que: *Los usuarios y los que tienen derecho de habitación solo pueden*

*gravar o enajenar su derecho si lo consienten los propietarios*⁴⁶. A mi modo de ver, el artículo 562-4.1 recoge la disponibilidad de estos derechos por sus titulares pero necesitan el complemento que representa el consentimiento del propietario. Aunque, en un principio, pueda parecer que nos encontramos en la misma situación que en el caso anterior, ya que deberán consentir el propietario y los titulares de derechos reales limitados, lo cierto es que no es lo mismo. Ya que, en este caso, se puede plantear el problema de desentrañar la dimensión del consentimiento dado por el propietario: puede interpretarse que, al consentir, sustrae a la servidumbre de los límites de contenido y duración del derecho de uso o habitación a que afecta la servidumbre, o puede entenderse que únicamente esta consintiendo la enajenación por el usuario o habitacionista de su derecho y que, por tanto, la servidumbre constituida sigue estando delimitada en su alcance –en cuanto a contenido y duración– por los derechos de uso y habitación. A mi modo de ver, que el consentimiento del propietario se interprete de un modo u otro dependerá de quién haya tenido la iniciativa para la constitución de la servidumbre, pero tal circunstancia puede no ser fácil de precisar, con lo cual, ante la duda, me inclino por el menor gravamen sobre la finca sirviente y entender que el propietario sólo está autorizando al usuario y habitacionista la enajenación de parte de su derecho –del de uso o habitación–, salvo que otras circunstancias como el sujeto que, en su caso, recibe la indemnización o el precio fijado para la constitución de la servidumbre indiquen otra cosa.

D) *Límites de contenido y temporales de las servidumbres constituidas por estos sujetos*

Ahora bien, y como no podía ser de otra manera en virtud del principio *nemo dat quod non habet*, la posibilidad de que los titulares de derechos reales limitados y posesorios sobre una finca puedan gravarla con una servidumbre sólo cabe dentro de los márgenes que marcan el contenido y la duración de los derechos cuya

⁴⁶ Hay que tener en cuenta que el artículo 36 de la Ley catalana 13/2000, de 20 de noviembre de Regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación, establecía la indisponibilidad del derecho de uso y habitación por su titular. Decía este precepto que «El usuario y el habitacionista no pueden alienar su derecho» Lo cual ha cambiado al introducirse en el CCCA catalana un precepto en el que se permite su enajenación con el consentimiento del propietario (*cf.* art. 562-4.1). De ese modo, la doctrina catalana en relación al precepto anteriormente vigente venía a negar legitimación para constituir servidumbres a los usuarios y habitacionistas, amparándose en que se trataba de *derechos que no permiten una utilización exclusiva de la finca*. *Vid.* GINER GARGALLO, Antonio y DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, en *VVAA, Comentarios de Derecho Patrimonial Catalán*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 557.

titularidad ostentan: la servidumbre no podrá rebosar el contenido de esos derechos, y, además, necesariamente se extinguirá –si no lo hace antes– cuando lo haga ese derecho⁴⁷.

Las limitaciones a que aludimos existirían aun sin norma que expresamente las formulara. Y es que, en efecto, cuando es el titular de un derecho real limitado sobre la finca sirviente quien constituye la servidumbre, no puede obligar al propietario a soportar el gravamen que ésta implica cuando la misma excede el conjunto de facultades reconocidas al constituyente sobre la finca –salvo que concurra el consentimiento del dueño–. Por otro lado, la servidumbre no puede durar más que su derecho sobre la finca sirviente, ya que supondría obligar al dueño a recibir –en el momento de la consolidación– una propiedad con un gravamen que no ha consentido, lo cual va en contra del principio de prioridad que rige en materia de derechos reales.

No obstante no ser necesarias, como digo, encontramos numerosas normas que fijan estos márgenes para el contenido y duración de las servidumbres constituidas por titulares de derechos reales limitados sobre la finca sirviente.

Así, algunos preceptos aluden expresamente a límites de contenido, como es el caso del artículo 1634 del Código civil común español en relación al censo enfitéutico que impide que la servidumbre reduzca los frutos de la finca que deben entregarse como pensión al dueño directo.

Otros preceptos, establecen expresamente *límites cronológicos* a la duración de la servidumbre, como hace, para el derecho de superficie, el artículo 41.5 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, conforme al cual: *La extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario*. Ahora bien, esta norma tiene en cuenta la circunstancia de que el derecho de superficie se extinga por renuncia voluntaria del superficiario, en cuyo caso *las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie*. Lo cual entiendo que acaso podría hacerse extensible a otros derechos reales.

El artículo 480 del Código civil español común dispone que, cuando se extinga el usufructo, se resolverán los contratos que celebre el usufructuario.

Establecen también estos límites el artículo 562 del CDF de Aragón conforme al cual la servidumbre constituida por titulares

⁴⁷ Vid., por todos CUADRADO IGLESIAS, Manuel, «Comentario al artículo 594 del Código civil», en *Comentario del Código civil*, tomo I, edit. por Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1507.

de derechos reales posesorios tiene el alcance y la duración de estos derechos. Por su parte, el artículo 566-2.2 del CCCA catalana dispone lo mismo añadiendo la precisión de que sólo en el caso de que su constitución sea voluntaria, es decir, que, si la constitución es forzosa, la servidumbre puede extenderse más allá del contenido y duración; pero es que, en tal caso, entiendo que no cabe hablar de constitución por el titular de un derecho real limitado sobre la finca sirviente.

También se refiere a los límites temporales, el artículo 84.3 del Libro 5 del Título 6 del Código holandés, aunque este precepto matiza que no se producirá la extinción cuando la propiedad del fundo dominante y sirviente se fusionen en una o cuando el propietario de la finca sirviente hubiera manifestado en escritura pública e inscrita en el registro su voluntad favorable a que su propiedad esté gravada con dicha servidumbre⁴⁸.

3. Servidumbres de naturaleza obligacional

Normalmente hablamos de servidumbres únicamente para referirnos a relaciones jurídicas de naturaleza real. Pero lo cierto es que todos los derechos reales cuando se transmiten por la concurrencia del título y el modo pasan por dos fases: la anterior y la posterior a la *traditio*. En la fase previa nos encontramos ante relaciones meramente personales, que, en la mayoría de las ocasiones, no encajan en ninguno de los contratos tipificados, de modo que antes de que concurra la *traditio* podemos hablar de un contrato de servidumbre, cuya naturaleza es personal y que otorga un derecho de crédito al uso parcial de la finca sirviente⁴⁹.

Por ello, cuando los constituyentes son el propietario o titulares de derechos reales limitados disponibles, el ejercicio de la servidumbre supondrá el traspaso posesorio –si es que no se ha operado antes por escritura pública o por consenso–, llegando la servidum-

⁴⁸ Cfr. artículo 84.3 del Libro 5, Título 6 del Código holandés:

An easement established by the proprietor of a limited property right (leaseholder, superficies, usufructuary) on the immovable thing that is encumbered with his limited property right, ceases to exist at the end of that limited property right, unless it ceases to exist because of a merger of the ownership of the dominant and servient land or unless the owner of the immovable thing that was encumbered with the meanwhile ended limited property right had already declared in a notarial deed, registered at the public registers for registered property, that he agrees with the establishment of this easement on his immovable thing. The same applies to an easement established by the proprietor of a right of superficies (superficiary) on this limited property right.

⁴⁹ Sin embargo, eso no es así en Derecho catalán, el artículo 566-2.1 dispone que: *Las servidumbres solo se constituyen por título*. De modo que desde que se acuerda su constitución tienen alcance jurídico-real.

bre a alcanzar la naturaleza de derecho real. Por otro lado, estos sujetos también pueden establecer una relación meramente personal cuyo contenido coincida con el de una servidumbre. Pero que la naturaleza de la relación sea ésta y no de la derecho real entiendo que debe desprenderse de manera meridianamente clara del título constitutivo, de lo contrario, la interpretación de la voluntad de las partes en este orden de cosas debe ser favorable a la naturaleza jurídico-real de la relación, puesto que, normalmente, como decimos, el término servidumbre se asocia a relaciones de esta naturaleza.

En cuanto a los titulares de derechos reales limitados que son indisponibles, como el derecho de usufructo, uso y habitación del Derecho navarro, los derechos de uso y de habitación en Derecho común español para los que opinan que son intransmisibles, hay que entender que pueden constituir relaciones de carácter personal que otorguen a otro sujeto un derecho de crédito al uso parcial de la finca sobre la que recae su derecho real. Lo mismo cabe decir con respecto al usuario y habitacionista del Derecho catalán cuando no concurra el consentimiento del propietario. En estos casos, no nos encontramos ante servidumbres de naturaleza real, sino meramente obligacional.

Conviene señalar, además, que el propietario de una finca no podrá, sin embargo, establecer servidumbres que perjudiquen el ejercicio de cualquier derecho real limitado sobre la misma sin contar con el consentimiento del titular, entiendo que ni siquiera de naturaleza personal.

La posibilidad de constitución de relaciones de naturaleza personal con el contenido de una servidumbre también hay que entenderla abierta a los titulares de un derecho de crédito al uso de la finca sirviente, por ejemplo, un arrendatario, siempre y cuando la ley o el contrato le permitan disponer de su derecho⁵⁰.

Este tipo de relaciones de naturaleza personal deberán considerarse enmarcadas dentro de los márgenes de contenido y duración del derecho del que es titular el constituyente, no pudiendo ir más allá de los mismos.

⁵⁰ En el mismo sentido, *vid.* GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, en *La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 130. También ALBALADEJO, Manuel, p. 132. No obstante, hay quien parece manifestarse en contra amparándose en la escasa duración y vinculación con la finca: GINER GARGALLO, Antonio y DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, en VVAA, *Comentarios de Derecho Patrimonial Catalán*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 556: *De acuerdo con la literalidad del precepto, que se refiere explícitamente al derecho de propiedad y a los derechos reales posesorios, no es posible en el caso de los derechos personales. Ello se justifica, fundamentalmente, por su poca duración y vinculación con la finca.*

III. LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES POR SUJETOS QUE NO SON PROPIETARIOS DE LA FINCA DOMINANTE

Como ha quedado expuesto en el primer apartado, el Derecho positivo español atinente a esta materia suele aludir claramente a la legitimación del dueño del predio sirviente para constituir voluntariamente servidumbres prediales, pero, en lo que respecta a la del dueño del predio dominante, las normas no son tan rotundas, a excepción –claro está– de las más recientes –art 562.1 del CDF de Aragón y art. 566-2.2 de la norma catalana–. Así, nada se dice específicamente en el Código civil común español, tampoco en el Derecho civil gallego se menciona al sujeto que debe consentir por parte del predio dominante y ya hemos visto cómo en Derecho navarro cuando se alude al lado activo de la servidumbre, se menciona al titular de la servidumbre o al titular del predio dominante y en el único caso en el que se alude expresamente al *propietario de la finca enclavada* es para extenderle la legitimación en orden a solicitar la constitución forzosa de la servidumbre de paso –ley 399.1–; en el párrafo primero de esa misma ley 399 se menciona al *titular de la finca favorecida*.

Ahora bien, no creo que la mencionada falta de rotundidad permita concluir que se esté contemplando indirecta o implícitamente un ensanchamiento de la legitimación desde el lado activo de la servidumbre (salvo en el caso de la ley 399 del Fuero Nuevo navarro en la que efectivamente se menciona al propietario y al titular de la finca favorecida como sujetos que pueden exigir la constitución forzosa a favor de finca enclavada, si es que el término titular no hay que entenderlo exclusivamente al propietario), sino que, simplemente, se alude al titular de la finca, sin prejuzgar quién pueda ser este sujeto. Y considero que es así del mismo modo que no cabe entender que se legitime exclusivamente al propietario de la finca sirviente cuando las normas se refieren preferente o casi exclusivamente a él como sujeto que debe consentir desde el lado pasivo. Lo que creo que hay que extraer de esa indefinición y falta de precisión es simplemente que no se considera tan relevante concretar quién debe consentir desde el lado activo la constitución de la servidumbre.

En Derecho comparado –al margen del artículo 686 del Código civil francés que se refiere también al propietario del fundo dominante, además de al del sirviente–, se puede decir que existe también una indefinición normativa a la hora de precisar los sujetos que pueden consentir la constitución voluntaria de las servidum-

bres desde el lado activo; pero, en este caso y a diferencia de lo que se ha dicho con respecto al Código civil común español, sí que puede afirmarse que la falta de concreción responde a un ensanchamiento de la legitimación en orden a la constitución voluntaria de servidumbres por parte del predio dominante. Así, a excepción del Código civil suizo, que no se pronuncia sobre la posibilidad de que otros sujetos distintos al propietario de la finca dominante puedan constituir servidumbres, la indefinición del Código portugués⁵¹ o la del italiano⁵² en este orden de cosas viene determinada porque se reconoce expresamente legitimación a otros sujetos distintos como al usufructuario o al enfiteuta.

Lo que nos da pie a preguntarnos si realmente es tan intrascendente como parece derivarse de la regulación del Código civil español la precisión de quién puede consentir desde el lado activo. Y, si efectivamente es así, ¿significa esto que cualquiera puede consentir la servidumbre? ¿Incluso el titular de un derecho de crédito sobre la finca dominante (un arrendatario, por ejemplo)? ¿También podría un tercero ajeno a la finca que resultaría favorecida por la servidumbre constituirla? A responder estas cuestiones y otras dedicamos esta tercera parte del trabajo.

1. Ampliación de la legitimación a otros sujetos distintos del propietario de la finca dominante

Cuando nos encontramos ante servidumbres cuya constitución puede imponerse forzosamente, se reconoce legitimación activa a los titulares de derechos reales limitados que tienen atribuida la facultad de uso, porque precisamente en ellos concurre el presupuesto de la necesidad del servicio. Pero la cuestión es, si en aque-

⁵¹ Código civil portugués:

Artigo 1543^o (Noção)

Servidão predial é o encargo imposto num prédio em proveito exclusivo de outro prédio pertencente a dono diferente; diz-se serviente o prédio sujeito à servidão e dominante o que dela beneficia.

CAPÍTULO II. Constituição das servidões

Artigo 1547^o (Princípios gerais)

1. As servidões prediais podem ser constituídas por contrato, testamento, usucapião ou destinação do pai de família.

2. As servidões legais, na falta de constituição voluntária, podem ser constituídas por sentença judicial ou por decisão administrativa, conforme os casos.

⁵² Artículo 1058 del Código civil italiano, al regular la constitución voluntaria de las servidumbres no concreta quién debe consentir y dispone que:

Modi di costituzione: Le servitù prediale possono essere costituite per contratto o per testamento.

Las servidumbres prediales no forzosas, otros sujetos distintos al propietario están legitimados para consentir su constitución. Se dispone expresamente que cuentan con dicha legitimación los titulares de derechos reales limitados posesorios en los artículos 562-2 del CDF Aragón y del artículo 562-2.2 del CCCA Catalana.

En Derecho italiano y portugués, como venimos diciendo, se entienden legitimados el enfiteuta y el usufructuario (*cf.* art. 1078 del Código italiano y art. 1575 del portugués); en Holanda, el *leaseholder*, el usufructuario y el superficiario (*cf.* art. 5.84.1 del Título 5, Libro 6 del Código holandés).

Los autores que se pronuncian a propósito del Código civil común español, suelen reconocer a los titulares de derechos reales limitados sobre la finca dominante legitimación para beneficiar al fundo con servidumbres, pero no tienen clara la naturaleza jurídica de la relación así constituida. Y, mucho menos, el protagonismo del propietario de la finca en la relación, sobretodo cuando el constituyente desaparece de la escena al extinguirse su derecho⁵³. Pero sobre estas cuestiones trataremos más adelante. Ahora, es suficiente con considerar que mayoritariamente en relación al Código civil español común se viene reconociendo legitimación a los titulares de derechos reales limitados sobre el fundo que resultará ser dominante en orden a la constitución de servidumbres; normalmente, cuando los autores abordan esta cuestión suelen discurrir en rela-

⁵³ Así, ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, III, *Derecho de bienes*, Volumen segundo, *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad*, J. M.^a Bosch editor S.A, Barcelona, 1994, p. 133, viene a decir que:

En cuanto a quienes, sin ser propietarios, tengan algún derecho real ... sobre el predio dominante, podrán obtener sobre otro predio ... servidumbre que beneficie a aquél pero siendo ellos los titulares del gravamen, si no lo admite el dueño del predio beneficiario, pues sin consentimiento del mismo no pueden hacerle adquirir un derecho que nada le obliga a aceptar.

En sentido similar, LACRUZ BERDEJO, José Luis y LUNA SERRANO, Agustín, *Elementos de Derecho Civil*, III, *Derechos reales*, J. M.^a Bosch editor, Barcelona, 1991, p. 157:

De todas formas, parece que nada impide la adquisición, por cualquier titular temporal del goce total o parcial de una finca..., de una influencia a favor de ésta y sobre otra distinta en forma de derecho real: acaso en principio se tratará técnicamente de servidumbre de carácter personal, que se convertiría en predial mediante la aceptación expresa o tácita del propietario.

Por su parte, GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, *La constitución voluntaria de servidumbres en Derecho español*, Montecorvo, Madrid, 1984, pp. 132 y 133, plantea la duda acerca del protagonismo del propietario como una cuestión de titularidad de la servidumbre, en los siguientes términos:

... será preciso constatar a quién pertenece la titularidad de tales servidumbres, pues si bien la regla general va a ser que tales servidumbres tienen por titular al dueño del predio dominante, puede ocurrir que los titulares de otros derechos sobre el fundo dominante sean capaces de aprovechar por sí todas las utilidades que la servidumbre proporciona y, en consecuencia, deba afirmarse en ellos la titularidad, o al menos la cotitularidad del gravamen.

ción al supuesto del usufructuario de la finca dominante. En este sentido, puede traerse a colación la opinión de García Goyena en relación al artículo 536 de su Proyecto de Código civil, precedente del ahora vigente, que reconocía al usufructuario facultad para adquirir la servidumbre basándose en que puede mejorar su condición⁵⁴.

Por mi parte, creo que debe reconocerse legitimación a sujetos distintos del propietario en la medida en que la servidumbre pueda reportarles cierta utilidad, y, precisamente, puede ser útil a quienes tengan atribuida la facultad de usar y disfrutar la finca que resultará ser dominante. Es decir, los que deben poder constituir la servidumbre son aquellos que pueden extraer una utilidad directa, la cual sólo cabe cuando se usa o explota la finca dominante o se tiene la posibilidad actual o futura de hacerlo; por ello, creo que es la atribución de la facultad de uso de la finca la que permite concretar quién está legitimado para constituir la servidumbre desde el lado activo.

Dicha facultad de uso sobre la finca que resultaría ser dominante puede estar atribuida a un sujeto no propietario en virtud de un derecho real (usufructo, uso, habitación) o de crédito (arrendamiento), debiéndose plantear si en los dos casos debe reconocerse legitimación en orden a la constitución de servidumbres favorables a la finca ajena que se usa o disfruta.

2. Titularidades de derechos reales limitados

Conforme a lo dicho, debe reconocerse legitimación a todos aquellos titulares de derechos reales limitados sobre la finca dominante que incluyan en su contenido la facultad de usar o disfrutar la finca en alguna medida.

Teniendo esto en cuenta, y analizando los derechos a los que nos hemos referido desde el punto de vista pasivo, habrá que reconocer al enfiteuta la posibilidad de constituir una servidumbre en beneficio de la finca que grava su derecho, también al usufructuario, pero también al usuario y al habitacionista, a los que habíamos excluido desde la posición pasiva cuando se entendían o se normaban como indisponibles. También el usufructuario de un inmueble sometido al Derecho navarro puede constituir una servidumbre en beneficio de la finca que disfruta.

⁵⁴ Cfr. GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edic. de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, p. 273. En referencia, entre otros, al usufructuario dice literalmente que: *podrán adquirirla –la servidumbre– porque pueden por sí solos hacer mejor su condición.*

Sin embargo, en lo que respecta a los titulares de derechos de superficie, hay que delimitar claramente el supuesto en el que consienten la servidumbre desde el lado activo, de cuando lo hacen desde el pasivo. El superficiario consiente pasivamente cuando el servicio cuya prestación se articula a través de la servidumbre lo presta la parte de finca que le pertenece, favoreciendo a la parte de finca que corresponde al propietario que le concedió el derecho o a otra finca distinta. Mientras que consiente activamente cuando es otra finca distinta la que presta el servicio a favor, bien de la parte de finca que le pertenece, bien a favor de su parte y del resto de la finca que no es de su propiedad. También lo hace activamente cuando consiente para favorecer exclusivamente a la parte de finca que no le pertenece, pero tal supuesto entiendo que es asimilable al del tercero ajeno a la finca favorecida y lo veremos más adelante.

En cuanto al titular de un derecho de sobre y de subedificación, hay que tener en cuenta que, una vez que se ha efectuado la construcción, su propiedad es ordinaria –aunque sometida al régimen de Propiedad Horizontal– y estaría consintiendo el propietario de la finca dominante.

Con respecto al acreedor hipotecario sobre una finca que resultaría ser dominante. Entiendo que si estos sujetos consintieran la constitución de una servidumbre sobre la finca que grava el derecho del que son titulares, el supuesto se asimilaría al del tercero que consiente a favor de finca que analizaremos más adelante. Y ello porque la utilidad que la constitución de una servidumbre puede reportar al acreedor hipotecario de una finca no es inmediata, no es directa porque no tiene la posesión de la finca, ni la facultad de uso. El acreedor hipotecario no tiene la posesión de la finca en ningún momento.

En cuanto al titular de una servidumbre sobre la finca dominante, entiendo que acaso y a diferencia de lo que ocurría desde el lado activo, se le podría considerar legitimado en cuanto que la servidumbre fuera útil a su propia servidumbre, por ejemplo, podría constituir una servidumbre de apoyo del acueducto que pasa por la finca dominante sobre una tercera finca. No obstante, entiendo que, en realidad, no está beneficiando al fundo sirviente de la servidumbre de la que es titular, sino que la servidumbre constituida sobre ese tercer fundo beneficia a la finca de su pertenencia que será dominante respecto de las otras dos⁵⁵.

⁵⁵ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, *La constitución voluntaria de servidumbres en Derecho español*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 146, considera que el titular de una servidumbre no puede beneficiar al fundo sirviente con una servidumbre sobre un tercer fundo porque, en su opinión, una servidumbre no puede recaer sobre otra.

A) *Naturaleza jurídica de las relaciones constituidas*

Cuando se analiza la posibilidad de que el titular de un derecho real limitado sobre una finca la beneficie con una servidumbre, hay quien sugiere que la relación puede encajar en la figura de la servidumbre personal⁵⁶, convirtiéndose en predial cuando el dueño de la finca dominante acepte –si es que lo hace– la constitución de la servidumbre; posibilidad ésta que suele plantearse en el momento en que el usufructuario desaparece de la escena por extinguirse su derecho. Es decir, mientras la servidumbre la disfruta y ejercita el titular del derecho real limitado que la ha constituido, se suele entender que es una servidumbre personal⁵⁷.

a) ¿Servidumbre personal?

La cuestión que ahora enfrentamos es la de a qué categoría pertenece una servidumbre constituida por el titular de un derecho real sobre la finca dominante, por ejemplo un usufructuario, debiendo precisar si nos encontramos ante una servidumbre personal o ante una servidumbre predial. Conviene tener en cuenta que se analiza la naturaleza jurídica de la relación en tanto en cuanto el titular del derecho real que ha constituido la servidumbre sigue ostentando tal titularidad.

La respuesta a esta pregunta nunca vendrá dada, entiendo, por la naturaleza de la relación jurídico-real que el constituyente tenga sobre la finca, como parece deducirse que piensan los autores que se refieren a este supuesto como un caso de servidumbre personal,

⁵⁶ Vid. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil, III, Derecho de bienes*, Volumen segundo, *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad*, J. M.^a Bosch editor, S.A., Barcelona, 1994, p. 134:

El derecho de servidumbre no asumido, de una u otra manera por el dueño del predio beneficiado, puede concebirse como derecho real personal (servidumbre personal)...

También LACRUZ BERDEJO, José Luis, y LUNA SERRANO, Agustín, *Elementos de Derecho civil, III*, volumen segundo, 1991, p. 157, se pronuncian a favor de su caracterización como servidumbre personal si no consiente el dueño del predio dominante. Vid. también CUADRADO IGLESIAS, Manuel, «Comentario al artículo 594 del Código civil», en *Comentario del Código civil*, tomo I, edit. por Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1504.

⁵⁷ Ahora bien, cabe plantear que, acaso, las opiniones doctrinales aludidas no se están refiriendo a la servidumbre personal, en el sentido de derecho real que permite a un sujeto obtener un beneficio de la finca sirviente (*cf.* art. 531 del Código civil y art. 555 del CDFR de Aragón que se refiere a esta relación jurídica como derechos reales de aprovechamiento parcial), sino en el sentido de servidumbre de trascendencia meramente obligacional o personal entre los sujetos que la convienen (una relación equiparable a un arrendamiento o alquiler) por oposición a una servidumbre de dimensión jurídico-real. Sin embargo, por la forma en que los autores suelen oponer la idea de servidumbre personal a la predial, cuando aluden a esta cuestión, creo que no es ésta la interpretación que hay que dar a sus opiniones, sino que se están refiriendo a servidumbres personales de alcance jurídico-real.

sino por otras circunstancias del negocio jurídico de constitución de la servidumbre. Entiendo que, a la hora de catalogar la servidumbre como predial o personal, es prioritario analizar su contenido, el cual puede ser claro y terminante al respecto; pero, si no lo es, la decisión nunca vendrá de la mano de si el constituyente es dueño o es titular de un derecho real limitado sobre la cosa. Lo que debe ser concluyente es si el gravamen se constituye para el sujeto exclusivamente sin atender a su relación con la finca o para el sujeto en función de su relación –la que sea– con la finca, es decir, para la finca. En definitiva, si la servidumbre beneficia al fundo, se tratará de una servidumbre predial, si favorece al titular del derecho, será una servidumbre personal. No obstante, hay que tener en cuenta que el servicio que presta el fundo sirviente siempre va a ser usado y explotado por un sujeto, pero lo relevante, al distinguir entre servidumbre personal o predial, es si ese servicio lo puede usar porque mantiene una cierta relación con la finca –que sería dominante–, en cuyo caso sería una servidumbre predial, o lo podría usar del mismo modo sin detentar ningún derecho sobre la misma, en cuyo caso sería personal.

Para dilucidar la naturaleza de la relación, es decir, si la servidumbre se ha constituido a favor del sujeto o de la finca, puede considerarse, en un principio, relevante su duración. Si la servidumbre se debe entender extinguida cuando se extingue el derecho real limitado sobre la finca dominante del que es titular el constituyente, podríamos pensar que se estaría constituyendo para beneficiar a este sujeto y no a la finca, y que, en consecuencia, este supuesto sería un caso de servidumbre personal. Y ello, porque la única razón para entender que debería considerarse extinguida la servidumbre, sería el cambio subjetivo operado, al ser la única alteración relevante del presupuesto fáctico que se produciría.

A mi modo de ver, el que la duración de la servidumbre esté en función de la del derecho real limitado del que es titular el constituyente tampoco permite, sin más, hablar de servidumbre personal⁵⁸. Pensemos en el siguiente supuesto de hecho: se pacta que la servidumbre se debe extinguir cuando lo haga el derecho de usufructo del que es titular el constituyente, siendo que éste tiene la libre disponibilidad del mismo; supongamos que este sujeto enajena su derecho produciéndose un cambio de usufructuario. En este caso, parece que no deba entenderse extinguida la servidumbre, de modo que nos pondríamos de acuerdo en afirmar que la servidum-

⁵⁸ En relación a una servidumbre constituida por el usufructuario cuya duración coincida con la del usufructo, GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 139 considera que se trata de una servidumbre cuya titularidad corresponde en exclusiva al usufructuario.

bre no ha sido concertada en atención a la persona del usufructuario, sino en atención a la finca, a la facultad de uso sobre la misma. Por tanto, no cabría hablar de servidumbre personal, debiéndose concluir que la duración de la servidumbre en función de la del derecho real limitado del que es titular el constituyente tampoco determina necesariamente que la servidumbre deba catalogarse como personal.

Lo que quiero decir es que, aunque entendiéramos que la servidumbre se debiera extinguir necesariamente al hacerlo el derecho real limitado del constituyente, no podríamos considerar que la servidumbre es personal por estar sólo en beneficio de dicho sujeto, sino que la decisión de nuevo tendría que venir dada por si se constituye en beneficio de la finca o del sujeto que la constituyó, como hemos dicho más arriba. De modo que sólo cuando se decreta expresamente la extinción de la servidumbre cuando el sujeto deje de ser titular del derecho real limitado del que es titular, ya sea por extinción o transmisión de su derecho, deberemos convenir en que la servidumbre es personal, porque parece evidente que, en tal caso, se constituye en atención al sujeto y no en referencia a la finca. También deberemos concluir en ese sentido cuando, extinguido el derecho real que el constituyente disfruta sobre la finca dominante, éste puede seguir beneficiándose del servicio que proporciona la finca sirviente.

Esta reflexión adquiere cierta relevancia habida cuenta de que el tenor literal de los artículos 562.2 del CDF de Aragón y 566-2.2 del CCCA catalana disponen que las servidumbres constituidas por los titulares de derechos reales limitados tienen la duración de estos derechos. ¿Quiere esto decir que dichos preceptos están contemplando servidumbres personales? No parece que los legisladores autonómicos respectivos estén pensando en este tipo de servidumbres teniendo en cuenta que se trata de preceptos que se ubican en sedes donde claramente se están normando las servidumbres prediales. Más concretamente, es el artículo 555 del CDF aragonés el que alude a las servidumbres personales aunque denominando la relación como derechos reales de aprovechamiento parcial; por su parte, el CCCA catalana también regula como derechos de aprovechamiento parciales y al margen de las servidumbres (*cf.* art. 563) lo que siempre se había designado como servidumbres personales.

Conforme a lo dicho, creo que, en relación a estos regímenes autonómicos, no cabrá entender que estemos ante servidumbres personales por el hecho de que se extingan cuando lo hace el derecho del constituyente, porque esa consecuencia la establece la ley y no presupone la voluntad de los sujetos en orden a si se constituye

para beneficiar al sujeto o a la finca, debiendo presumirse –entendiendo– lo segundo, salvo que sea evidente que el sujeto constituyente pueda seguir usando la finca sirviente en la medida permitida por la servidumbre una vez que ya no tenga el uso que su derecho real limitado le atribuía sobre la que aparecía como dominante.

Concluyendo, no creo que el hecho de que la servidumbre la constituya el titular de un derecho real limitado sobre la finca dominante permita, sin más, hablar de servidumbre personal.

b) Servidumbre predial. De cómo la estructura jurídico-real de la finca dominante resulta afectada. Titularidad de la servidumbre

Salvo en aquellos casos en que es muy evidente el carácter personal de la servidumbre así constituida, en el resto de supuestos, es mejor, entiendo, recurrir a la idea de servidumbre predial. Esta posibilidad es sugerida por Albaladejo como alternativa a la idea de servidumbre personal⁵⁹:

El derecho de servidumbre no asumido, de una u otra manera por el dueño del predio beneficiado, puede concebirse como derecho real personal (servidumbre personal) o si se quiere derecho real predial en beneficio del fundo dominante, pero cuya titularidad no va ligada a la del dominio de éste sino a su posesión.

A mi juicio es preferible hablar de servidumbre predial que de personal. Ahora bien, esto requiere explicar cómo entiendo que la estructura jurídico-real de la finca dominante se ve afectada por la constitución de la servidumbre por el titular de un derecho real limitado sobre la misma:

El beneficio que suministra el fundo sirviente se incorpora a la facultad que, desmembrada del dominio pleno, constituye el contenido del derecho real limitado del constituyente de la servidumbre. Por ejemplo, la facultad de pasar por el predio sirviente se integra en la facultad de disfrutar el fundo dominante que detenta el usufructuario. De modo que, indirectamente, el beneficio que proporciona la servidumbre –facultad de paso– se incorpora a la finca dominante, más exactamente, al contenido del derecho de propiedad pleno sobre la misma; aunque la facultad concreta del dominio que aprovecha ese beneficio –facultad de uso y disfrute– se siga manteniendo desmembrada del mismo en virtud del derecho real limitado del que es titular el constituyente de la misma –el usufructuario–.

Entender que las cosas ocurren de este modo permite otorgar a la relación alcance jurídico-real y, además, considerarla como ser-

⁵⁹ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, III, vol. 2.º, edic de 1994, p. 134.

vidumbre predial y no personal. Además, tal configuración es respetuosa con la característica de la inherencia o inseparabilidad de la servidumbre predial respecto a la finca dominante.

Los autores suelen pronunciarse acerca de la titularidad de la servidumbre así constituida, entendiendo algunos que sólo lo son los constituyentes titulares de derechos reales limitados sobre la finca dominante. Sin embargo, tal y como he expuesto que creo que se ve afectada la estructura jurídico-real de la finca, considero que, en la polémica entre la opción por la titularidad exclusiva del constituyente⁶⁰ y la cotitularidad de varios sujetos⁶¹, es obvio que, en mi caso, me decantaría por la segunda, salvo en aquellos casos en los que del título constitutivo se desprenda claramente que nos encontramos ante una servidumbre personal.

B) *Límites de las servidumbres constituidas por titulares de derechos reales sobre la finca dominante*

Al referirnos a la constitución de servidumbres por titulares de derechos reales sobre la finca sirviente, hemos abordado la cuestión de sus límites temporales y de contenido, aunque no se planteaban enormes disquisiciones en cuanto que, evidentemente, dichas servidumbres no pueden ir más allá que los derechos reales limitados de los que son titulares los constituyentes, salvo que las consienta también el propietario de la finca gravada. Sin embargo, esta misma cuestión suscitada desde el lado activo, es decir, en relación a la finca dominante, es más compleja, habida cuenta de que, a priori, no parece necesario imponer la limitación de la duración y del contenido de la servidumbre en función de la del derecho real del que es titular el constituyente, puesto que se trata de un beneficio para la finca.

Este problema adquiere mayor relevancia en aquellos Derechos, como el aragonés y el catalán, que lo han normado paralelamente para el lado activo y pasivo, estableciendo el mismo precepto con independencia de si el no propietario, titular de un derecho real limitado, que constituía la servidumbre lo hacía con respecto a la finca dominante o en relación a la finca sirviente, disponiendo que, en ambos casos, la servidumbre tiene el alcance y duración de su derecho (*cf.* art. 562.1 del CDF Aragón y 566-2.2 del CCA catalán). Pero acaso este paralelismo no haya sido demasiado acertado como intento argumentar a continuación. Veamos.

⁶⁰ Optaría por esta solución: ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, III, vol. 2.º, edic. de 1994, p. 133.

⁶¹ *Vid.* GUILARTE GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 137 y 138.

- a) Límites de contenido. Posibilidad de que el contenido de la servidumbre rebose materialmente el del derecho del constituyente

En cuanto al alcance de la servidumbre, desde el punto de vista de su contenido, hay que precisar que la exigencia de que no desborde el contenido del derecho real limitado del que es titular el constituyente no parece tener sentido cuando nos estamos refiriendo a la finca dominante, al lado activo de la relación jurídica. Entiendo que la servidumbre podrá constituirse de manera que pueda servir al derecho del constituyente y, además, al derecho de propiedad sobre la finca, e incluso puede favorecer al titular de otro derecho real posesorio que haya sobre la misma.

Podría plantearse la duda de si la relación jurídica así constituida alcanzaría naturaleza real con respecto a los otros sujetos que, no consintiendo la servidumbre, pueden beneficiarse de la misma. Me explico: si el usufructuario constituye una servidumbre de paso a favor de la finca que disfrutan él y, además otro u otros sujetos –como un nudo-propietario u otro usufructuario–, podría considerarse que, con respecto a esos otros sujetos, la relación no alcanzaría naturaleza real hasta que no la aceptaran y no la poseyeran, es decir, que esos otros sujetos deberían aceptar la servidumbre y, en su caso, tomar posesión de ella.

En cuanto a la *aceptación*, diremos que esta reflexión que acabamos de hacer tendría sentido si nos encontráramos ante un derecho real cuya titularidad fuera personal, es decir, estuviera ligada directamente al sujeto que ostenta la titularidad, ante un derecho real que se integrara directamente en el patrimonio del titular, por ejemplo, un derecho de usufructo, de superficie o cualquier otro. Sin embargo, no debemos olvidar que las servidumbres prediales articulan relaciones entre fincas, de manera que su titularidad subjetiva viene determinada indirectamente por la de la finca a la que es inherente. Por consiguiente, es titular de la servidumbre quien lo es de la propiedad o de cualquier otro derecho real limitado sobre la finca a la que beneficia. Por ello, creo que, como he dicho al hablar de la naturaleza jurídica, cuando el titular de un derecho real limitado sobre la finca dominante consiente la constitución de la servidumbre, la está integrando en el contenido jurídico-real del derecho de propiedad pleno sobre la finca y no sólo él es el titular de la servidumbre, sino que lo será cualquier sujeto que ostente una titularidad jurídico-real sobre la finca que, a su vez, le hace titular de la servidumbre. Es decir, su consentimiento a la constitución de la servidumbre no la incorpora directamente a su patrimonio, en el que sólo ingresa indirectamente en función de la relación que tiene

con la finca. De manera que no es necesario que el resto de posibles beneficiarios acepte⁶². No estamos ante un contrato a favor de tercero; idea esta que es sugerida por algunos autores⁶³.

En cuanto a la *toma de posesión* necesaria para que la relación adquiera dimensión de derecho real –la *traditio*–, por las mismas razones que acabo de exponer, entiendo que la operada por el constituyente de la servidumbre –titular de un derecho real limitado sobre la finca– dota de naturaleza jurídico-real a la relación con respecto al resto de sujetos⁶⁴. Pongamos un ejemplo:

Imaginemos una servidumbre de acueducto o de paso en cuyo título constitutivo –consentido desde el lado activo por el titular de un usufructo parcial sobre la finca dominante– se ha pactado que puedan pasar por la finca gravada una determinada cantidad de agua o un número de personas o vehículos muy superior a las necesidades reales del usufructuario que consiente y que podría ser aprovechado por el nudo-propietario u otro usufructuario que disfruta y explota la finca dominante de modo distinto y compatible a como lo hace el constituyente. Además, se ha fijado en el título constitutivo como finca dominante la que disfruta el usufructuario, resultando claro que no se trata de una servidumbre personal. Entiendo que en tal caso, el uso de la servidumbre que efectúa el usufructuario que ha constituido la servidumbre implica que se ha operado la *traditio* con respecto a todos aquellos sujetos que detentan alguna titularidad jurídico-real sobre la finca y que pueden aprovechar la servidumbre de algún modo. Y ello, entre otras razones, porque la servidumbre se constituye para la finca, no para el sujeto y, una vez que un sujeto la incorpora a la finca, todos los sujetos relacionados con ésta pueden tener cierto protagonismo con respecto a la servidumbre.

Por todo lo expuesto creo que, de entrada, no parece tener sentido que el alcance de la servidumbre, desde el punto de vista de su contenido, deba venir determinado por el del derecho real limitado del que es titular el constituyente. Puede ser más amplia y la adquisición por dicho sujeto –operada por la conjunción de título y modo protagonizada por él– es una adquisición para la finca. Por ello, la relación tendrá trascendencia jurídico-real con respecto a cualquier sujeto y no sólo a quien la ha constituido consintiendo su constitución y tomando posesión de la misma.

⁶² En este sentido BIONDI para el Derecho italiano no deriva el hecho de que la servidumbre aventaje al propietario de su consentimiento, sino de la inherencia al fundo de la servidumbre. Cfr. BIONDI, Biondo, *Las servidumbres*, Comares, Granada, 2002. Traducción de *Le servitù*, por Juan Manuel GÓZALEZ PORRAS, p. 490.

⁶³ Sugiere la idea de contrato a favor de tercero o de donación, ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 133.

⁶⁴ Hay que tener en cuenta que en Cataluña, la constitución de la servidumbre como derecho real sólo requiere título. El artículo 566-2.1 del CCCA catalana dice que: *Las servidumbres solo se constituyen por título, otorgado de forma voluntaria o forzosa.*

b) Límites temporales. Posibilidad de que la servidumbre exceda la duración temporal del derecho del constituyente

En cuanto a los límites temporales de la servidumbre, las opciones son dos: entender que la servidumbre constituida está limitada temporalmente por la del derecho real limitado del que es titular el constituyente o considerar que puede mantener su eficacia más allá de la extinción de aquél.

La indefinición del Código civil común español en este punto choca con la dicción de los artículos 562 del CDF de Aragón y el 566-2.2 del CCCA catalana conforme a los cuales la servidumbre se extingue cuando lo hace el derecho del constituyente sobre la finca dominante. Contrariamente a estos preceptos el artículo 1078 del Código civil italiano de 1941 decreta que la servidumbre constituida por el usufructuario o enfiteuta en beneficio del predio que disfruta no se extingue al hacerlo el usufructo o la enfiteusis⁶⁵; solución que coincide con la adoptada por el artículo 1575 del Código civil portugués⁶⁶, al igual que el Código civil holandés en el artículo 84.2 del Libro 5, Título 6⁶⁷.

Doctrinalmente con respecto al Código civil español, que no dispone expresamente nada sobre el particular, las posturas no están muy claras⁶⁸. La razón de la indefinición es la falta de claridad a la hora de concluir sobre la posición del propietario del fundo dominante que ha consolidado su derecho al extinguirse el usufructo. Parecen estar de acuerdo los autores que analizan esta cuestión en que la servidumbre puede seguir siendo eficaz pero, siempre y cuando medie aceptación por parte del propietario pleno de la finca; para algunos autores que entendían que hasta ese momento

⁶⁵ Artículo 1078 del Código civil italiano:

Servitù costituite a favore del fondo enfiteutico, dotele o in usufrutto. *Le servitù costituite dall'enfiteuta a favore del fondo enfiteutico non cessano con l'estinguersi dell'enfiteusi. Lo stesso vale per le servitù costituite dall'usufruttuario a favore del fondo di cui ha l'usufrutto o dal marito a favore del fondo dotale.*

⁶⁶ Artículo 1575 del Código civil portugués:

Servidões constituídas pelo usufrutuário ou enfiteuta. *As servidões activas adquiridas pelo usufrutuário não se extinguem pela cessação do usufruto, como também se não extinguem pela devolução do prazo ao senhorio as servidões, activas ou passivas, constituídas pelo enfiteuta.*

⁶⁷ Libro 5, Título 6, Artículo 84.2 del Código civil holandés:

When the proprietor of a limited property right (leaseholder, superficies, usufructuary) has stipulated an easement on someone else's immovable thing on behalf of the immovable thing that is encumbered with his limited property right, then this easement shall not cease to exist at the end of his limited property right, unless this has been agreed upon in the notarial deed by which the easement was established.

⁶⁸ Así puede contrastarse lo que dice GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, *op. cit.*, pp. 94 y 135.

se trataba de una servidumbre personal, la aceptación del propietario supondría la configuración de la relación como servidumbre predial⁶⁹. Se afirma que al dueño de la finca dominante no se le puede imponer la adquisición de la servidumbre⁷⁰, siendo menester, entienden, su aceptación o ratificación, pues, por ejemplo, puede implicar gastos que no le interese asumir, dice Albaladejo. Alude, además, este último, a la presencia de una donación o de un contrato a favor de tercero que requeriría en cualquier caso ser aceptado por el dueño⁷¹.

A mi modo de ver, aplicándose el Código civil común español, la servidumbre, que –como hemos argumentado– puede ser predial antes de que se extinga el derecho real limitado sobre la finca dominante que ostenta el constituyente, puede seguir siendo eficaz tras la extinción de ese derecho sin necesidad de que consienta el propietario⁷². Esta visión que proponemos es coherente con el concepto de servidumbre predial como derecho que articula una relación entre fincas, además de ser respetuosa no sólo con el carácter naturalmente permanente de la misma, sino también con la inherencia de la misma al fundo dominante.

La opinión que requiere la aceptación por parte del dueño del predio dominante para la pervivencia de la servidumbre más allá de la duración del derecho del constituyente viene determinada por el hecho de prestar una excesiva atención a los sujetos en relaciones que, para ser entendidas, deben verse como relaciones entre fincas. La servidumbre constituida, por ejemplo, por un usufructuario a favor de la finca que disfruta pasa a formar parte de la misma, es decir, del contenido del derecho de propiedad pleno sobre la misma, de modo que la visión adecuada considero que es la de entender que nos encontraríamos ante un beneficio introducido en la finca dominante por el titular de un derecho real limitado.

⁶⁹ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, III, vol. 2.º, edic. de 1994, pp. 134 y 135.

⁷⁰ LACRUZ BERDEJO y LUNA SERRANO, *op. cit.*, p. 157. Por su parte, REBOLLEDO VARELA, *Tratado de servidumbres*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 155, dice claramente que: *Desde esta perspectiva, sobre la base de que nadie puede ser obligado a adquirir un derecho si no quiere, la constitución del derecho real limitado de servidumbre requerirá siempre y en definitiva el consentimiento del dueño del predio dominante o su aceptación o ratificación posterior si ha sido establecida por el usufructuario o poseedor, aceptación que podrá ser expresa o tácita, fácilmente apreciable esta última ante el uso que de la servidumbre pueda realizar el titular del predio dominante, o aun sin él, por el conocimiento de lo realizado por el poseedor de algo que le beneficia ante su falta de oposición o silencio al respecto.*

⁷¹ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, III, vol. 2.º, edic. de 1994, pp. 133 y 134.

⁷² En este sentido BIONDI, Biondo, *Las servidumbres*, Comares, Granada, 2002. Traducción de *Le servitù*, por Juan Manuel GONZÁLEZ PORRAS, p. 490, dice que la servidumbre aprovecha al propietario y no lo hace depender de que él consienta sino de la inherencia de la servidumbre al predio. No obstante, hay que tener en cuenta que el artículo 1078 del Código civil italiano dispone la no extinción de manera expresa.

Branca⁷³ para el Derecho italiano lo considera una mejora, calificación que rechaza Biondi⁷⁴. Pero creo que, con independencia de cómo lo consideremos, del mismo modo que no tiene sentido plantear si el nudo-propietario puede aceptar o no las mejoras, sino que las mismas están o no y deben ser tenidas en cuenta al liquidarse el usufructo, la servidumbre está o no y, en consecuencia el propietario cuya propiedad se consolida no tiene sentido que la acepte o no para su efectividad.

Esta tesis me parece más conforme que la de la existencia de una donación o la del contrato a favor de tercero que requiere la aceptación del nudo-propietario para la eficacia de la servidumbre tras la extinción del derecho real limitado cuya titularidad corresponde al constituyente. Hay que tener en cuenta que el titular de un derecho real sobre la finca dominante puede incorporar activos al dominio de la misma, mientras que, en el supuesto paralelo de constitución por el titular de un derecho real sobre la finca sirviente, éste no puede incorporar pasivos a dicho fundo si no los consiente el dueño.

Conforme a esta visión no es que se le pueda, o no, imponer al dueño del predio dominante la adquisición de la servidumbre, sino que su derecho de propiedad pasa a estar integrado por dicho beneficio, le guste o no. Ahora bien, si no le interesa seguir ejerciendo la servidumbre, siempre podrá renunciar a la misma (*cfr.* art. 546.5 del Código civil). En este sentido, es interesante lo que dispone el Código civil holandés cuando dice, en el artículo 5:84.2 que cuando la servidumbre alarga su vida más allá que la del derecho de usufructo, superficie o *long leasehold*, no puede limitarse la posibilidad de renunciar por parte del propietario que consolida su propiedad por el pacto que en este sentido permite el artículo 5:82.2 conforme al cual se puede pactar en el acto constitutivo de la servidumbre que el titular de la servidumbre no puede abandonarla o renunciar a ella durante un período máximo de veinte años⁷⁵.

Pero hay más argumentos que abonan la opinión de que la servidumbre constituida por el titular de un derecho real limitado no

⁷³ BRANCA, Giuseppe, *Commentario del Codice Civile*, a cura de SCIALOJA, Antonio y BRANCA, Giuseppe, Libro Terzo, *Della proprietà*, art. 957-1099, Bolina-Roma, 1947 p. 637, considera que puede tratarse de una mejora incorporada al fundo por el usufructuario.

⁷⁴ BIONDI rechaza la clasificación como mejora: BIONDI, Biondo, *Las servidumbres*, Comares, Granada, 2002. Traducción de *Le servitù*, por Juan Manuel GONZÁLEZ PORRAS, p. 490, porque considera que las mejoras son obras materiales.

⁷⁵ Artículo 5:84.2 *in fine* del Código civil holandés (Libro 6):

When the easement continues to exist after the limited property right of the proprietor (leaseholder, superficiary, usufructuary) has ended, a provision as meant in Article 5:82, paragraph 2, can no longer prevent that the easement is abandoned.

debe necesariamente entenderse extinguida cuando lo hace su derecho (salvo que se haya pactado expresamente o la ley disponga su extinción). Como hemos dicho precedentemente al hablar de la naturaleza jurídica de la relación, la constitución de la servidumbre por el titular de un derecho real limitado sobre la finca dominante implica –desde el punto de vista de su estructura jurídico-real– que el beneficio que la misma reporta se introduce en el contenido del derecho de propiedad sobre la finca; las facultades que conforman el contenido del derecho real limitado no desaparecen cuando se extingue dicho derecho, sino que se consolidan con el dominio y, en principio, lo hacen con el beneficio que les reporta la servidumbre. Ésta debe seguir sirviendo a ese conjunto de facultades que conformaban el derecho limitado del constituyente y que no desaparecen con su extinción, sino que se integran en la propiedad plena como consecuencia de la consolidación del dominio.

Reflexionemos más sobre el particular: siendo que el propietario de la finca sirviente concede la servidumbre a favor del titular, por ejemplo, de un derecho de usufructo sobre la finca dominante, y, habida cuenta de que esas facultades que integran el usufructo, no desaparecen, sino que se consolidan después con el dominio: ¿No sería lógico entender que la servidumbre puede seguir en los mismos términos en que fue constituida? ¿No sería lógico entender que el beneficio que proporciona la servidumbre debe seguir poder prestándose a la misma facultad de uso y disfrute que jurídicamente sigue subsistiendo en el derecho de propiedad pleno? Evidentemente, no cabría una ampliación del uso que se hace de la servidumbre, porque ello supondría su modificación y ésta debe seguir sus propios cauces. Pero, si, tras extinguirse el derecho real sobre la finca dominante del que era titular el constituyente, el propietario pleno de la misma pretende seguir ejerciendo la servidumbre con el mismo contenido y alcance, entiendo que no puede impedirsele. Además, podría considerarse que lo contrario, supondría permitir al dueño del predio sirviente que consintió la servidumbre ir contra sus propios actos⁷⁶.

Pongamos un ejemplo: quien constituye la servidumbre es titular de un usufructo sobre la finca dominante que comprende la

Artículo 5:82 del Código civil holandés (libro 6): Abandoning the easement:

– 1. *If the owner of the dominant land wants to abandon the easement at his expense in order to get relieved from the duties and obligations attached to it, then the owner of the servient land is compelled to cooperate in this.*

– 2. *The notarial deed by which the easement has been established, may provide for a different arrangement than the one stipulated in the previous paragraph, yet only for the first twenty years.*

⁷⁶ En este sentido REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, *Tratado de servidumbres*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 155.

totalidad de las facultades de uso y disfrute sobre la misma; extinguido su derecho, el propietario pretende seguir disfrutando de la finca del mismo modo y en la misma medida que el usufructuario con antelación. ¿Tiene sentido que se decrete, en tal caso, la extinción de la servidumbre si, en el momento de su constitución, no se pactó dicha extinción?

A este respecto, además, debe tenerse en cuenta el carácter de permanencia de las servidumbres, aunque es cierto que pueden pactarse con una duración limitada, hay que considerar que, en este caso, se estaría derogando la regla general de permanencia o perpetuidad para un caso respecto al cual no se aprecia causa que justifique la excepción. Evidentemente, cuando el que constituye la servidumbre es titular de un derecho real limitado sobre la finca *sirviente*, no puede imponer el gravamen sobre la propiedad sin que consienta el propietario, de modo que, necesariamente, la posibilidad que se le otorga de constituir la servidumbre debe ser a costa del carácter permanente de la servidumbre y a costa de que se extinga la misma cuando lo haga su derecho. Pero esa necesidad no concurre cuando quien constituye la servidumbre es titular de un derecho real posesorio sobre la finca dominante; no veo por qué en este caso debe exceptuarse el carácter permanente de la servidumbre, ni veo la necesidad de que se extinga la servidumbre si no quiere el dueño del predio dominante. Todo ello suponiendo que pasivamente haya consentido la servidumbre el dueño de la finca *sirviente* y nada se haya pactado específica y expresamente sobre su duración.

El presupuesto de la «utilidad» de la servidumbre para la finca dominante también puede servir de apoyo a nuestra tesis, en el sentido de que, si la servidumbre sigue siendo útil a la finca dominante, no parece adecuado que deba reconocérsele al dueño del predio *sirviente* la facultad de extinguirla con el único argumento de que la constituyó a favor de un derecho real posesorio sobre la finca dominante y no de la propiedad, siendo que ésta incluye necesariamente el contenido de aquél cuando se produce la consolidación. Hay que tener en cuenta, de nuevo, que, como hemos dicho, la servidumbre predial no se incorpora activa o pasivamente al patrimonio de quien la consiente sino indirectamente a través de la titularidad que el mismo detenta sobre la finca.

Sin embargo, contrariamente a estas consideraciones los artículos 566-2.2 del CCCA catalana y el artículo 562.1 del CDF Aragón, disponen que la servidumbre tendrá la duración del derecho del que era titular el constituyente, representando, por lo tanto, una regulación singular si atendemos a los cuerpos normativos que

hemos analizado. Coherentemente, el artículo 571.1.e) del CDC Aragón y el art. 566-11.d) del CCCA catalana, decretan la extinción de la servidumbre cuando se extingue el derecho real posesorio del que es titular el constituyente.

Por otro lado, podría representar un escollo a la tesis que sostenemos, su aplicación a constituciones onerosas de servidumbre, ya que esta tesis encaja muy bien para cuando la servidumbre es gratuita, pero, ¿puede sostenerse lo mismo si consideramos que se trata de una servidumbre onerosa? Esta cuestión es reflejada por Albaladejo cuando dice que puede ocurrir que la servidumbre conlleve gastos que no interese asumir al propietario y sí convenían al usufructuario⁷⁷. Más problemas plantearía la cuestión de la onerosidad de la servidumbre si el precio consistiera en el pago de una renta periódica: ya que, en tal caso, cabría plantear hasta qué punto esa renta corresponde abonarla al propietario y no al constituyente de la servidumbre⁷⁸. Con independencia de quién la deba pagar lo que está claro es que el propietario que consolida el dominio con una nueva servidumbre puede renunciar a ella y, en consecuencia, no tendría obligación de pagar el precio, ni de contribuir a los gastos que le supusiera la misma. Ahora bien, si decide seguir ejerciéndola responderá de las obligaciones *propter rem* que conlleve, siendo dudoso que el pago de la renta periódica que, en su caso, pueda constituir el precio por la constitución de la servidumbre deba merecer tal calificación.

C) *¿Es incompatible la legitimación de estos sujetos con la del propietario?*

A mi modo de ver el reconocimiento de legitimación a estos sujetos no impide reconocerla simultáneamente a favor del propietario de la finca. Es cierto que el fundamento de la legitimación del propietario era que detentaba la facultad de uso y disfrute de la finca con posibilidad de enajenarla de modo que, parece que, si en un momento determinado, dicha facultad está atribuida a otro suje-

⁷⁷ *Op. et loc cit.*

⁷⁸ En este sentido, el Código civil holandés cuando regula la constitución de la servidumbre en el artículo 5:70 del Libro 5 del Título 6, en su párrafo segundo, dispone que:

2. *The notarial deed by which an easement is established, may impose an obligation upon the owner of the dominant land to pay a sum of money –the «ground fee»– at regular or irregular intervals to the owner of the servient land.*

De modo que parece que la obligación de pagar la renta podría intentarse que fuera obligación *propter rem* puesto que se liga a la propiedad. Sobre la posibilidad de que la obligación de pago del precio en el derecho de superficie sea obligación *propter rem* puede resultar de interés mi artículo: «La contraprestación o precio del derecho de superficie», publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2009, n.º 712, pp. 619 a 668.

to en virtud de un derecho real limitado, será a éste y no al propietario a quien deba reconocérsele esta legitimación. Sin embargo, entiendo que, aun en ese caso y en ese período temporal, hay que admitir que el propietario de la finca dominante pueda constituir la servidumbre, porque está llamado a tener atribuido el uso de la finca en el futuro cuando se extingan las relaciones que temporalmente lo atribuyen a otras personas. Además, que, temporalmente, el uso del inmueble esté atribuido a otro sujeto, no le priva de la posibilidad de su enajenación del uso en cuanto que no perturbe a quien lo detenta en cada momento. Entiendo, por tanto, que el propietario de la finca gravada con un derecho real limitado tiene legitimación para constituir servidumbres que beneficien al fundo. Y ello, con independencia de que el usufructuario o arrendatario que eventualmente puedan estar disfrutando de la finca hagan uso de la servidumbre —lo cual puede suscitar otro problema cual es el de su extinción por no uso—. En realidad y en el caso de que se tratara de un usufructo nos encontraríamos quizás ante otra mejora, aunque en este caso, incorporada por el propietario.

3. Titulares de derechos de crédito sobre finca dominante y terceros ajenos a la misma

Otra cuestión que suscita Lacruz⁷⁹ es si el titular de un derecho de crédito que le permite usar una cosa ajena, verbigracia un arrendatario, podría constituir una servidumbre en beneficio de la finca que tiene en alquiler; pero abierto el planteamiento a los titulares de derechos de crédito, todavía podemos ir más lejos e interrogarnos acerca de si un tercero que no mantiene ninguna relación con la finca que se va a beneficiar puede constituir válidamente una servidumbre.

La posibilidad de que un tercero constituya una servidumbre en beneficio de una finca sobre la que no ostenta ninguna facultad —ni derivada de un derecho real limitado, ni de un derecho de crédito— se articularía jurídicamente, creo, como un contrato a favor de tercero, siendo tercero beneficiado el dueño de la finca que resultaría ser la dominante. Ahora bien, el contrato a favor de tercero celebrado entre el sujeto ajeno a la finca dominante y el dueño del predio sirviente no origina un derecho real, sino que, del mismo sólo surge una relación obligacional o personal, que se transformará en jurídico real cuando el beneficiado (dueño de la que resultaría finca

⁷⁹ Contempla la posibilidad de que el arrendatario pueda constituir a favor de la finca arrendada una servidumbre LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, III, volumen segundo, 1991, p. 157.

dominante) acepte el beneficio –mediando sólo aceptación por el dueño del fundo dominante estaremos ante una relación obligacional entre el dueño del predio dominante y el del sirviente– y, además, se produzca el traspaso posesorio o *traditio*, momento en el cual la relación adquirirá una dimensión jurídico-real (debe tenerse en cuenta la excepción del Derecho catalán conforme a la cual la servidumbre se constituye sólo con título). De tal manera que, en realidad, un tercero ajeno no puede constituir una servidumbre de alcance jurídico-real a favor de una finca –que resultaría ser la dominante– con la que no mantiene ninguna relación. No obstante, este sujeto sí puede celebrar un contrato que permita o viabilice su formación, siendo necesaria para que la misma alcance el grado de naturaleza real, previa aceptación y *traditio* por el propietario del fundo (o, en su caso, el titular de un derecho real limitado sobre la finca dominante).

En cuanto a la posibilidad de que fuera el arrendatario el que constituyera una servidumbre a favor de la finca que disfruta en arriendo, cabe dudar de que pueda hacerlo otorgando a la relación trascendencia jurídico-real, aceptando –por supuesto– que pueda constituir una relación obligatoria de contenido similar a la servidumbre real. Podría plantearse, no obstante, como hace Guilarte –sin pronunciarse de manera terminante sobre el tema– que pudiera hacerlo y considerar la servidumbre como una mejora incorporada por el arrendatario⁸⁰, para lo cual argumenta con la remisión que el artículo 1573 del Código civil común español, en sede de arrendamiento, realiza a los preceptos que rigen las mejoras en el usufructo.

A mi modo de ver, creo que debe descartarse que el arrendatario pueda constituir por sí sólo una servidumbre predial de naturaleza jurídico-real⁸¹. Y ello debido a que no tiene una relación directa e inmediata sobre la finca que disfruta en alquiler porque el derecho que ostenta no forma parte de la estructura jurídico-real de la finca. La facultad de uso del arrendatario no es una facultad desmembrada del contenido del derecho de propiedad que lo reduzca. Creo que, de la misma manera que no puede ejercer su derecho de crédito directa e inmediatamente sobre la cosa, sino a través de la intervención del arrendador, no puede, si no es por intermediación

⁸⁰ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, *op. cit.*, p. 147.

⁸¹ Reconoce la posibilidad de que el arrendatario pueda constituir una servidumbre a favor de la finca que disfruta en alquiler: GINER GARGALLO, Antonio y DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, en VVAA, *Comentarios de Derecho Patrimonial Catalán*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 556: *Desde un punto de vista estrictamente conceptual, no habría sin duda inconveniente en admitir que un arrendatario pudiese crear en su favor una servidumbre sobre la finca vecina, que se convertiría así en finca sirviente mientras durase el arrendamiento.*

de este sujeto, incorporar beneficios a la misma que supongan una alteración de la estructura jurídico-real de la finca.

Tampoco considero admisible que el arrendatario pueda constituir una servidumbre personal con el contenido de una predial. Por ejemplo, si el arrendatario de la finca A pacta con el dueño de la finca B poder pasar por ésta, parece bastante claro que el derecho de paso se le otorga para beneficiar al usuario de la finca y en atención a la finca, de lo contrario no se hubiera constituido; es decir, no se atribuye al sujeto, sino al sujeto en cuanto que usa la finca. Por lo tanto, tampoco puede hablarse de servidumbre personal. Lo que se ve claro si nos fijamos en el momento de extinción del arrendamiento: chocaría el carácter indefinido de la servidumbre personal con el eminentemente temporal del arrendamiento y, si no se ha pactado la extinción de aquélla al extinguirse éste, podría pensarse que el que había sido arrendatario de la finca A, todavía tendría derecho de paso por la finca B, lo cual no tiene ningún sentido.

Ahora bien, el arrendatario sí puede celebrar un contrato con el dueño de la finca que sería sirviente que viabilice indirectamente la constitución de una servidumbre predial con alcance jurídico-real. Imaginemos que el arrendatario de la que sería finca dominante y el dueño de la finca sirviente celebran un contrato de servidumbre de paso. ¿Qué eficacia tiene ese contrato?

De entrada, al arrendatario le proporciona ese contrato un derecho personal, de crédito, al uso de la finca gravada con la servidumbre. Entiendo que el arrendatario no puede detentar la servidumbre con alcance real. Pero ¿qué eficacia tiene ese pacto con respecto al propietario? ¿Se configura para él la servidumbre con alcance real? Para intentar descifrarlo hay que realizar un análisis diversificado de la concurrencia de título y del modo.

En cuanto al título, parece evidente que el contrato celebrado entre el arrendatario y el dueño de la finca sirviente no puede implicar al propietario de la finca beneficiada con la servidumbre: se trataría, a mi entender, de un contrato a favor de tercero. De modo que debe mediar aceptación del propietario —que puede ser tácita— para que sus efectos le sean referibles. Distinto es lo atinente a la toma de posesión, ya que acaso no sea menester que acabe el arriendo y el propietario haga uso de la servidumbre para entender que se ha operado la *traditio* con respecto a él: podría entenderse que el ejercicio por el arrendatario —poseedor inmediato— consumaría la *traditio* para el propietario de la finca alquilada —poseedor mediato—. No obstante, esta última posibilidad parece un tanto artificiosa.

De modo que, el arrendatario puede viabilizar la adquisición de una servidumbre de naturaleza real para el arrendador titular de un derecho real sobre la finca favorecida por la servidumbre, sea éste propietario o, por ejemplo, usufructuario. Sólo es menester la aceptación de este segundo, incluso tácita, para que la misma se produzca, y, acaso, la toma de posesión por su parte.

3. Reflexión final

De lo dicho resulta que los mayores problemas que plantea la constitución de una servidumbre por quien no es propietario se suscitan cuando el constituyente desde el lado activo es titular de un derecho real limitado sobre la finca que resultará ser la dominante y, fundamentalmente, se plantean a la hora de calibrar en qué medida la servidumbre afecta o vincula al propietario de la finca. En este punto concurren discrepancias normativas, en el sentido de que, frente a lo dispuesto por las normas catalanas o aragonesas decretando la extinción de la servidumbre cuando lo haga el derecho del constituyente, el Derecho comparado nos ofrece varios Códigos (el italiano, el portugués o el holandés) que establecen precisamente la norma contraria en el sentido de que dicha servidumbre no se extingue y, en consecuencia, vinculará al propietario de la finca dominante. Por otro lado están, los Códigos civiles que, como el nuestro o el Fuero Nuevo Navarra, no precisan nada específicamente sobre la cuestión; entre estos últimos también se encuentran el BGB alemán, el Código suizo o el francés.

No obstante, hay que decir que, con respecto a nuestro Código civil lo cierto es que todos los autores que han tratado la cuestión exigen para que la servidumbre siga siendo eficaz –y, por tanto, pueda beneficiar al propietario del fundo dominante– cuando se extingue el derecho del constituyente, el consentimiento del propietario del fundo que ve consolidado su dominio (ya sea para que la servidumbre pase a tener trascendencia jurídico-real, ya sea para que pase a ser servidumbre predial y deje de ser servidumbre personal, aludiendo en algunos casos a la noción de contrato a favor de tercero o de donación a su favor).

Creo que he argumentado suficientemente que es la solución que proporciona el *Codice civile* italiano, en su artículo 1078, el artículo 1575 del portugués y el artículo 5:84 del holandés la que respeta la esencia y estructura del derecho real limitado que es la servidumbre predial, la cual debe verse como relación entre fincas y no entre sujetos, los cuales sólo indirectamente ocupan su titularidad activa o pasiva. Y creo que esa solución es defendible para el

Código civil español común, habiendo –creo– conseguido demostrar a lo largo del estudio que no es necesario que consienta el propietario para que los efectos de la servidumbre que beneficia a la finca que le pertenece y que ha sido constituida por otro sujeto –siempre y cuando sea titular de un derecho real en cosa ajena que le habilite a tal efecto– le sean referibles. Si no le interesa la servidumbre siempre podrá extinguirla mediante renuncia. La solución de decretar la extinción de la servidumbre cuando se produce la del derecho real del constituyente –o la de exigir el consentimiento del dueño del predio dominante para que perviva– se adopta a costa de no respetar la naturaleza, esencia y estructura de la servidumbre predial como relación jurídico-real que articula una relación entre fincas, en la que los sujetos sólo son instrumentos subjetivos necesarios y supone también olvidar, aunque también lo hacen los intérpretes del Código civil común español que exigen su consentimiento para la pervivencia de la servidumbre, que el propietario que ve su dominio consolidado puede renunciar a la misma.

El concepto funcional de garantía en el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil

TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL

Profesora Titular de Derecho mercantil
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

Un sistema de garantías sólido, creíble y eficiente es una pieza esencial del engranaje en las economías modernas que soportan ampliamente la actividad empresarial y los intercambios comerciales en el crédito disponible, en condiciones razonables, para la financiación y la explotación de los activos. En el ámbito internacional, la regulación de los diversos esquemas de financiación garantizada con activos (asset-based) se topa con una importante divergencia de enfoques entre sistemas normativos nacionales y tradiciones jurídicas, donde la armonización alcanzada había sido tradicionalmente muy escasa. En las últimas décadas, y especialmente desde la década de los 90, instituciones regionales e internacionales han iniciado procesos de armonización de las normas aplicables a las garantías mobiliarias y, en general, a las operaciones garantizadas para dotar de mayor certidumbre y reglas comunes a las transacciones transfronterizas. En esta corriente normativa, se enmarca la iniciativa de UNIDROIT con la adopción en 2001 del Convenio relativo a garantías internacionales en elementos de equipo móvil. El Convenio establece un régimen uniforme aplicable a determinadas operaciones garantizadas sobre ciertas categorías de bienes de elevado valor económico e inherente movilidad (equipo aeronáutico, material rodante ferroviario, bienes espaciales) para facilitar la financiación de la adquisición y uso de tales equipos en condiciones eficientes. Para ello, el Convenio diseña un concepto de «garantía internacional» que permite la aplicación de las reglas uniformes sobre constitución, efectos y prioridad a diversos esquemas de financiación garantizada con activos (asset-based). Este artículo pretende analizar la original fórmula empleada por el Convenio consistente en dise-

ñar un concepto autónomo, funcional y unitario de garantía internacional como técnica de armonización en el Derecho Uniforme del Comercio Internacional.

PALABRAS CLAVE

Garantías mobiliarias, garantías internacionales, ventas con reserva de dominio, leasing, equipo aeronáutico, registro internacional, aeronaves, motores, helicópteros, operaciones garantizadas.

ABSTRACT

A sound, reliable and efficient system of secured transactions is a key component of our modern economies that are largely fueled by credit. At international level, rules on secured transactions have been traditionally harmonized in a very limited extent due to the difficulty in approaching the widely differing views thereon from domestic legislations and legal traditions. As a consequence, in last decades, and more intensively since 90's, huge efforts have been made by leading regional and international organizations to harmonize rules on secured transactions in order to provide cross-borders transactions with greater certainty and common rules. UNIDROIT initiative aligns to that trend with the adoption of the Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment. The Convention aims at providing for a set of uniform rules applicable to certain secured transactions related to three categories of mobile equipment, deemed of high economic value and inherent mobility (aircraft equipment, railway rolling stock, space assets), to foster the financing of the acquisition and use of such equipment in efficient conditions. With such an aim, the Convention designs an autonomous, unitary and sui generis concept of «international security» embracing several functionally-equivalent asset-based financing schemes. This article aims at analyzing the original function-based conceptual formula used by the Convention and assessing its potential, and its limitations, as a harmonizing technique for the Uniform Law of International Trade.

KEY WORDS

International interests, title reservation agreement, contracts of sale, leasing, mobile equipment, international registry, aircraft, engine, helicopters, secured transactions

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El Convenio de Ciudad del Cabo y sus Protocolos.*—III. *Regulación de las operaciones garantizadas en el contexto internacional: Fundamentos y principales soluciones.*—IV. *El ámbito de aplicación del Convenio.* IV.1 *Requisitos de aplicación y factores de conexión.* a) *Elemento contractual.* b) *Elemento objetivo.*

c) Elemento formal. IV.2 El criterio de internacionalidad y las «transacciones internas».—V. *El concepto de garantía internacional en el Convenio de Ciudad del Cabo: un modelo circular, en dos niveles y de base funcional.* V.1 Garantía internacional y registrabilidad. V.2 Medidas en caso de incumplimiento.—VI. *El modelo funcionalista en el derecho uniforme sobre operaciones garantizadas.*

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de garantías es una pieza esencial del engranaje en las economías modernas que se soportan ampliamente en el crédito para la adquisición y el uso de bienes comerciales y de consumo. En las actividades empresariales, en particular, los propios activos del deudor, cuya adquisición y uso se han de financiar, se convierten en las más adecuadas garantías disponibles para asegurar la efectividad del crédito. Esta dependencia del crédito y consecuentemente de las fórmulas de garantía se agudiza a medida que el valor de los bienes, su importancia económica o su ritmo de obsolescencia se incrementan. A la vez, si los bienes objeto de garantía se incorporan en los procesos productivos de actividades empresariales, los esquemas de garantía no pueden exigir la desposesión del deudor pues la devolución del crédito depende de la capacidad productiva del deudor mediante la explotación de sus activos. Si partimos de la consideración de que garantía es cualquier medida destinada a asegurar la efectividad del crédito, confiriendo al acreedor un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad que refuerza su posición para la tutela del crédito, es decir, su expectativa de cumplimiento de la prestación; junto a las tradicionales garantías reales y personales, se han ido diseñando figuras que cumplen funciones de garantía igualmente efectivas en las transacciones comerciales. En este contexto, se han ido configurando, en algunos sistemas jurídicos, diversas modalidades de garantía sobre bienes muebles que no imponen la desposesión del deudor, más aún que autorizan al deudor a la realización de ciertos actos de disposición sobre los bienes gravados, a la vez que han ido tomando forma en el mercado complejos esquemas de financiación con similar función de garantía y orientados a asegurar la posesión de los activos por el deudor —financiación garantizada con activos (*asset-based*)—.

En el ámbito internacional, la regulación de las operaciones garantizadas se topa con una importante divergencia de enfoques entre sistemas normativos nacionales y tradiciones jurídicas, donde la armonización alcanzada ha sido tradicionalmente muy escasa.

Es una materia de considerable complejidad en la que confluyen cuestiones procesales, concursales, de propiedad y registrales que agravan el dispar tratamiento entre ordenamientos jurídicos de las operaciones garantizadas e incluso de su propia concepción y alcance. De ahí que, en las últimas décadas, y de forma especialmente intensa desde la década de los 90, instituciones reguladoras supranacionales, de ámbito regional e internacional, hayan identificado la necesidad de armonizar las normas aplicables a las garantías mobiliarias y, en general, a las operaciones garantizadas para dotar de mayor certidumbre y reglas comunes a las transacciones transfronterizas.

En esta corriente normativa, se enmarca la iniciativa de UNIDROIT que tras un proceso de deliberación y redacción que se inició en 1988¹ concluye en 2001 con la adopción del *Convenio relativo a garantías internacionales en elementos de equipo móvil* (en lo sucesivo, el Convenio). El Convenio fue adoptado en la Conferencia diplomática celebrada en Ciudad del Cabo (Sudáfrica), ciudad de la que el Convenio ha tomado su nombre, entre los días 29 de octubre y 16 de noviembre de 2001, bajo los auspicios de UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law / Institut International pour l'Unification du Droit Privé*) y de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI/ICAO).

El objetivo del Convenio² es establecer un régimen uniforme aplicable a determinadas operaciones garantizadas sobre ciertas categorías de bienes de significativa importancia económica e inherente movilidad (equipo aeronáutico, material rodante ferroviario, bienes espaciales) para facilitar la financiación de la adquisición y uso de tales equipos en condiciones eficientes. El Convenio debía pues lidiar con dos problemas. De un lado, armonizar soluciones y elaborar reglas uniformes ante la patente disparidad

¹ La cronología del desarrollo del Convenio y los documentos clave elaborados en relación con el Convenio (así como, en relación con el Protocolo sobre elementos de equipo aeronáutico y el Protocolo sobre material rodante ferroviario) se detallan en los Anexos XII y XIII, respectivamente, de GOODE, Roy, *Official Commentary. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol thereto on matters specific to aircraft equipment*, en su primera edición de 2002 y en la edición revisada de 2008; así como, en el *Official Commentary on the Convention on International Interests in Mobile Equipment and the Luxembourg Protocol thereto on Matters specific to Railway Rolling Stock* editado en 2008. Igualmente a través del sitio oficial de UNIDROIT se puede acceder a información y materiales actualizados sobre todos sus instrumentos aprobados y en proceso de adopción (www.unidroit.org).

² Un estudio completo del Convenio (y el Protocolo) en relación con los objetos aeronáuticos y el Registro Internacional para esta categoría de bienes en RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo*, Madrid: Marcial Pons, 2012.

en el tratamiento jurídico y la propia concepción de las diversas fórmulas de garantías en el Derecho Comparado. De otro lado, gestionar esta divergencia de enfoques jurídicos en las operaciones transfronterizas en relación con bienes de equipo de inherente movilidad o débil conexión territorial (objetos aeronáuticos, material rodante ferroviario, equipo espacial). Para ello, se crea un concepto autónomo, unitario y funcional de garantía internacional para el que se establece un marco uniforme de sencillas reglas de prioridad, remedios básicos para los casos de incumplimiento y medidas ante supuestos de insolvencia y se constituye un sistema registral propio para asegurar la oponibilidad a terceros e instrumentar el régimen de prioridad.

El sistema que diseña el Convenio se basa, por tanto, en dos piezas clave: una pieza sustantiva o conceptual, y una pieza adjetiva o registral. De un lado, la construcción funcional de un concepto *sui generis* de «garantía internacional» que permite la aplicación de las reglas uniformes sobre constitución, efectos y prioridad a diversos esquemas de financiación garantizada con activos (*asset-based*). De otro lado, el diseño de un sistema registral para la inscripción de «garantías internacionales» (y otros derechos y situaciones inscribibles) que confiere oponibilidad frente a terceros y permite articular las precisas reglas de prioridad.

Este artículo pretende analizar la original fórmula de armonización empleada por el Convenio consistente en diseñar un concepto autónomo de garantía internacional de base funcional; es decir, un concepto que agrupa y trata unitariamente diferentes esquemas negociales en virtud de la función común que desempeñan e independientemente de la forma jurídica que adoptan. Se prima así la «intención» y la «sustancia» sobre la «forma»³. El empleo de esta estrategia, denominada funcionalista, en el contexto de las legislaciones nacionales sobre garantías mobiliarias retoma un delicado debate entre tradiciones jurídicas en el Derecho Comparado que se puede condensar en el conflicto «funcionalismo *versus* formalismo». La intención de este trabajo es plantear el potencial, y detectar las limitaciones, de esta aproximación funcionalista como instrumento de armonización y creación de conceptos autónomos y unitarios en los textos internacionales de Derecho Uniforme a partir del análisis del concepto de garantía internacional en el Convenio de Ciudad del Cabo.

³ Con esta contraposición entre «forma» y «sustancia» se resume el debate, aún abierto, entre «funcionalismo» y «formalismo» al que nos referimos más adelante en este trabajo. BRIDGE, Michael G.; MACDONALD, Roderick A.; SIMMONDS, Ralph L.; WALSH, Catherine, «Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions», 44 *McGill Law Journal*, 1998-1999, pp. 567-664.

Con este objetivo, el presente artículo se estructura del siguiente modo. En la Parte II, se explica la original estructura adoptada en el proceso de armonización, combinando un Convenio base con varios Protocolos específicos que permiten articular las reglas uniformes del Convenio en cada uno de los sectores concretos cuya regulación atiende el instrumento internacional. En la Parte III, se esboza a grandes rasgos el marco normativo internacional sobre las operaciones garantizadas en el que se inserta el Convenio, se analizan sus fundamentos económicos y jurídicos y se identifican brevemente las soluciones adoptadas por el instrumento de UNIDROIT. Se podrá observar ya desde ese momento que el empleo de la cada vez más común expresión de «operaciones garantizadas» (*secured transactions*) en los textos internacionales y regionales refleja una aproximación amplia e intencionadamente neutral, en términos de forma jurídica, a un conjunto de esquemas contractuales con función de garantía (garantías reales mobiliarias, venta con reserva de dominio, arrendamiento financiero, etc.) que tiene esencialmente una base funcional, como la que inspira el concepto de garantía internacional en el Convenio de Ciudad del Cabo, pues pretende sujetar a un régimen jurídico único diversos esquemas contractuales que siendo diferentes en la forma, desempeñan en el tráfico comercial una similar función de garantía. La Parte IV comienza el estudio con mayor profundidad del Convenio a partir de su ámbito de aplicación: requisitos de aplicación, factores de conexión y criterio de internacionalidad. La delimitación del ámbito de aplicación objetivo, subjetivo, temporal y territorial nos permitirá abordar en la Parte V el concepto de «garantía internacional» que es la pieza central del sistema de Ciudad del Cabo. El Convenio elabora un concepto autónomo, unitario y *sui generis* de garantía internacional a partir de un enfoque funcional que prima la función sobre la forma. Para explicar el, en cierta medida, complejo modelo que emplea el Convenio para definir las garantías internacionales y unificar su régimen jurídico, expondremos nuestra propuesta de calificación como un modelo en dos niveles, circular y de base funcional. A partir de ahí se analizarán las consecuencias que la calificación como garantía internacional tiene en relación con las medidas aplicables en caso de incumplimiento del deudor, donde se refleja la curiosa fórmula empleada por el Convenio para recoger las diversas tradiciones jurídicas en un marco uniforme, y en lo relativo al acceso al Registro Internacional que se constituya para cada sector. Como se verá más adelante, la inscripción no es un requisito constitutivo de la garantía (*inter partes*) sino un elemento para su perfección y oponibilidad frente a terceros, por tanto, una

herramienta fundamental para articular las reglas uniformes de prioridad del Convenio. A su vez, el carácter internacional de la garantía no se lo confiere su inscripción en el Registro Internacional, de modo que, de hecho, tienen acceso al Registro derechos o garantías que no tienen la calificación de garantías internacionales conforme al Convenio. Tras este análisis de las disposiciones del Convenio, la Parte VI recoge las conclusiones que avanzábamos sobre el potencial del funcionalismo, y sus limitaciones, como técnica de unificación en el Derecho Uniforme.

II. EL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO Y SUS PROTOCOLOS

Tras su adopción en 2001, el Convenio no entró en vigor hasta el 1 de marzo de 2006. La fecha de entrada en vigor refleja una interesante decisión estructural bajo la que opera lo que podíamos denominar en conjunto «el sistema de Ciudad del Cabo» (art. 49.1 del Convenio⁴). En efecto, el sistema de Ciudad del Cabo responde a una ingeniosa estructura dual (que posteriormente, se transforma en «multidivisional» al incorporarse las normas del Registro) diseñada con el objetivo de ofrecer reglas altamente específicas y perfectamente adecuadas para cada sector que permitieron superar hábilmente las dificultades de abordar sectores que presentan una elevada complejidad y un notable carácter técnico (aeronáutico, ferroviario, espacial). De este modo, el Convenio configura el marco uniforme básico para tres categorías de elementos de equipo móvil (objetos aeronáuticos, material rodante ferroviario, bienes de equipo espacial) que cada Protocolo, completa, desarrolla y adapta a cada sector. No es un simple desarrollo de tipo reglamentario que concreta y detalla las disposiciones del Convenio. El Protocolo, en cierta medida, adapta el molde del Convenio a las particularidades del sector, controla su entrada en vigor para cada categoría de objetos y confirma definitivamente el ámbito de aplicación. De ahí que el Convenio no pueda operar independientemente de sus Protocolos.

⁴ Artículo 49.1 del Convenio:

«El presente Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses posterior a la fecha de depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, pero únicamente respecto a las categorías de objetos a las cuales se aplica un Protocolo:

- a) a partir del momento de entrada en vigor de ese Protocolo;
- b) con sujeción a las disposiciones de dicho Protocolo; y
- c) entre los Estados que son partes en el presente Convenio y en dicho Protocolo.»

Esta especial estructura Convenio/Protocolo tiene tres consecuencias inmediatas. En primer lugar, en materia de interpretación (art. 6.1), el Convenio y el Protocolo específico para cada categoría de objetos han de interpretarse como un solo instrumento. En segundo lugar, aunque el Convenio regula tres categorías de objetos (art. 2.3), no entra en vigor con respecto a una determinada categoría (art. 49.1) hasta que se haya adoptado el Protocolo correspondiente y además lo hace con sujeción a las disposiciones de dicho Protocolo. En tercer lugar y en coherencia con la posición clave del Protocolo, con base en argumentos de especificidad y cercanía al sector, en caso de discrepancia entre el Convenio y el Protocolo, prevalece el Protocolo (art. 6.2).

El primero de los Protocolos, sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, entró en vigor el 1 de marzo de 2006⁵, fecha, por tanto, en que entra en vigor el Convenio/Protocolo sobre equipo aeronáutico. Actualmente⁶ 46 Estados han depositado ya sus instrumentos de ratificación, adhesión, aceptación o aprobación, además de otros 14 que han procedido a su firma sin posterior ratificación, adhesión, aceptación o aprobación posterior hasta la fecha. Con tan sólo cuatro excepciones, todos los Estados contratantes eran países no comunitarios. La ratificación de los países de la Unión Europea había estado bloqueada por cuestiones diplomáticas ajenas a las disposiciones sustantivas de los textos⁷. Con fecha 28 de abril de 2009, la Comunidad Europea ha depositado su instrumento de adhesión⁸ al Convenio y al Proto-

⁵ Que corresponde, en virtud del artículo 49.1 del Convenio y XXVIII.1 del Protocolo, con el primer día del mes siguiente a la finalización de un periodo de tres meses posterior a la fecha del depósito del octavo instrumento de ratificación, aprobación, aceptación o adhesión con respecto al Protocolo. Con fecha de 1 de marzo de 2006, se habían depositado los instrumentos de ratificación, aceptación, adhesión o aprobación de 9 Estados, tras el último depósito por Senegal del instrumento de ratificación el 9 de enero de 2006. Se puede consultar el estado de ratificaciones del Protocolo en <http://www.unidroit.org/english/implementation/i-2001-aircraftprotocol.pdf> (última consulta 22/11/2012).

⁶ Datos sobre el número de Estados contratantes correspondientes al 22 de noviembre de 2012. En esta misma fecha, el Convenio cuenta ya con 52 Estados contratantes.

⁷ Ante la posibilidad de que el Convenio y los Protocolos puedan ser ratificados por una Organización de Integración Económica Regional, pronto resultó obligado valorar la conveniencia y la urgencia de que la Unión Europea formara parte del esquema Convenio-Protocolos de Ciudad del Cabo. De hecho, tal posibilidad se ha valorado muy positivamente como un importante paso hacia la unificación del Derecho de garantías en Europa –HONNEBIER, B. Patrick, «The Convention of Cape Town and the Aircraft Protocol: a Potential Stepping-Stone Towards Unification of Security Interests in the European Union», *Newsletter Aviation Law*, vol. 10, núm. 1, May 2004, pp. 14-17-. Superados los iniciales enfrentamientos entre la Comisión Europea y algunos Estados miembros que cuestionaban la competencia de la Unión Europea en relación con las disposiciones sobre cuestiones sustantivas en materia concursal del Convenio, la Unión Europea accedió al Convenio mediante depósito de su instrumento de adhesión el 28 de abril de 2009.

⁸ El Convenio y su Protocolo aeronáutico han entrado en vigor para la Comunidad Europea el 1 de agosto de 2009. El Convenio y su Protocolo vinculan, en consecuencia, también a los Estados Miembros en la medida en que contienen disposiciones referidas a

colo, pero lo hace bajo el régimen de «Organización regional de integración económica» previsto en el artículo XXVII del Protocolo, especificando los asuntos respecto a los cuales los Estados miembros le han transferido competencias⁹.

El Protocolo sobre material rodante ferroviario¹⁰ fue adoptado el 23 de febrero de 2007, pero aún no ha entrado en vigor. Hasta el momento cuenta con seis Estados firmantes, incluida la Unión Europea, en su condición de «Organización regional de integración económica» de conformidad con el artículo XXII del Protocolo, y tan sólo se ha emitido la ratificación de Luxemburgo con fecha 31 de enero de 2012¹¹.

El tercer Protocolo previsto inicialmente, sobre bienes de equipo espacial¹², se ha adoptado y abierto a la firma el 9 de marzo

aspectos en los que la Comunidad goza de competencia y deben adoptar las medidas oportunas para cumplir e implementar tales disposiciones. Sin embargo, la adhesión de la Comunidad no implica la obligación de los Estados de ratificar el Convenio con sus Protocolos, aunque seguramente anuncie próximas ratificaciones. De hecho, la concurrencia en el instrumento de UNIDROIT de competencias distribuidas entre la Comunidad y los Estados permitiría afirmar que sin la adhesión de la Comunidad, los Estados no podrían ratificar enteramente y con plenos efectos el Convenio y sus Protocolos. Con todo, en el momento de la adhesión de la Comunidad, Irlanda y Luxemburgo ya eran parte, individualmente, del sistema de Ciudad del Cabo y, por otro lado, la decisión de adhesión no es aplicable a Dinamarca. CRANS, Berend, «The Implications of the EU Accession to the Cape Town Convention», *Air and Space Law*, vol. 35, núm. 1, 2010, pp. 1-7.

⁹ *Decisión del Consejo de 6 de abril de 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico*, adoptados conjuntamente en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 (2009/370/CE), D.O.L. 121/3, 15.5.2009. Algunas materias reguladas por el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, y el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) son también objeto del Convenio de Ciudad del Cabo y del Protocolo aeronáutico. En este sentido, la Comunidad tiene competencias exclusivas en algunas materias reguladas por el Convenio de Ciudad del Cabo y el Protocolo aeronáutico, mientras que los Estados miembros retienen también competencias en otras materias reguladas por estos dos instrumentos. En el momento de la adhesión, la Comunidad ha efectuado varias declaraciones relativas al Convenio y al Protocolo que constar en los Anexos I y II de la Decisión referida.

¹⁰ El Protocolo sobre material rodante ferroviario se adoptó, en Conferencia Diplomática celebrada en Luxemburgo, el 23 de febrero de 2007, fecha de firma de 4 Estados (Gabón, Italia, Luxemburgo, Suiza), con la participación de 42 Estados y 11 Organizaciones Internacionales. El Protocolo no ha entrado aún en vigor (a 22/11/2012).

¹¹ Se puede consultar el estado de ratificaciones del Protocolo en <http://www.unidroit.org/english/implement/i-2007-railprotocol.pdf> (última consulta 22/11/2012).

¹² La *Secretariat* de UNIDROIT pretendía finalizar el proyecto durante el 2007 o, lo más tardar en los primeros meses del 2008 (Unidroit 2006, C.D. (85) 7 (b), *Governing Council 85th session*, Roma 8-10 de mayo 2006), pero el proyecto requirió mayor plazo para su aprobación definitiva. Sobre el desarrollo del proyecto y su aprobación final en la Conferencia Diplomática de Berlín, <http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study072/spaceprotocol/conference/main.htm> (última consulta 22/11/2012). En esta fecha cuenta con cuatro Estados firmantes pero sin ratificación hasta ahora.

de 2012, tras la celebración de la Conferencia Diplomática en Berlín del 27 de febrero al 9 de marzo de 2012.

Se cubrirían así junto con los elementos de equipo aeronáutico –células de aeronave, motores y helicópteros– las tres categorías de bienes expresamente previstas en el Convenio (art. 2.3). No obstante, el esperado éxito de las soluciones del Convenio y la flexibilidad del modelo dual Convenio/Protocolos han animado la formulación de propuestas para una ulterior extensión de su aplicación a categorías de bienes que, aun no expresamente previstas en el momento de concepción del Convenio¹³ (art. 51.1 del Convenio), pueden responder a similares características estructurales y requieren igualmente un urgente tratamiento uniforme para facilitar su adquisición y financiación. Entre estas iniciativas, se ha planteado la posibilidad de iniciar la preparación de un cuarto Protocolo sobre bienes de equipo de uso agrícola, minero y de construcción. Propuesta que responde a una necesidad de financiación indiscutible en sectores especialmente estratégicos para economías de países en vías de desarrollo. Esta contundente racionalidad política y socioeconómica, se topa, sin embargo, con algunas dificultades de tipo técnico que ponen en cuestión la extensión de las reglas de un Convenio concebido para bienes naturalmente móviles, perfectamente identificables y de alto valor, a elementos que no siempre satisfacen estas características.

Un estudio completo del sistema de Ciudad del Cabo necesita, sin embargo, añadir al tándem Convenio-Protocolo en cada sector un conjunto importante de normas de carácter más técnico que detallan la estructura y la operativa del Registro y el proceso de inscripción. En efecto, como ya indicamos, la segunda pieza fundamental del sistema de Ciudad del Cabo, es la registral. El régimen de la oponibilidad frente a terceros y la articulación de las reglas uniformes de prioridad se basan en la inscripción de las garantías en un Registro Internacional. Siguiendo la lógica sectorial que explica la especialización de los Protocolos, se prevé la creación de un Registro único internacional para cada categoría de bienes. El carácter específico de cada Protocolo se refleja igualmente en la estructura y operativa de cada uno de los Registros previstos. Cada Registro estará gestionado por un Registrador que

¹³ La posibilidad de que la aplicación del Convenio se extendiese a otras categorías de equipos como buques o plataformas petrolíferas se ha planteado desde el comienzo de la preparación del proyecto, si bien, distintas razones han excluido o relegado su tratamiento. Sin embargo, con ocasión del Seminario organizado por UNIDROIT sobre «Promoting investment in agricultural production: private law aspects» que tuvo lugar en Roma del 8 al 10 de noviembre de 2011, se aprovechó para abordar específicamente en la reunión con la que concluyó el coloquio «The Possible benefits of extending the Cape Town system to agricultural, mining and construction equipment».

opera bajo la supervisión de una *Supervisory Authority* (art. 16 del Convenio).

Desde el 1 de marzo de 2006, con la entrada en vigor del Protocolo en materia aeronáutica, está en funcionamiento el Registro Internacional para elementos de equipo aeronáutico. En virtud de lo previsto en el artículo XVII del Protocolo la Conferencia Diplomática propuso (Resolución núm. 2) a la *International Civil Aviation Organization* (ICAO) la asunción de la funciones de Autoridad Supervisora del Registro de equipo aeronáutico. Entre sus competencias (art. 17 del Convenio) se encuentra la de nombrar al Registrador. La compañía *Aviareto*¹⁴, con sede en Dublín, fue seleccionada en 2004 como encargada del Registro Internacional de garantías en elementos de equipo aeronáutico (en adelante, el Registro Internacional), recurso completamente electrónico disponible en www.internationalregistry.aero y se encargará del funcionamiento del Registro durante un período de cinco años desde la fecha de entrada en vigor del Protocolo, transcurrido el cual la Autoridad Supervisora prorrogará el nombramiento por períodos de igual duración o nombrará periódicamente otro Registrador (art. XVII.5. del Protocolo).

Así, en relación con cada Registro, al cuerpo normativo integrado por las disposiciones del Convenio y del Protocolo correspondiente hay que añadir, en un segundo nivel, un conjunto de reglas de carácter más técnico aprobadas por la Autoridad Supervisora correspondiente. En el caso del Registro Internacional para bienes aeronáuticos, en particular, primero en constituirse y en pleno funcionamiento, se han aprobado y han entrado en vigor el mismo día que el Protocolo al que corresponden¹⁵: las *Regulations for the International Registry* (en adelante, el Reglamento, previsto en el art. 1.ff del Convenio) y los *International Registry Procedures* que se refieren a aspectos operativos y procedimentales (en adelante,

¹⁴ www.aviareto.aero.

¹⁵ La Sección 18 del Reglamento y la Sección 21 de los Procedimientos determinan que el propio Reglamento previsto en el artículo XVIII del Protocolo y la versión inicial de los Procedimientos tendrán efecto a partir del día de entrada en vigor del Protocolo. Asimismo, cualquier modificación ulterior del Reglamento o de los Procedimientos surtirá efecto transcurrido un mes desde la fecha de su publicación salvo que la Autoridad Supervisora determine otra cosa. En relación con la publicación, la disposición anterior (Sección 17) establece que la versión auténtica de cualquier modificación del Reglamento o de los Procedimientos será publicada en la publicación oficial de la Autoridad Supervisora. En el caso del Registro Internacional en materia aeronáutica, tal publicación oficial será el *ICAO Journal* y el suplemento de periodicidad mensual *Supplement to the Catalogue of the ICAO Publications and Audio-visual Training Aids*. La versión oficial del Reglamento y de los Procedimientos, según consta en el *ICAO Document 9864*, está publicada en *Uniform Law Review*, 2006-1, pp. 60-82. Las ediciones posteriores (segunda edición 2007, tercera edición 2009, cuarta edición 2010) están disponibles en www.icao.int.

los Procedimientos). Además, en la medida en que es un Registro enteramente electrónico, a todo ello hay que añadir los *Terms and Conditions of Use*, que disciplinan, en un tercer nivel y como en cualquier otro sitio *web*, el acceso a y el uso de las funcionalidades del Registro¹⁶ (con las conocidas disposiciones sobre especificaciones técnicas de los dispositivos de acceso y conexión, el empleo de enlaces a otras páginas, el ofrecimiento del servicio «as is», las prohibiciones de uso, los supuestos de responsabilidad por virus, la titularidad de los datos y la finalidad de uso admisible de los contenidos, protección de datos personales y cláusulas de modificación de la responsabilidad)¹⁷.

De modo que, el bloque que representan el Convenio y cada Protocolo junto con las Regulaciones y los Procedimientos del Registro que, en cada caso, se aprueben, actúa como una estructura autónoma e independiente de reglas y principios que gobiernan las garantías internacionales relativas a cada categoría de elementos de

¹⁶ Así, al estilo de una *merger clause*, la disposición 12.6 de las Condiciones de uso del sitio *web* dispone que:

«These Terms and Conditions, together with the CPS as approved by the Supervisory Authority, and the Convention, Protocol, Regulations and Procedures incorporated by reference into these Terms and Conditions as referred to in Clause 2.1 above, represent the entire understanding, and constitute the whole Agreement, in relation to their subject matter, and supersede any previous agreement between the parties with respect thereto.»

El cumplimiento de las condiciones de uso vigentes en cada momento y publicadas en el sitio *web* se dispone en la Section 4 de los Procedimientos con el siguiente tenor:

«For the purpose of using the International Registry, the following functions fall within the scope of responsibility of each registry user entity:

(...) abiding by the applicable terms and conditions in place from time to time governing use of the International Registry.»

¹⁷ Para un estudio más detenido del contenido de los términos de uso de los sitios *web*, y la problemática asociada a los denominados *browse-wrap agreements*, nuestros trabajos, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Terms of Use, Browse-Wrap Agreements and Technological Architecture: Spotting Possible Sources of Unconscionability in the Digital Era», *Contratto e Impresa. Europa*, 2/2009, Luglio-Dicembre, Anno XIV, pp. 849-869; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Las condiciones de uso de los sitios *web* y los *browse-wrap agreements*», en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; OVIEDO ALBÁN, Jorge, *La Nueva Lex Mercatoria y los nuevos contratos internacionales*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2006, pp. 305-346 –también publicado en *Derecho del Comercio Internacional– temas y actualidades (DeCita)*, núm. 5/6, 2006, pp. 43-73. Obsérvese, de hecho, el tenor de la cláusula inicial de las Condiciones de uso del sitio en que opera el Registro:

«These terms and conditions (“Terms and Conditions”) apply to any access to and use of the International Registry for International Interests in Mobile Equipment (Aircraft Equipment) (the “International Registry” or “Registry”) established in accordance with the Convention on International Interests in Mobile Equipment (the “Convention”) and the Aircraft Protocol to the Convention (the “Protocol”) and any associated web pages and services provided by or on behalf of Aviareto Limited (a company incorporated under the laws of the Republic of Ireland) in its capacity as registrar of the Registry (the “Registrar”). Any use of the Registry shall be subject to acceptance of these Terms and Conditions, and before proceeding you must read and accept these Terms and Conditions on behalf of the organisation or person named in your on-line application as the registry user entity (the “Registry User Entity”).»

equipo móvil. De hecho, esta unión compacta entre Convenio y Protocolo toma la denominación general de «Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil aplicado a objetos (respectivamente, aeronáuticos, ferroviarios o espaciales)» (por ejemplo, art. II (2) del Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil).

III. REGULACIÓN DE LAS OPERACIONES GARANTIZADAS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL: FUNDAMENTOS Y PRINCIPALES SOLUCIONES

Desde la década de los 90¹⁸, se suceden iniciativas de muy diverso alcance y diferente naturaleza¹⁹ promovidas por agencias formuladoras supranacionales, tanto de ámbito regional como internacional, para abordar la necesidad de armonización del régimen de las garantías reales mobiliarias en el contexto, generalmente, de las operaciones transfronterizas²⁰.

¹⁸ Ya desde 1969 se comenzó a discutir en la *Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (en adelante, CNUDMI) la posibilidad de formular un sistema de normas uniformes para las garantías mobiliarias. Tras el estudio encargado al Profesor Ulrich DROGNIĆ y otros trabajos preparados por la Secretaría –Doc. A/CN.9/1311 de 15 de febrero de 1977, Doc. A/CN.9/165 de 17 de mayo de 1977, Doc. A/CN.9/186 de 16 de mayo de 1980–, se concluyó que ante la complejidad del tema resultaba utópica la iniciativa de una regulación mundial uniforme de las garantías mobiliarias y se optó por adoptar aproximaciones específicas o parciales en cuanto al ámbito de aplicación o la naturaleza del instrumento: *Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas, Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional de 2001, Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente de 1995*. De otro lado, en el seno de UNIDROIT, el estudio del Profesor Ronald C.C. CUMING, «International regulation of aspects of security interest in mobile equipment» publicado en *Uniform Law Review*, 1990-I, pp. 62-206, respondía a la propuesta que T.B. SMITH, representante canadiense en el Consejo de UNIDROIT planteó en la sesión de junio de 1988 sobre la necesidad y la viabilidad de abordar la preparación de una convención sobre determinados aspectos de las garantías en bienes de equipo móvil.

¹⁹ Sobre los diversos instrumentos del Derecho Uniforme del Comercio Internacional según su alcance, naturaleza y carácter vinculante, ILLESCAS ORTIZ, Rafael, «El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su sistemática», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 207, 1993, pp. 37-91.

²⁰ La Ley Modelo del BERD sobre Operaciones Garantizadas, concluida en 1994 [*European Bank for Reconstruction and Development Model Law on Secured Transactions* disponible en <http://www.ebrd.com/pages/research/publications/guides/model.shtml> (última consulta 22/11/2012)]; los principios generales del BERD relativos al régimen legal de las operaciones garantizadas, concluidos en 1997 [*Sound Business Standards and Corporate Practices. A set of Guidelines, by European Bank for Reconstruction and Development*, disponible en <http://www.ebrd.com> (última consulta 22/03/2012)]; la Ley Uniforme de la Organización para la Armonización de la Legislación Empresarial en África (OHADA) relativa a las garantías reales, preparada en 1997 [*Acte Uniforme adopté le 17*

Se constata una amplia atención internacional a la regulación de las operaciones garantizadas, en su conjunto o en alguno de sus extremos o manifestaciones, como reflejo, en realidad, de una apreciable preocupación por armonizar una disciplina altamente compleja que acusa una significativa disparidad jurídica. Así, advertida la prevalente función que las operaciones garantizadas desempeñan en el tráfico comercial, toda divergencia y falta de uniformidad se traduce fácilmente en incertidumbre e incremento de los riesgos que entorpecen las transacciones transfronterizas.

Pero, tras el ímpetu con que las diferentes instituciones supranacionales han abordado en el transcurso de casi dos décadas la armonización de las reglas sobre operaciones con función de garantía, se comienza a descubrir que, superada la desatención inicial, el problema que surge ahora es el de la coordinación de las diversas y numerosas iniciativas para compactar un sistema jurídico coherente para las operaciones comerciales internacionales. Ciertamente, esta «exuberancia normativa»²¹ comienza ya a exigir una labor de depuración, ajuste y coordinación, que será la tarea que corresponda desarrollar en el futuro más próximo.

Con todo, la regulación uniforme de las operaciones garantizadas vive, sin duda, un momento de especial esplendor. El empleo de la expresión «operaciones garantizadas» (*secured transactions*) responde a una aproximación amplia e intencionadamente neutral, en términos de forma jurídica, al conjunto de esquemas contractuales con función de garantía (garantías reales mobiliarias, venta con

avril 1997, portant organisation des sûretés (JO Ohada núm. 3 du 1er Octobre 1997), disponible en www.ohada.com (última consulta 22/11/2012)); el estudio sobre la reforma del régimen legal de las operaciones garantizadas en Asia, preparado por el Banco Asiático de Desarrollo en 2003 (www.adb.org); la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, adoptada en 2001; el propio Convenio de Ciudad del Cabo relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil, aprobado en 2001, y sus protocolos; el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario, adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en 2001; la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias, preparada en 2002 por la Organización de los Estados Americanos (OEA) disponible en www.oas.org; la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, concluida en 2004; el Convenio de UNIDROIT sobre reglas sustantivas armonizadas para los valores bursátiles en poder de un intermediario, adoptada en Ginebra en octubre de 2009 [disponible en <http://www.unidroit.org/english/conventions/2009intermediatedsecurities/main.htm> (última consulta 22/11/2012)], y la Guía Legislativa sobre Operaciones Garantizadas también de la CNUDMI en 2007 (con el suplemento de 2010 relativo a las garantías reales sobre propiedad intelectual).

²¹ El riesgo de «exuberancia normativa» no es exclusivo de esta disciplina, de hecho, se observa una tendencia muy similar en otros sectores bien diferentes. Ya empleamos así la misma expresión para calificar el exuberante desarrollo normativo en relación con la prestación de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico en RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Intermediación en la Red y responsabilidad civil. Sobre la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad a las actividades de intermediación en la Red», *Revista Española de Seguros*, núm. 142, 2010, pp. 217-259.

reserva de dominio, arrendamiento financiero, etc.) que facilitan las operaciones de financiación. Con esta aproximación se está adoptando una perspectiva funcional, como la que inspira el concepto de garantía internacional en el Convenio de Ciudad del Cabo, pues la intención es sujetar a un régimen jurídico único diversos esquemas contractuales que siendo diferentes en la forma, comparten el desempeño en el tráfico comercial de una similar función de garantía.

Esta intensa y extensa producción normativa en el contexto internacional se apoya en sólidas, aunque no totalmente pacíficas, justificaciones de tipo económico que vertebran las diversas iniciativas. Fundamentalmente, la lógica económica subyacente parte de la premisa de que el mercado de la financiación acusa tres problemas fundamentales –asimetría de información, riesgo moral y selección adversa²²– que los derechos de garantía permiten minimizar²³. Así, en efecto, en primer lugar, la dificultad que acusa el financiador para obtener información fiable sobre la solvencia del deudor y la viabilidad del proyecto que presenta se atenúa al suplir la necesidad de esta información por la valoración directa e inmediata de la garantía prestada. De este modo, se alivian las asimetrías de información entre financiador y el deudor. En segundo lugar, el riesgo moral se gestiona adaptando el valor de la garantía al importe del préstamo, sin asumir el coste social que implica el lento proceso de ajuste de acuerdo con la información histórica de cumplimiento del deudor. En tercer lugar, la petición de garantías mejora las condiciones de los préstamos²⁴ y reduce el impacto de la selección adversa al proporcionar al acreedor una ruta para la

²² FLEISIG, Heywood W., «The proposed UNIDROIT Convention on mobile equipment: economic consequences and issues», *Uniform Law Review*, 1999-2, pp. 253-264, en p. 254.

²³ Los derechos de garantía benefician tanto a acreedores como a deudores al reducir el impacto perturbador de la asimetría informativa ofreciendo a los acreedores «señales» sobre la solvencia de los deudores –CHAN, Y.S.; KANATAS, G., «Asymmetric Valuations and the Role of Collateral in Loan Agreements», *Journal of Money, Credit and Banking*, 17 (February 1985), pp. 84-95–. No obstante, asumiendo esta función indicativa del recurso a las garantías, cabe que su uso sea interesado y conscientemente dirigido a crear una falsa apariencia de solvencia, de modo que la señal al mercado adquiera un signo exactamente contrario –RAJAN, R.; WINTON, A., «Covenants and Collateral as Incentives to Monitor», *The Journal of Finance*, 50 (September 1995), pp. 1113-1146–. A la vez además provoca una externalidad negativa con respecto a los acreedores sin garantía. KIENINGER, Eva-Maria, *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 8 y 9.

²⁴ De acuerdo con el estudio realizado sobre las principales condiciones de los préstamos –duración, tipo de interés y cuantía del préstamo–, según el naturaleza mobiliaria e inmobiliaria de la garantía prestada, en FLEISIG, Heywood W., «The economics of collateral and of collateral reform», en DAHAN, Frederique; SIMPSON, John (Eds.), *Secured Transactions Reform and Access to Credit*, Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2008, pp. 81-109, p. 86.

recuperación de la deuda, alternativa al éxito del proyecto, del que el prestatario puede no tener mucha información²⁵.

De modo que, un sistema eficiente de derechos de garantía favorecería, en lo que aquí interesa, la adquisición y financiación de determinados bienes de alto valor mediante la reducción de costes²⁶, en particular, en aquellos sectores que por la mayor dependencia tecnológica confían significativamente en las fuentes externas de financiación²⁷.

A pesar de este favorable análisis de eficiencia, el sistema de garantías no está exento de críticas. Se ataca, en particular, desde el punto de vista de las consecuencias distributivas, el refuerzo de la posición del acreedor garantizado frente a los demás acreedores no garantizados²⁸ y, por tanto, el consecuente tratamiento, que se

²⁵ FLEISIG, Heywood W., «The economics of collateral...», *op. cit.*, pp. 84-88

²⁶ Teóricamente, el empleo de garantías genera un conjunto de beneficios asociados esencialmente a la reducción de los costes de agencia, al menor interés aplicado por los acreedores con garantía con respecto a financiación no garantizada, la caída de los gastos derivados por la negociación posterior en casos de incumplimiento y la minimización de la asimetría informativa en el mercado de la financiación –SCHWARTZ, A., «Security Interests and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories», *The Journal of Legal Studies*, 10 (January 1981), pp. 1-37; SCOTT, J.H., «Bankruptcy Secured Debt and Optimal Capital Structure», *Journal of Finance*, 32 (March 1977), pp. 1-77–. La reducción de costes a lo largo de la cadena de valor y los beneficios asociados a un sistema eficiente de financiación con garantías mobiliarias facilitarían así el acceso a estas fuentes de financiación y, por tanto, a la adquisición de elementos de equipo móvil y el desarrollo de modernos medios de transporte con alta sofisticación tecnológica, a países en todos los estadios de desarrollo, beneficiando, en particular, a aquellos países en vías de desarrollo cuyo acceso a la financiación era difícil o a un elevado coste. GOODE, Roy, «The preliminary draft UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment», *Uniform Law Review*, 1999-2, pp. 265-274, p. 266. Puesto que un sistema moderno de garantías mobiliarias alienta la economía de un país al incrementar el capital disponible, reducir el coste del crédito y fomentar la inversión. DE LA PEÑA, Nuria, «Reforming the Legal Framework for Security Interests in Mobile Property», *Uniform Law Review*, 1999-2, pp. 347-360; PALLARÉS, Beatriz, ALL, Paula María, «Garantías Internacionales: sus fines y repercusiones a nivel internacional. La incorporación de las normas generadas por organismos internacionales en los sistemas jurídicos nacionales», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, vol. 13, abril 2003, pp. 9-31, en p. 11. Así, algunas entidades financieras habrían anunciado su intención de reducir el interés aplicado a financiación concedida a adquirentes de equipos aeronáuticos situados en países que ratificaran el Convenio y el Protocolo aeronáutico –MAURI, Giulia, «La Convenzione di Città del Capo e il protocollo aeronáutico», *Contratto e Impresa / Europa*, 1-2009, pp. 503-522, en p. 504–. El anuncio de *Export-Import Bank of United States* publicado en su página web es revelador de este apoyo de los operadores al Convenio y sus Protocolos (<http://www.exim.gov/news/highlights/capetown.cfm>, última consulta 22/11/2012), ofreciendo menores costes de financiación y reduciendo la exposición al riesgo de las operaciones (del 3% mínimo al 2%, lo que representa un ajuste a la baja de un tercio de la tasa).

²⁷ De modo que la ratificación del Convenio permitiría a aquellos países con un mercado de capital doméstico menos desarrollado acceder a financiación externa y proporcionar credibilidad y confianza en las transacciones internacionales. ZASU, Yoshinobu; SATO, Ikumi, «Providing credibility around the world: effective devices of the Cape Town Convention», *European Journal of Law and Economics*, (21 June 2011), pp. 1-25.

²⁸ En su condición de relatores en el Consejo encargado de la revisión del artículo 9 del *Uniform Commercial Code* estadounidense y desde el convencimiento de que la ley debería facilitar la creación de garantías y su transferencia fácil, fiable y económica, los profesores Steven L. Harris y Charles W. Mooney analizan las inquietudes, las reticencias

tacha de «favorecido» o preferencial, que dispensa la legislación a los acreedores que han protegido sus créditos con garantías en detrimento de aquellos otros acreedores cuyo crédito no está garantizado²⁹. Se teme que, de tal modo, el deudor y el acreedor con garantía puedan, en virtud de la constitución de la misma, privar involuntariamente a los acreedores sin garantía de una de sus acciones o de sus remedios como tales para la protección de su crédito. A estas críticas habría además que añadir la advertencia de que la solidez, credibilidad y eficiencia de un sistema de garantías depende fuertemente de la fase de ejecución. En efecto, la capacidad de las garantías para minimizar de forma efectiva los riesgos del mercado de la financiación se basa en la efectividad, la rapidez y el coste de la ejecución de la garantía en caso de incumplimiento.

La redacción del Convenio parte naturalmente de un análisis económico favorable a la función de las garantías como facilitadoras de las operaciones de financiación en el mercado, pero se convierte en un foro muy sensible a las diferencias de concepción y configuración del modelo normativo bajo las diversas tradiciones jurídicas; divergencias que supera y maneja con maestría en fórmulas conceptuales y organizativas de gran originalidad, algunas de las cuales estudiamos más adelante.

Pues, en efecto, el Convenio debía, a la vez, lidiar con el riesgo de fracaso de la iniciativa en una materia de considerable complejidad, donde la armonización alcanzada era muy escasa y la divergencia entre los enfoques de los sistemas normativos nacionales sobre garantías reales mobiliarias parecía casi irreconciliable. Esta divergencia entre sistemas se había agravado ante las nuevas demandas de la financiación empresarial. El desarrollo de una economía industrial y de servicios para atender las necesidades del tráfico en masa había impuesto nuevas necesidades de financiación empresarial que requerían una profunda adaptación histórica de los mecanismos jurídicos de garantía³⁰. La creciente necesidad de utilizar el patrimonio fijo y circulante de la empresa como garantía para obtener financiación externa había forzado el proceso de

y las teorías más reacias con el sistema de garantías en HARRIS, Steven L.; MOONEY, CHARLES W., Jr., «A Property-Based Theory of Security Interests: Taking Debtors' Choices Seriously», *Virginia Law Review*, vol. 80, 1994, pp. 2021-2072.

²⁹ Comparten estos temores, GILMORE, Grant, quien fue el principal redactor del artículo 9 UCC en su versión original, «The Good Faith Purchase Idea and the Uniform Commercial Code: Confessions of a Repentant Draftsman», *Georgia Law Review*, vol. 15, 1981, pp. 626-628, en p. 605; LOPUCKI, Lynn M., «The Unsecured Creditor's Bargain», *Virginia Law Review*, vol. 80, 1994, p. 1887.

³⁰ GILMORE, Grant, *Security Interests in Personal Property*, I, Boston 1965, pp. 50 y ss; TUCCI, Giuseppe, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Milano 1974, pp. 19 y ss.

obsolescencia de las formas tradicionales de garantías mobiliarias. El requisito de la desposesión o desplazamiento del bien, que ha acompañado las fórmulas clásicas de garantía en un contexto pre-industrial, impide que el deudor siga dedicando el bien a su actividad productiva, e impone al acreedor de hecho una carga que no se corresponde con sus expectativas de satisfacción del crédito³¹.

Es este el contexto en el que se impulsa, no sin ciertas muestras de hostilidad en algunos sistemas jurídicos, la concepción y el desarrollo de diversas modalidades de garantía sobre bienes muebles que no imponen la desposesión del deudor, más aún que autorizan al deudor a ciertos actos de disposición sobre los bienes gravados. La cobertura de esta necesidad económica que se presenta sustancialmente análoga en los diversos ordenamientos, encuentra, sin embargo, una respuesta regulatoria muy dispar, que abre un proceso de creciente divergencia de los principios básicos que configuran la adquisición, transferencia y circulación de los derechos reales mobiliarios en Derecho comparado³², acentuado sucesivamente por profundas diferencias en disciplinas concurrentes (materia concursal, cuestiones procesales, derecho de propiedad). Esta seria incompreensión de partida se convierte pronto en un importante obstáculo para las operaciones de garantía transfronterizas; donde no basta la simple armonización de las reglas de conflicto³³, sino que urge una verdadera unificación sustantiva en su reconocimiento y tratamiento jurídicos.

En la satisfacción de esta finalidad de garantía sin el desplazamiento de los bienes, concurren junto a figuras basadas en la estructura de las garantías mobiliarias, otros esquemas negociales que emplean básicamente la propiedad con fines de garantía (reserva de dominio, transferencia fiduciaria de la propiedad, *leasing* con opción de compra). El proceso de asunción normativa y de reconocimiento jurisdiccional de estos diversos mecanismos se caracteriza, sin embargo, en muchos ordenamientos europeos por la fragmentariedad, la excepcionalidad, y un histórico formalismo que contrasta³⁴ con la aproximación funcional que sostiene la categoría

³¹ De un lado, la desposesión del deudor ocasiona al acreedor costes derivados de la custodia y conservación del bien y, de otro, merma con su exclusión del proceso productivo la capacidad del deudor para satisfacer su crédito con el resultado de su actividad. GOODE, Roy, *Legal Problems of Credit and Securities*, 2nd Ed., London: Sweet & Maxwell, 1988, pp. 13 y ss. (la tercera edición de la obra está publicada en 2003).

³² VENEZIANO, Anna, *Le garanzie mobiliari non possessorie. Profili di Diritto Comparato e di Diritto del Commercio Internazionale*, Milano: Giuffrè, 2000, p. 18.

³³ TUCCI, Giuseppe, «Towards a transnational commercial law for secured transactions: the preliminary draft UNIDROIT Convention and Italian Law», *Uniform Law Review*, 1999-2, pp. 371-396, en p. 374.

³⁴ Tradicionalmente, el artículo 9 UCC se ha considerado como una de las disposiciones más innovadoras del *Uniform Commercial Code* y la condensación del más

legislativa de *non-possessory security interests* en el ordenamiento estadounidense, o la noción de *besitzlose Mobiliarsicherheiten* con la que la doctrina alemana ha racionalizado las figuras atípicas de garantía reafirmadas por la práctica comercial y legitimadas por la jurisprudencia.

Por ello, la formulación de un concepto autónomo y *sui generis* de garantía internacional y la creación de un Registro Internacional, piezas centrales del sistema diseñado por el Convenio y sus Protocolos para proteger a los acreedores con garantía, representan dos soluciones de significativa importancia en la regulación internacional³⁵.

La iniciativa de UNIDROIT responde así a una doble consideración. De un lado, a razones de tipo legal, la necesidad de superar las inadecuadas normas de conflicto basadas en la *res sitae* para bienes naturalmente móviles y alcanzar un nivel de unificación sustantiva entre los diversos y divergentes ordenamientos nacionales. Pues aunque se hubiera optado por la formulación de una regla de conflicto uniforme, la profunda disparidad entre los regímenes nacionales en cuanto al reconocimiento de las garantías no posesorias, la disponibilidad y modo de ejercicio de las medidas en caso de incumplimiento y la gestión de la prioridad entre garantías concurrentes, requería la redacción de normas sustantivas uniformes en la materia³⁶. De otro lado, a motivos económicos, la confianza en que un sistema eficiente de garantías mobiliarias facilite el acceso, la adquisición y la financiación de determinados equipos de elevado valor³⁷, en particular, a deudores de países emergentes o en vías de desarrollo³⁸.

acertado enfoque funcional en la disciplina de las operaciones garantizadas. Ha influido intensamente en algunas iniciativas legislativas en otros ordenamientos nacionales, como la *Personal Property Security Act* canadiense, y parece igualmente haber inspirado recientes textos internacionales. La indiscutible victoria del funcionalismo sobre el formalismo no parece, sin embargo, una cuestión pacífica —BRIDGE, Michael G.; MACDONALD, Roderick A.; SIMMONDS, Ralph L.; WALSH, Catherine, *Formalism, Functionalism...*, *op. cit.*

³⁵ GOODE, Roy, *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocolo Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, Unidroit, 2008, p. 1.

³⁶ GOODE, Roy, «The International Interest as an Autonomous Property Interest», *European Review of Private Law*, vol. 12, núm. 1, 2004, pp. 18-25, en p. 19.

³⁷ *Ibidem*, p. 20; STANFORD, Martin J., «The New Regime: Its History and Future after South Africa», *European Review of Private Law*, vol. 12, núm. 1, 2004, pp. 9-17, pp. 12 y 13.

³⁸ Un propósito que parece verse confirmado al comprobar los países que hasta la fecha (22/11/2012) han firmado y ratificado (aceptado, aprobado o adherido a) la Convención y el Protocolo. La lista de los firmantes recorre con toda amplitud el rango de países desarrollados, en vías de desarrollo, emergentes y menos adelantados. Para conocer el estado de los diversos instrumentos adoptados por UNIDROIT, puede consultarse su *web* <http://www.unidroit.org/english/implement/i-main.htm>.

IV. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO

El Convenio, en conjunción con sus protocolos sectoriales, regula la constitución y los efectos de las garantías internacionales sobre ciertas categorías de elementos de equipo móvil, de acuerdo con una escueta declaración en su artículo 2.1. En el centro de esta definición del ámbito material del Convenio se encuentra indiscutiblemente el concepto de garantía internacional, producto original y de gran fuerza uniformadora sobre el que se asienta el sistema de reglas de Ciudad del Cabo. Pero antes de descubrir esta noción clave sobre la que giran las disposiciones del Convenio y el esquema registral, para determinar la aplicación del Convenio debe comprobarse la concurrencia de una serie de condiciones. De un lado, los requisitos que conforman el propio concepto de garantía internacional, que no aparece definido más que por la satisfacción de ciertos requisitos objetivos, formales y contractuales (arts. 2 y 7). De otro, los necesarios factores de conexión por los que ha optado el Convenio para determinar su ámbito de aplicación territorial.

IV.1 REQUISITOS DE APLICACIÓN Y FACTORES DE CONEXIÓN

En primer lugar, con respecto al ámbito de aplicación territorial del Convenio, el artículo 3 precisa el factor de conexión determinante para la aplicación del Convenio (sin perjuicio de los factores de conexión que puedan añadir los Protocolos). De acuerdo con esta disposición, el Convenio se aplica cuando, en el momento de celebrar el contrato, el deudor se encuentra situado en un Estado contratante. A los efectos de determinar cuándo el deudor está situado en un Estado contratante, el artículo 4 ofrece cuatro criterios alternativos –la ley bajo la que se haya constituido o formado, el lugar de su sede social o estatutaria, el lugar donde tenga su administración central o el lugar en el que esté situado su establecimiento comercial principal, si tiene varios, o, en su defecto, su residencia habitual–. El lugar en el que esté situado el acreedor es, sin embargo, irrelevante para determinar la aplicación del Convenio.

En segundo lugar, en relación con el ámbito de aplicación objetivo o material, de acuerdo con el artículo 2, el Convenio se aplica a las garantías internacionales. A los efectos del Convenio, una garantía internacional es una garantía en la que concurren los siguientes elementos definatorios: un elemento contractual, un elemento objetivo y un elemento formal. En la explicación de estos

elementos vamos a utilizar literalmente la terminología empleada por el Convenio en su versión española para asegurar la máxima precisión, garantizar su interpretación uniforme y evitar posibles confusiones con conceptos o instituciones nacionales con los que pueden no coincidir plenamente. Por ello, en ocasiones, las expresiones pueden resultar poco comunes y algo extrañas en nuestra literatura jurídica.

a) Elemento contractual (art. 2.2)

Una garantía internacional es una garantía creada o prevista por un contrato de los establecidos en el Convenio. El término «contrato», a los efectos del Convenio, designa únicamente tres tipos de contratos: un contrato constitutivo de garantía³⁹, un contrato con reserva de dominio⁴⁰, o un contrato de arrendamiento, que son, por tanto, los contratos susceptibles de constituir, crear o prever una garantía internacional si los demás requisitos necesarios concurren. Así, una garantía internacional podrá ser, alternativamente, la dada por el otorgante en virtud de un contrato constitutivo de garantía, la que corresponde al vendedor condicional en un contrato con reserva de dominio o la que corresponde al arrendador en virtud de un contrato de arrendamiento.

El propio Convenio, por tanto, define qué entiende por cada uno de los tipos de contratos de los que puede derivar, en sentido amplio, una garantía internacional. Con respecto al contrato de arrendamiento, es interesante precisar que el Convenio lo define como un contrato por el cual «un arrendador otorga el derecho de poseer o de controlar un objeto (con o sin opción de compra) a un arrendatario a cambio de un alquiler u otra forma de pago»⁴¹. Por

³⁹ «Contrato constitutivo de garantía» designa un contrato por el cual el otorgante da o conviene en dar al acreedor garantizado un derecho (incluso un derecho de propiedad) sobre un objeto para garantizar el cumplimiento de una obligación presente o futura del otorgante o de un tercero

⁴⁰ «Contrato con reserva de dominio» designa un contrato para la venta de un objeto con la estipulación de que la propiedad no se transferirá mientras no se cumplan las condiciones establecidas en el contrato.

⁴¹ En lo que se refiere precisamente a los contratos de arrendamiento, el artículo XXV del Protocolo declara, respondiendo a la remisión que el artículo 46 del Convenio hace al Protocolo para que determine la relación entre ambos textos internacionales, que el Convenio reemplazará a la *Convención de UNIDROIT sobre arrendamiento financiero internacional*, firmada en Ottawa el 28 de mayo de 1988, en relación con los objetos aeronáuticos. Téngase en cuenta cómo define el contrato de arrendamiento financiero la Convención de Ottawa, al delimitar su ámbito de aplicación en el artículo 1. En particular, obsérvese que, de acuerdo con el apartado 3 de la disposición, la existencia de opción de compra, las eventuales condiciones de su ejercicio y las modalidades de continuación del acuerdo no son determinantes de la calificación del contrato. Una indiferencia ante estos factores que también comparte el Convenio de Ciudad del Cabo al definir el contrato de arrendamiento en la forma transcrita en el texto principal.

tanto, en la definición que del contrato de arrendamiento hace el Convenio no hay referencia a la finalidad de financiación ni se sujeta a requisitos o límites adicionales de carácter temporal o formal. En este sentido, a los efectos del texto internacional, todo contrato en virtud del cual el arrendador otorga al arrendatario el derecho a poseer o controlar un objeto a cambio de una remuneración se trata como contrato de arrendamiento (con o sin opción de compra) aunque, teóricamente, carezca de finalidad financiadora. No hay, por tanto, reconocimiento uniforme de la eventual distinción entre el arrendamiento ordinario y el financiero que la ley nacional aplicable contemple⁴².

La autonomía de la garantía internacional en su constitución y su operativa se logra desconectando su configuración y los requisitos para su nacimiento de la legislación nacional. Para constituir una garantía internacional sobre algunos de los objetos de su ámbito de aplicación basta con un acuerdo de los citados que satisfaga los sencillos requisitos del artículo 7 del Convenio. Es absolutamente irrelevante que tal garantía encuentre en el Derecho nacional un equivalente o que cumpla con las condiciones para su constitución bajo la ley aplicable. Es en este sentido en el que se puede proclamar la autonomía del concepto de garantía internacional.

Si se observan nuevamente los contratos que el Convenio considera como susceptibles de crear o prever una garantía internacional, se percibe de inmediato que todos ellos responden a estructuras convencionales con función de garantía pero, sin embargo, no todos tienen el mismo tratamiento en el Derecho nacional. Por eso, este modelo elegido por el Convenio respondería a un enfoque funcionalista que agrupa las soluciones jurídicas por su función, no por su forma, frente al llamado enfoque formalista, que obvia la función para fijarse sólo en la configuración formal de las figuras jurídicas. A partir de su calificación como garantía internacional, como veremos más adelante (*infra* Parte V), el Convenio le aplica un régimen uniforme (con ciertas matizaciones que trataremos a continuación) en cuanto a su perfección y oponibilidad frente a terceros, sus efectos en caso de insolvencia, los remedios del acreedor ante el incumplimiento del deudor y las reglas de prioridad y, sobre todo, le abre el acceso al Registro Internacional. De este modo, por ejemplo, se eluden los obstáculos doctrinales que impiden el acceso al registro de situaciones jurídico-obligacionales relacionadas con los bienes, al asociar a su inscripción y

⁴² DESCHAMPS, Michel, «Les règles de priorité de la Convention et du Protocole du Cap», *Rev.Dr.Unif./Uniform Law Review*, 2002-1, pp. 17-48, en p. 27.

no a su naturaleza la oponibilidad frente a terceros. De este modo, sin prejuzgar la calificación real u obligacional del derecho, la eficacia frente a terceros se vincula al cumplimiento de las necesarias medidas de publicidad a través de su inscripción en el registro⁴³. Con ello se pretende reforzar la seguridad jurídica y agilizar el tráfico económico⁴⁴.

b) Elemento objetivo (art. 2.3)

El Convenio parte de una muy precisa delimitación objetiva de los elementos de equipo sobre los que puede constituirse, crearse o preverse una garantía internacional. Esta delimitación objetiva, que además se instrumenta con la original estructura dual (Convenio-Protocolo), hace más viable, en realidad, la formulación de soluciones eficaces en una materia de tanta complejidad porque atiende las necesidades específicas de tres sectores concretos y parte de las especialidades de tres categorías de objetos. Los sectores que cubre el Convenio, a través de sus Protocolos, son el aeronáutico (objetos aeronáuticos), el ferroviario (material rodante ferroviario) y el espacial (bienes espaciales). La selección de estos sectores en particular se basa en dos tipos de consideraciones. De un lado, la identificación de determinados parámetros económicos que concurren en los tres sectores y que resultan determinantes de la urgencia de la armonización normativa (sectores intensivos en capital, naturaleza cíclica, estructura competitiva, complejidad técnica y alto valor de los bienes)⁴⁵. Y, de otro lado, la concurrencia de una serie de cuestiones fácticas que aconsejaban especialmente la superación en tales sectores de inadecuadas reglas de conflicto basadas en la *lex situs*⁴⁶ y de divergentes

⁴³ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, Madrid: Civitas, 1995, pp. 342-343.

⁴⁴ PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan, *Derechos de crédito y Registro de la Propiedad: una propuesta de lege ferenda*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, p. 115.

⁴⁵ Con respecto a la industria aeronáutica, SAUNDERS, Anthony; SRINIVASAN, Anand; WALTER, Ingo; WOOL, Jeffrey, «The Economic Implications of International Secured Transactions Law Reform: A Case Study», 20 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 1999, pp. 309-352. Rasgos que comparten el sector ferroviario y la industria aeroespacial, objeto de los dos Protocolos que han seguido la aprobación del relativo al equipo aeronáutico.

⁴⁶ Cuando la naturaleza de los bienes es tendencialmente móvil, «it is no solution to say that the *lex situs* governs: we require to know which *lex situs* to apply» –MORRIS, «The Transfer of Chattels in the Conflict of Law», 22 *British Yearbook of International Law*, 1945, pp. 232-248, cita en p. 233–. Los resultados de esta «movilidad» reguladora no son en absoluto satisfactorios, SCHILLING, Theodor J.R., «Some European decisions on non-possessory security rights in Private International Law», 34 *International and Comparative Law Quarterly*, 1985, pp. 87-114.

enfoques sustantivos de los sistemas nacionales⁴⁷ sobre las garantías mobiliarias y la transmisión de la propiedad (movilidad inherente de los equipos, identificación única, natural carácter transfronterizo, habituales estructuras de co-financiación internacional). Estas razones justifican la delimitación objetiva del ámbito de aplicación del Convenio en virtud de tres categorías de objetos que detallamos a continuación.

Por tanto, el contrato que constituye, crea o prevé una garantía internacional ha de referirse a un objeto que cumple dos condiciones. Primero, que sea un objeto identificable inequívocamente. Segundo, que corresponda a alguna de las categorías de elementos de equipo móvil previstas en el artículo 2.3, pero tal y como queden especificadas en el Protocolo correspondiente. Las categorías de elementos de equipo móvil, cada una de las cuales dispone de un Protocolo, son: *a*) las células de aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros; *b*) material rodante ferroviario; y *c*) bienes de equipo espacial. No encontramos entre las definiciones con las que el Convenio abre su articulado (art. 1) una descripción más precisa, ni siquiera una referencia concreta a los elementos de equipo móvil que definen el ámbito objetivo de los contratos que crean o prevén la garantía internacional. En efecto, el detalle, las definiciones y ciertas precisiones ulteriores sobre las categorías de objetos se encuentran en el Protocolo correspondiente. Por todo ello, una delimitación precisa del ámbito de aplicación del Convenio requiere el estudio conjunto de las disposiciones del Convenio a las que nos hemos referido (arts. 2, 3, 4 y 7) y las reglas específicas contenidas en cada Protocolo.

⁴⁷ La actual heterogeneidad conceptual y normativa parece tener sus raíces en la diferente acogida en el siglo XIX de las figuras del Derecho romano –ZWALZE, Willem J., «A Labyrinth of Creditors: a short introduction to the history of security interests in goods», en KIENINGER, Eva-María, *Security Rights...*, *op. cit.*, pp. 38-53–. Tal divergencia de actitudes se acentúa entre los sistemas del *common law*, que muestran una tendencia más orientada a los acreedores, y los del *civil law*, más propensos a atender las necesidades de los deudores –GOODE, Roy, «The Changing Nature of Security Interests», en NORTON, Joseph J.; ANDENAS, Mads (Ed.), *Emerging Financial Markets and Secured Transactions*, London: Kluwer Law International, 1998, pp. 1-4–. Una incomprensión mutua que parte de la diversidad, casi incompatibilidad, de principios en materia de transmisión de la propiedad y se extiende a toda la disciplina de las garantías mobiliarias –DROBNIG, Ulrich, «Transfer of Property», en HARTKAMP, Arthur *et al.* (Ed.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen: Kluwer Law International, 2004, pp. 725-740; DROBNIG, Ulrich, «A Comparative Introduction to Security over Movable and Intangibles», en NORTON, Joseph J.; ANDENAS, Mads (Ed.), *Emerging Financial Markets...*, *op. cit.*, pp. 5-13; y en la misma obra, WOOD, Philips R., «World-wide Security-classification of Legal Jurisdictions», pp. 39-47–. Esta divergencia de principios puede sintetizarse en los siguientes juegos de variables: funcionalismo-formalismo, tipicidad-atipicidad de los derechos reales; principio de causalidad-principio de abstracción; prohibición o admisión del pacto comisorio; principio de publicidad-garantías ocultas.

c) Elemento formal

El contrato que crea o prevé la garantía internacional en relación con alguna de las tres categorías de objetos indicadas debe satisfacer una serie de requisitos formales previstos en el artículo 7 del Convenio. De acuerdo con el artículo 7 del Convenio, el acuerdo deberá constar por escrito, referirse a un objeto sobre el cual el otorgante de la garantía, el vendedor condicional o el arrendador goce de poder de disposición, identificar el objeto de conformidad con el Protocolo y, en caso de un contrato constitutivo de garantía, identificar las obligaciones garantizadas⁴⁸. Son estos los únicos requisitos formales que el Convenio exige para la constitución de una garantía internacional.

La autonomía de la garantía internacional no es, sin embargo, plena. La propia existencia del contrato, la capacidad de las partes, la válida emisión del consentimiento y cualquier otra cuestión relativa a su perfección se rigen por la ley aplicable. En particular, el momento en el que se considera concluido el acuerdo, dato, sin embargo, relevante para el juego de determinadas disposiciones del Convenio (*i.e.*, arts. 3, 25.2 o 60 del Convenio) está determinado por las reglas aplicables de la legislación nacional. No obstante, el Convenio ha tratado de unificar una serie de sencillos requisitos formales nuevamente autónomos e independientes en lo posible del Derecho nacional. La relativa sencillez de los requisitos puede implicar que una garantía válidamente constituida de conformidad con la legislación nacional constituya también una garantía internacional. En tal caso, ambas garantías conviven, con la salvedad de que si no se recurre a la inscripción en el Registro internacional, se corre el riesgo de perder la prioridad, y con la advertencia de que ni el deudor ni el acreedor podrán hacer valer derechos reconocidos por la ley nacional que entren en conflicto con el Convenio.

IV.2 EL CRITERIO DE INTERNACIONALIDAD Y LAS «TRANSACCIONES INTERNAS»

Tras este primer vistazo al ámbito de aplicación, observamos con cierta sorpresa que el calificativo de internacional que acompaña a la noción de garantía no parece derivarse de forma inmediata de ningun-

⁴⁸ Son, por cierto, requisitos muy familiares, en contenido y terminología, para el ordenamiento estadounidense, en concreto, para el *Uniform Commercial Code*. LARSEN, Paul B.; SWEENEY, Joseph C.; GILLICK, John E., *Aviation Law. Cases, Laws and Related Sources, Chapter 15. Aircraft Ownership and Financing*, Ardsley: Transnational Publishers, 2006, p. 793.

no de sus elementos caracterizadores. En efecto, en la redacción del Convenio se ha optado por una original y práctica fórmula de determinación del carácter internacional de la materia regulada. A diferencia de otros instrumentos de Derecho Uniforme, el Convenio no aborda la cuestión de la internacionalidad de forma autónoma, ni siquiera especifica sus requisitos expresamente. Con gran acierto, el Convenio anuda la definición de internacionalidad a la naturaleza misma de los bienes cubiertos por su ámbito de aplicación. Más aún, la raíz de la dificultad que plantea la regulación de las operaciones garantizadas transfronterizas relativas a bienes de equipo móviles se encuentra precisamente en su potencial pero imprevisible, y no siempre contrastable, movilidad. Así, con la fórmula elegida el Convenio ataca certeramente el origen mismo del problema. La internacionalidad de las transacciones se presume vinculada a la inherente movilidad de bienes que por su función o actividad son naturalmente (o al menos potencialmente) transfronterizos⁴⁹ o por su estado, eventualmente a-territoriales (los objetos espaciales). Por tanto, la inherente movilidad de los objetos aeronáuticos, el material rodante ferroviario y los bienes espaciales es suficiente para atribuir a la operación carácter internacional sin que haya de concurrir en la transacción necesariamente ningún otro elemento transfronterizo.

Por consiguiente, esta aproximación implica que el Convenio pueda aplicarse a transacciones puramente internas, en las que todas las partes y el objeto afectado estén situados en el mismo Estado contratante en el momento de conclusión del acuerdo, pues la naturaleza del objeto le confiere ya el carácter internacional. El objeto puede variar su localización posteriormente, dotando a la operación de carácter transfronterizo, o permanecer en el Estado originario, manteniendo su ámbito nacional, y, en todo caso, puede hacerlo sin conocimiento del acreedor. O incluso, una transacción internacional puede derivar de una transacción previa originalmente interna (un sub-leasing que provenga de una operación previa de leasing nacional)⁵⁰. Por ello, la fórmula de la internacionalidad implícita en la naturaleza de los bienes responde a un enfoque pragmático que supera racionalmente esta dificultad fáctica de partida, la potencial movilidad del objeto.

Esto implica, por tanto, que el texto uniforme que estudiamos, a diferencia de otros instrumentos internacionales, no hace depender

⁴⁹ La característica esencial que acompaña a la aeronave como elemento central del Derecho Aeronáutico y medio para el desarrollo principal de la actividad aérea es su movilidad, lo que arrastra a su vez la posibilidad de entrada y salida en diversas jurisdicciones estatales. PARADA VÁZQUEZ, José Daniel, *La relación jurídica aeronáutica*, Barcelona: Cedecs, 1998, p. 230.

⁵⁰ GOODE, Roy, *Official Commentary, op. cit.*, Comment 1, artículo 50, p. 154.

su aplicación de la existencia de un componente transfronterizo en la transacción (p. e. que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes). De ello resulta, como decíamos, que el cuerpo de normas del Convenio puede resultar aplicable a transacciones puramente internas. Una eventual actitud reacia de algunos Estados a renunciar totalmente a la aplicación de su Derecho interno, sin embargo, aconsejó arbitrar un mecanismo de limitación del alcance del Convenio con respecto a las transacciones puramente internas. Así, cualquier Estado parte puede emitir una declaración en el momento mismo de ratificación, aceptación, adhesión o aprobación (art. 50 del Convenio) o en un momento cualquiera posterior (art. 57 del Convenio), en virtud de la cual declare que el Convenio no se aplicará a aquellas transacciones que se consideren transacciones internas con respecto a ese Estado y en relación con todos los tipos de objetos o algunos de ellos.

La primera cuestión que hay que resolver es qué debemos entender por una «transacción puramente interna», de la que resulta una «garantía nacional». Técnicamente, no nos encontramos ante una garantía nacional si no se dan cumulativamente tres requisitos: que en el momento en que se celebra el contrato todos los intereses de las partes y el objeto estén localizados en un mismo Estado; que la garantía se haya inscrito en un registro nacional de ese mismo Estado; y que tal Estado haya emitido oportunamente la declaración al respecto del artículo 50. Si no se satisface alguno de estos elementos, el Convenio resultará aplicable íntegramente a la transacción y a la garantía por ella creada o provista⁵¹.

A los efectos de determinar cuándo se considera que un objeto está localizado en un determinado Estado, el Convenio se remite al Protocolo. En lo que se refiere a los objetos aeronáuticos, por ejemplo, es el artículo IV(2) el que nos proporciona los factores específicos de conexión a los efectos de la calificación de una «transacción interna». La diversidad de objetos aeronáuticos cubiertos por el Protocolo, así como su diverso tratamiento registral en los entornos nacionales, justifican la previsión de tres criterios especiales de localización: el Estado de matrícula de la aeronave de la cual es parte para determinar la localización de una célula de aeronave o de un motor de aeronave instalado, pues ambos objetos carecen de matrícula propia y separada; el lugar donde está físicamente situado para determinar la ubicación de un motor de aeronave no instalado y, por tanto, al que no podemos aplicar el criterio anterior; el

⁵¹ GOODE, Roy, *Official Commentary, op. cit.*, Comments 15 y 19, artículo 1, pp. 53 y 54.

Estado de su matrícula para situar un helicóptero, pues es objeto de matriculación propia.

De todos modos, aunque nos encontremos antes «garantías nacionales» respecto de las cuales el Estado parte haya emitido la pertinente declaración de inaplicación del Convenio a las «transacciones internas», la exclusión de las normas uniformes no es total. Las garantías nacionales pueden protegerse, resultándoles de aplicación las reglas de prioridad del Convenio como si de garantías internacionales se tratara, mediante la inscripción de un aviso de garantía nacional [art. 1(t) del Convenio] en el Registro Internacional. Por ello, es un elemento definitorio de la noción de garantía nacional el requisito de su inscripción previa y efectiva en un registro nacional como mecanismo para asegurar la posible transmisión al Registro Internacional del aviso de su creación a efectos de la adecuada aplicación de las reglas de prioridad del Convenio. La rigurosidad interpretativa de este requisito de la inscripción previa es tal que resulta indiferente que la falta de inscripción se deba al hecho de que la garantía en cuestión no es inscribible bajo el Derecho nacional aplicable, el Estado contratante carezca incluso de registro o la persona legitimada no haya efectuado simplemente la inscripción. Si bien una garantía nacional no puede ser a todos los efectos una garantía internacional, le resultan, en todo caso, de aplicación los artículos 8.4, 9.1, 16, 29 y todas las disposiciones aplicables a garantías o derechos inscritos (Capítulo V, en particular, y además arts. 30, 35.1 o 40 del Convenio).

La previsión de esta técnica de aplicación limitada del Convenio mediante la declaración del artículo 50 por parte del Estado contratante tiene una doble lectura. De un lado, en la medida en que la declaración de inaplicación se generalice, afecta inevitablemente a la uniformidad del régimen jurídico establecido en el texto de Ciudad del Cabo, quedando esencialmente reducido a las transacciones internacionales de mayor envergadura. Ciertamente este riesgo, hasta el momento, se presenta como bastante improbable y su impacto en la uniformidad es altamente reducido pues puede comprobarse en el estado de ratificaciones del Convenio que la inmensa mayoría de los Estados y, desde luego, lo más activos en el sector aeronáutico, han renunciado a declarar la inaplicación de las reglas del Convenio a las transacciones internas en la extensión permitida por el artículo 50⁵². De otro lado, sin embargo, la aplica-

⁵² Disponible de forma actualizada en <http://www.unidroit.org/english/implementation/i-2001-convention.pdf> (última consulta 22/11/2012). Como referencia, de los 52 Estados contratantes en la fecha de la última consulta tan sólo 5 Estados habían depositado una declaración de acuerdo con el artículo 50 del Convenio (China, México, Panamá, Ucrania y Turquía).

ción limitada del Convenio a las transacciones internas a pesar de la declaración y, sobre todo, la posibilidad de que se aplique íntegramente si el Estado parte no opta por recurrir a esta técnica convencional de exclusión (art. 50 del Convenio), como ha sido la tendencia dominante desde su aprobación, han sido interpretadas desde algunos frentes de forma desfavorable. Se argumenta que puesto que el Convenio parece diseñado para las grandes transacciones internacionales su aplicación a las transacciones internas, en particular, de menor envergadura económica, supone una importante carga en este tipo de operaciones y representa una desventaja competitiva apreciable cuando la operación se concluye con fines exclusivamente domésticos⁵³. A nuestro entender, sin embargo, las críticas que se hacen en este sentido y todas las propuestas que se presentan para atenuar este hipotético desbalance implican una renuncia poco valorada a la uniformidad que vertebra el sistema de Ciudad del Cabo. Por tanto, si bien podrían arbitrarse, si fuera preciso, algunas medidas relativas a los costes de la inscripción o los trámites registrales, nos parece esencial que el ámbito de aplicación del Convenio y sus protocolos sea lo más ambicioso posible y reduzca las zonas de sombra por motivos e intereses nacionales.

V. EL CONCEPTO DE GARANTÍA INTERNACIONAL EN EL CONVENIO DE CIUDAD DEL CABO: UN MODELO CIRCULAR, EN DOS NIVELES Y DE BASE FUNCIONAL

Esbozado en el apartado anterior el ámbito de aplicación del Convenio, nos vamos a centrar ahora en el análisis del concepto de garantía internacional alrededor del que gravita el cuerpo de normas uniformes del sistema de Ciudad del Cabo. El modelo que adopta el Convenio para construir e instrumentar el concepto de garantía internacional responde, en nuestra opinión, a un modelo con tres rasgos definitorios: circular, en dos niveles y de base funcional. Con este modelo, que explicamos a continuación con más detalle, el sistema de Ciudad del Cabo adopta una interesante fórmula de armonización mediante una respuesta uniforme a los problemas pero sensible a las tradiciones jurídicas.

El Convenio de Ciudad del Cabo viene a integrarse en el cada vez más amplio y ambicioso sistema de Derecho Uniforme del Comer-

⁵³ BOLIVER, Angie, «Square Pegs in a Round Hole? The Effects of the 2006 Cape Town Treaty Implementation and Its Impact on Fractional Jet Ownership», 72 *Journal of Air Law & Commerce*, pp. 529-560, en p. 558.

cio Internacional (DUCI). Es un texto de Derecho Uniforme que implica no un simple acercamiento de las normas de conflicto, sino una verdadera unificación sustantiva del reconocimiento y el tratamiento jurídico de las garantías con objeto de facilitar la financiación para la adquisición y el uso de determinados elementos de equipo móvil de gran valor o particular importancia económica. Esta iniciativa uniforme ha debido así lidiar con materias que acusaban una profunda disparidad en Derecho Comparado, la adquisición, transferencia y circulación de los derechos reales mobiliarios; una divergencia que se agravaba al abordarse otras disciplinas necesariamente concurrentes (Derecho concursal, Derecho procesal o cuestiones de derecho de la propiedad y derechos reales). Por ello, el esfuerzo realizado y los resultados alcanzados con el texto de Ciudad del Cabo representan un significativo avance en el proceso de construcción del Derecho Uniforme del Comercio Internacional.

Con todo, la sensibilidad jurídica de ciertas cuestiones vinculadas a la transmisión de la propiedad y la adquisición y circulación de derechos reales mobiliarios aconsejó, en todo momento, la adopción de una estrategia contundentemente uniforme pero prudentemente pragmática. Para ello, el Convenio adopta curiosas fórmulas en dos niveles haciendo partícipe a la ley nacional, integra concepciones nacionales en la configuración del concepto de garantía internacional y acepta ciertas remisiones a la legislación nacional aplicable [sobre la calificación de la garantía internacional (art. 2.2-2.4); sobre las medidas adicionales y las medidas provisionales a favor del acreedor (arts. 12 y 13); sobre la subrogación legal y contractual (arts. 16.1.c y 38.1); sobre el tratamiento de los derechos relativos a elementos instalados o extraídos de un objeto de los regulados por el Convenio (arts. 29.7); sobre la eficacia en caso de insolvencia de una garantía internacional no registrada (art. 30.2)]. Soluciones que pretendían asegurar la viabilidad del proyecto uniforme sin comprometer su estabilidad y coherencia. De este modo, la sensibilidad hacia las tradiciones jurídicas nacionales no sólo actúa como una regla de utilidad para gestionar el compromiso sino que se convierte en un verdadero principio inspirador de todo el texto.

La muestra más significativa de cómo articular con maestría soluciones uniformes con conceptos de difícil armonización según las diversas tradiciones jurídicas es precisamente la creación del concepto autónomo, *sui generis* y unitario de «garantía internacional» en el Convenio.

En efecto, una de las mayores dificultades que tuvo que superar el Convenio a lo largo de su proceso de elaboración fue la profunda

divergencia en el tratamiento jurídico dispensado en el Derecho Comparado a los diversos esquemas de financiación garantizada con activos (*asset-based*). Mientras que en países del *common law* –si bien el debate no responde en absoluto a la dicotomía *civil law-common law* pues el modelo funcionalista no es acogido en modo alguno por todos los ordenamientos que responden a esta tradición jurídica–, principalmente Estados Unidos, Canadá o, más recientemente, Nueva Zelanda, pero también la India y países de Europa central y oriental, la posición del vendedor en un contrato de venta con reserva de dominio o del arrendador en determinados contratos de leasing se equipara al titular de un derecho de garantía; en la mayoría de los restantes sistemas legales, se marca una clara distinción entre los contratos típicos de garantía y otros esquemas contractuales, como el contrato de venta con reserva de dominio o ciertos contratos de leasing, que, aun cumpliendo una función de garantía, confieren al vendedor y al arrendador, respectivamente, facultades y derechos propios de un auténtico propietario. Esta insalvable brecha entre sistemas jurídicos, que se puede condensar en el conflicto «funcionalismo *versus* formalismo», levantaba obstáculos aparentemente insuperables para un completo proceso de armonización.

Con maestría y grandes dosis de originalidad, pero resultando en una solución muy compleja y que implica renunciar a la plena uniformidad y a una completa autonomía, el Convenio diseña un modelo que nosotros calificamos como un modelo circular, en dos niveles, y de base funcional. En efecto, en primer lugar, se mueve en dos niveles, el internacional que proporcionan las reglas del Convenio (y Protocolos) y el nacional que constituyen las normas de Derecho interno de la ley aplicable que resulte de las normas de conflicto del tribunal que conoce el caso. En segundo lugar, funciona de un modo circular, es decir, parte del Convenio para definir la garantía internacional, desciende a la ley aplicable para llevar a cabo el proceso de caracterización del acuerdo y retorna al Convenio para aplicar en consecuencia las medidas en caso de incumplimiento correspondientes y las reglas de prioridad. Y, en tercer lugar, se basa en una aproximación funcional para definir el concepto de garantía internacional que le permite agrupar diversos esquemas de financiación garantizada con activos independientemente de su forma jurídica.

Primero, expliquemos con más detenimiento la calificación del modelo como un modelo en dos niveles. Ya hemos mencionado que uno de los principios que ha guiado la redacción del Convenio y que seguramente ha sido responsable, en gran medida, del éxito

del texto internacional, es la sensibilidad de estas reglas uniformes a las diversas tradiciones jurídicas nacionales. En este punto, en particular, se refleja con toda intensidad este principio. Para determinar la completa caracterización de una garantía internacional y asociarle un régimen jurídico de efectos y prioridades es preciso tomar en consideración reglas internacionales uniformes, las del Convenio (y sus Protocolos) y normas internas nacionales. Los dos niveles a los que nos referidos son, por tanto, el internacional (Derecho uniforme) y el nacional (Derecho interno no uniforme).

El proceso es el siguiente. En primer lugar, es el texto internacional el que establece los requisitos y condiciones que han de satisfacerse para que se constituya una garantía internacional, como ya hemos explicado: que se refiera a un objeto comprendido en alguna de las categorías enumeradas en el artículo 2.3 y que sea inequívocamente identificable; que se cumplan los requisitos de forma del artículo 7; y que se cree o prevea en virtud de un contrato constitutivo de garantía, un contrato de venta con reserva de dominio o un contrato de arrendamiento. Por tanto, el primer filtro requiere comprobar que, según las definiciones del Convenio, estamos ante uno de estos tipos de acuerdos. En segundo lugar, hay que dirigirse a la legislación nacional aplicable (según la define el art. 5.3 del Convenio) para calificar o recalificar el acuerdo (y, en consecuencia, el derecho resultante) según las categorías nacionales, pero en relación con los tipos de acuerdos que regula el Convenio (art. 2.4 del Convenio). Es decir, se comprueba, por ejemplo, si la legislación nacional aplicable califica el derecho del vendedor con reserva de dominio como un auténtico derecho de propiedad o como un derecho de garantía. Este proceso de caracterización es esencial para volver de nuevo al Convenio y aplicar, en cada caso, las medidas ante el incumplimiento que correspondan (Capítulo III del Convenio) a tal calificación y otras disposiciones como, por ejemplo, las referidas a los efectos frente a terceros de las garantías internacionales (art. 29.4 del Convenio). Hay medidas previstas para el «acreedor garantizado» (arts. 8 y 9) y medidas disponibles para el «vendedor condicional» y el «arrendador», esencialmente como propietarios. Si la ley aplicable trata al vendedor condicional como el titular de una garantía, le aplicará entonces las medidas correspondientes al «acreedor garantizado».

Con este complejo sistema, el Convenio consigue dotar de uniformidad al concepto de garantía internacional, en su definición y en su régimen jurídico (medidas ante el incumplimiento, con las precisiones realizadas, y reglas de prioridad), internalizando las divergencias nacionales en la fase de caracterización.

Segundo, detengámonos ahora en la explicación de nuestra descripción del modelo como un modelo circular. De las explicaciones anteriores se deduce fácilmente que para que jueguen los dos niveles (nacional-internacional) pero, a su vez, el sistema en su conjunto garantice la uniformidad de las reglas sustantivas y la autonomía del concepto de garantía internacional, es preciso partir del Convenio y, tras pasar por el Derecho interno no uniforme aplicable, volver a las disposiciones del texto internacional. Así, cerramos el círculo y lo hacemos en sede uniforme.

Tercero, veamos ahora en qué medida se puede calificar como un modelo de base funcional y qué efectos tendría esta calificación. En efecto, el modelo que acabamos de definir parte de una previa decisión del legislador uniforme por adoptar un enfoque funcionalista, propio de algunos países del *common law*, pero, insistimos, no necesaria ni exclusivamente asociado a estos sistemas legales⁵⁴, frente a un enfoque que llamaríamos formalista, mayoritariamente compartido por gran parte de los restantes sistemas jurídicos del Derecho Comparado. Un modelo funcionalista refleja la filosofía de la prevalencia de la «sustancia sobre la forma» («*substance over form*») para el tratamiento de los fenómenos socioeconómicos. Por tanto, el elemento determinante para sujetar una operación a un cierto régimen jurídico es la función que cumple. No es relevante la forma ni lo es tampoco quién tenga el título sobre el objeto de la garantía (sea el vendedor condicional como acreedor el propietario de la cosa con reserva de dominio, o sea el deudor el propietario de la cosa dada en garantía). Con esta aproximación funcionalista, el Convenio trata de ofrecer una fórmula de armonización entre tradiciones jurídicas tan divergentes en el Derecho Comparado. Y es que a la dificultad derivada del dispar tratamiento jurídico de los esquemas con función de garantía, se unen los inconvenientes asociados a la ambigüedad del término «garantía» en el lenguaje jurídico y su abrumadora heterogeneidad. Partiendo de la amplia consideración de que garantía es cualquier medida destinada a asegurar la efectividad del crédito, confiriendo al acreedor un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad que refuerza su posición para la tutela del crédito, su expectativa de cumplimiento de la prestación⁵⁵, no extraña la generosa y funcio-

⁵⁴ Tras su adopción por Canadá en la *Personal Property Security Act*, países tan dispares como Nueva Zelanda, Gaza y Cisjordania han mostrado su intención de seguir el modelo del artículo 9 del *Uniform Commercial Code* estadounidense. BRIDGE, Michael G.; MACDONALD, Roderick A.; SIMMONDS, Ralph L.; WALSH, Catherine, «Formalism, Functionalism...», *op. cit.*, p. 570. Pero no lo han hecho el Reino Unido ni la provincia de Quebec de tradición romanista en el contexto del modelo funcionalista canadiense.

⁵⁵ Voz «Garanzia», por Michele FRAGALI, *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, Milano: Giuffrè Editore, 1969, pp. 446-466.

nal delimitación del elemento contractual con la que el Convenio define su ámbito de aplicación objetivo.

Desde una perspectiva finalista tan amplia, la clasificación de las garantías por el fin que desempeñan más que por su denominación o su régimen jurídico⁵⁶ resulta considerablemente enriquecido por figuras que, tradicionalmente ausentes en la rigurosa presentación de las garantías reales y personales, cumplen, sin embargo, funciones de garantía igualmente efectivas en las transacciones comerciales. Así, junto con las garantías reales típicas como la prenda, la hipoteca y la anticresis, han de colocarse los supuestos en los que se transmite al acreedor, al menos aparentemente, un derecho o una cosa (*fiducia cum creditore*); la reserva de dominio a favor del acreedor hasta el cumplimiento de la obligación asegurada; la atribución de facultades posesorias sobre ciertas cosas o dinero como el derecho de retención⁵⁷ o incluso las arras. Mientras, en las garantías personales –que, en este contexto, sin embargo, no son objeto de nuestra atención–, se atribuye al acreedor un derecho de crédito contra un tercero que asume la deuda junto con el deudor (solidaridad en función de garantía) o en sustitución de éste (aval o fianza). Pero incluso, la práctica en el tráfico jurídico ha empleado otras figuras con similar función de garantía como la imposición al deudor de una prestación adicional en caso de incumplimiento (pena convencional) o la propia condición resolutoria que obliga a restituir en caso de ejercicio de la facultad resolutoria que se concede al transmitente.

En particular, el sistema presidido por el Convenio de Ciudad del Cabo, partiendo de una atenta observación de la operativa de los sectores económicos a los que se dirige y de las prácticas de

⁵⁶ No se puede decir, en absoluto, que este enfoque finalista que implica agrupar bajo el mismo régimen jurídico cualquier acto o contrato que, con independencia de su articulación y de la denominación que las partes hayan deseado darle, persiga idénticos fines económicos sea ajeno a nuestro ordenamiento. El artículo 3 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, *de Venta a Plazos de Bienes Muebles* al definir el contrato de venta a plazos emplea esta técnica de equiparación funcional:

«A los efectos de esta Ley, se entenderá por venta a plazos el contrato mediante el cual una de las partes entrega a la otra una cosa mueble corporal y ésta se obliga a pagar por ella un precio cierto de forma total o parcialmente aplazada en tiempo superior a tres meses desde la perfección del mismo.

También se entenderán comprendidos en esta Ley los actos o contratos, cualquiera que sea su forma jurídica o la denominación que las partes les asignen, mediante las cuales las partes se propongan conseguir los mismos fines económicos que con la venta a plazos.» (la cursiva es nuestra).

⁵⁷ El derecho de retención carece de la facultad de realización del valor de la cosa cuya posesión se faculta a retener por el acreedor hasta el cumplimiento de cierta obligación. En este sentido, no satisface las coordenadas de una verdadera garantía real. BUSTOS PUECHE, José Enrique, «Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLIII, Fasc. II, abril-junio 1990, pp. 539-572, en p. 552.

financiación en la industria, limita su ámbito de aplicación a las operaciones garantizadas con base en activos. En definitiva, el Convenio ha querido considerar como garantía internacional todo aquel derecho o interés que se emplee en las operaciones de financiación para la adquisición y el uso de ciertos elementos de equipo móvil en el sector aeronáutico, ferroviario y espacial con una función de garantía; destinadas, por tanto, a modificar el régimen general de la responsabilidad universal del deudor y la igualdad de los acreedores, mediante el otorgamiento al acreedor de un derecho sobre determinados bienes muebles y de cierta prioridad en el cobro de su crédito en relación con el resto de los acreedores⁵⁸. La pluralidad de posibles figuras jurídicas que comparten esta función es sin duda amplia y altamente heterogénea. La cuestión es, por ejemplo, que, si bien la reserva de dominio en un contrato de venta cumple, desde luego, esta función de garantía, no se califica estrictamente como garantía por muchos ordenamientos jurídicos sino rigurosamente como derecho de propiedad. Frente a la opción formalista que significaría aceptar y asumir estas diferencias de naturaleza y de trato para establecer normas diferentes, el Convenio ha diseñado una solución de base funcionalista de la que se desprenden determinados efectos muy deseables de armonización, pero que tiene también algunas limitaciones.

La consecuencia más interesante de este modelo de base funcional es que consigue ofrecer un marco sustantivo uniforme para las diversas operaciones de financiación garantizada con activos superando los obstáculos conceptuales que venían dificultando la armonización internacional. Este marco uniforme contiene normas sobre perfección, oponibilidad frente a terceros, efectividad de la garantía en caso de insolvencia, medidas a favor del acreedor en caso de incumplimiento y prioridad. A ello se añade la creación de un Registro Internacional para cada categoría de bienes que permite instrumentar las reglas anteriores sobre oponibilidad y prioridad (*infra* V.1.). Estos son, sin duda, los grandes logros del sistema de Ciudad del Cabo y el valioso resultado de la opción funcionalista.

No obstante, el modelo funcionalista que adopta el Convenio presenta, en nuestra opinión, dos limitaciones. De un lado, nos parece que cuando el texto internacional define los tipos de contratos susceptibles de crear o prever una garantía internacional, limita el alcance funcional del concepto precisamente a los tipos contractuales contemplados. No es, en puridad, un auténtico concepto fun-

⁵⁸ Estas últimas líneas de la definición de garantía mobiliaria han sido tomadas de ROJO AJURIA, Ángel, «Las garantías mobiliarias (Fundamentos del Derecho de Garantías Mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América)», *ADC*, Tomo XLII, Fasc. III, julio-septiembre 1989, pp. 717-811, en p. 721.

cional sino un tratamiento uniforme de diversas situaciones jurídicas con fundamento en una razón funcional. Es decir, aunque ciertamente el Convenio lo que hace es recoger los tipos de frecuencia en el mercado, no llega a dejar abierta la puerta a «cualquier otra fórmula convencional o esquema negocial con función de garantía», si se llegara a dar en la práctica. De otro lado, como ya mencionamos y explicamos con más detalle a continuación (*infra* V.2.), el principio de sensibilidad a las tradiciones jurídicas que vertebraba la iniciativa de UNIDROIT se refleja en una fractura de la uniformidad del marco jurídico para atender precisamente las divergencias nacionales. Así, si bien en el concepto de garantía internacional no se reflejan las disparidades de tratamiento según las diversas tradiciones, el Convenio recoge remedios diferentes según la calificación que haga de cada contrato la legislación nacional. De ahí que describiéramos el modelo como circular y en dos niveles. La razón es práctica y convincente pues asegura que las medidas puedan ser aplicadas efectivamente por el tribunal del foro, pero no se puede negar que introduce una quiebra en la uniformidad del texto y sus soluciones.

V.1 GARANTÍA INTERNACIONAL Y REGISTRABILIDAD

Los dos pilares básicos del sistema de Ciudad del Cabo son el concepto de garantía internacional y el Registro Internacional, lo que haría pensar, en un primer momento, que las garantías internacionales definirían la esfera de lo inscribible en el sistema registral y el ámbito de aplicación de las reglas sustantivas del Convenio. Sin embargo, si leemos con atención las disposiciones del Convenio encontramos referencias a otros derechos e intereses que, o bien no son garantías internacionales, pero se inscriben en el Registro Internacional de todos modos; o bien ni siquiera son objeto de inscripción pero gozan de cierta prioridad de acuerdo con las reglas del Convenio. Es decir, que tienen acceso al Registro derechos o intereses que no son garantías internacionales y que además determinadas reglas del Convenio se pueden aplicar a derechos que no son garantías internacionales y que ni siquiera son objeto de inscripción.

Por tanto, hay que estudiar, en primer lugar, qué garantías, derechos y acuerdos tienen acceso al Registro Internacional. El Capítulo IV del Convenio, que es el primero de los 4 capítulos sucesivos (Capítulos IV a VII) dedicados específicamente a la regulación del Registro Internacional y algunas cuestiones relativas al Registrador y la Autoridad de Supervisión, comienza con

una disposición (art. 16) que delimita el alcance del Registro, es decir, la esfera de la inscribible. Así, en su primer apartado enumera una serie de garantías, derechos y acuerdos susceptibles de acceder al Registro que, en cada caso, se establezca para cada categoría de objetos.

De la lectura de los hechos inscribibles que enumera el artículo 16.1, se extrae de inmediato la conclusión ya avanzada con anterioridad sobre la no coincidencia del concepto de garantía internacional y garantía inscribible en el Registro Internacional. Es decir, ni la inscripción en el Registro confiere a la garantía inscrita el carácter de internacional ni queda el acceso al Registro vedado a derechos, garantías o privilegios que no sean garantías internacionales. La inscripción no es un hecho calificador de la garantía internacional pero sí determinante para articular las reglas de prioridad (con las excepciones que veremos de ciertas garantías que gozan de prioridad sin precisar inscripción).

En la enumeración referida del artículo 16.1 podemos distinguir, de un lado, los tipos de garantías inscribibles que una vez inscritas serán tratadas como «garantías inscritas» a los efectos de la aplicación de las reglas de prioridad, y, de otro lado, los acuerdos o situaciones jurídicas referidos, en este caso, a garantías internacionales, que son susceptibles de inscripción (cesiones, adquisiciones por subrogación legal o contractual, acuerdos de subordinación). Con respecto a las primeras, que se podrían denominar de adquisición originaria⁵⁹, el Convenio confirma que los siguientes derechos y garantías tienen acceso al Registro Internacional⁶⁰ que

⁵⁹ GOODE, Roy, *Official Commentary. Revised Edition, op. cit.*, 2008, pp. 23-26.

⁶⁰ Es interesante plantear, a este respecto, la situación de los *derechos y garantías preexistentes*. Salvo que en virtud del artículo 60.1 el Estado contratante declare otra cosa, no se le aplica el Convenio, conservando la prioridad que tuvieran según la ley aplicable antes de la fecha en que tenga efecto el Convenio que es la fecha más tardía de entre las dos siguientes: la entrada en vigor del Convenio y la incorporación como Estado contratante del Estado donde el deudor esté situado. Sin embargo, en lo que aquí interesa, el apartado tercero del artículo 60 incorpora una regla de Derecho transitorio que afecta a los derechos y garantías preexistentes. Mediante la oportuna declaración, un Estado contratante puede fijar una fecha (tras el transcurso de al menos 3 años desde que tenga efecto la declaración) a partir de la cual, a los efectos exclusivamente de prioridad, el Convenio y el Protocolo resulten aplicables a los derechos y garantías preexistentes. La cesión de un derecho preexistente o la adquisición por subrogación tras la fecha en la que tenga efecto el Convenio no afecta a su tratamiento como derecho preexistente, pues no crean una nueva garantía internacional sino que tan sólo transfieren el derecho preexistente manteniendo la fecha de constitución del mismo. Si quedan cubiertos por la declaración, se aplicarán entonces los efectos descritos que, insistimos, afectan sólo a la prioridad y no suponen la aplicación de otras disposiciones del Convenio. Si las partes, por el contrario, decidieran reemplazar el acuerdo pre-Convenio por uno nuevo, concluido tras la entrada en vigor del Convenio, o incluso recurrieran a la novación del contrato previo, nace entonces una garantía internacional que se rige por el Convenio en todas sus disposiciones, pero el acreedor pierde su prioridad pre-Convenio con respecto a los derechos y garantías anteriores.

para cada categoría de objetos se constituya: las garantías internacionales, las garantías internacionales futuras⁶¹, los avisos de garantías nacionales⁶² y los derechos y garantías no contractuales susceptibles de inscripción⁶³. A estos tipos de garantías con acceso al Registro habría que añadir los que eventualmente pudieran prever los Protocolos para cada categoría de objetos (así, por ejemplo, el Protocolo aeronáutico prevé la inscripción de las ventas y ventas futuras de objetos aeronáuticos). Con respecto al segundo grupo de supuestos, que denominaríamos de adquisición derivada, se inscribirán en el Registro Internacional que corresponda las cesiones y las cesiones futuras de garantías internacionales, la adquisición de garantías internacionales por subrogación legal o contractual de acuerdo con la ley aplicable y los acuerdos de subordinación de rango, que no trataremos aquí.

En este sentido, mediante la creación del Registro, el Convenio diseña un mecanismo de extensión de la efectividad internacional

⁶¹ De acuerdo con el artículo 1(y) del Convenio, son garantías internacionales futuras aquellas garantías que se prevé crear o constituir sobre un objeto como garantías internacionales en el futuro, supeditadas a que ocurra un hecho determinado cuya ocurrencia es incierta (incluso el propio hecho de la adquisición de un derecho sobre ese objeto por el deudor). Tienen el mismo tratamiento sustantivo y registral que las garantías internacionales y, por tanto, acceden al Registro Internacional pendientes de la ocurrencia del hecho futuro. De hecho, el carácter futuro de la garantía no se hace constar en el certificado que emita el Registrador y la fecha de prioridad queda fijada en el momento de la inscripción de la garantía internacional futura y no en el momento de concurrencia del hecho esperado.

⁶² Son aquellas garantías creadas por una transacción interna con respecto a las cuales, en virtud de una declaración de las previstas en el artículo 50, el Estado Contratante afectado decide excluir la aplicación (parcial) del Convenio, como ya hemos tenido ocasión de analizar. Con todo, y este es el punto de especial interés, la exclusión de las reglas del Convenio no es total sino limitada. En primer lugar, las reglas de prioridad del Convenio, y no las del Derecho interno, son las aplicables a las garantías nacionales. En segundo lugar, algunas otras disposiciones del Convenio como las de los artículos 8.4, 9.1, o 16, o las del Capítulo V resultan de aplicación a las garantías nacionales. En tercer lugar, aunque no pueda inscribirse como garantía internacional, se puede hacer constar en el Registro Internacional correspondiente un aviso de garantía nacional (art. 16) que asegura su prioridad en la misma forma en que se beneficiaría de ella una garantía internacional inscrita.

⁶³ En virtud del artículo 40 del Convenio, los Estados contratantes podrán declarar que ciertos derechos o garantías no contractuales constituidos de acuerdo con su legislación aplicable podrán inscribirse en el Registro Internacional correspondiente y ser tratados como garantías internacionales, a pesar de su naturaleza no contractual (*i.e.* embargos, privilegios legales). Al igual que los referidos en el artículo 39 del Convenio, estos derechos y garantías no son contractuales, por tanto, no nacen de un acuerdo entre las partes, requisito de constitución de las garantías internacionales. Pero a diferencia de los previstos en el artículo 39, en este supuesto la prioridad se depende de su registro y acceden al Registro sin ser en puridad garantías internacionales, ni siquiera son contractuales. Ante la falta de inscripción, el derecho o garantía no contractual no gana la prioridad que le confiere el Convenio y, de hecho, sus reglas resultan de muy reducida aplicación. Tan sólo su titular aparece tratado como «persona interesada» [art. 1 (m)] a los efectos del ejercicio de medidas para el caso de incumplimiento del Capítulo III (*i.e.* recibir un aviso por escrito y con una antelación razonable del acreedor garantizado que ante el incumplimiento del deudor decida vender o arrendar el objeto, art. 8.4 del Convenio).

de derechos más allá de los nacidos y calificados como garantías internacionales. Con la aportación de este atractivo elemento de certidumbre para las partes de operaciones garantizadas (reconocimiento de prioridad), el Convenio avanza significativamente en su ambicioso objetivo uniformador del régimen de las transacciones con garantías reales mobiliarias. Si la innovadora formulación de la noción autónoma y unitaria de garantía internacional consigue la uniformidad conceptual, la apertura del acceso registral a garantías no internacionales, bien por derivar de una transacción interna o bien por carecer de origen contractual, confiriéndoles por razón del registro el tratamiento de una garantía internacional y los efectos propios en el orden de prelación, aporta una uniformidad adicional de tipo operativo, es decir, a través del reconocimiento de efectos equivalentes en el contexto internacional a situaciones que no gozan siempre de tal calificación. En consecuencia, la noción de «garantía inscrita» en el Registro Internacional es más amplia que la noción de «garantía internacional».

Al hablar de «garantías inscritas» es muy importante realizar una precisión. La inscripción no es un requisito constitutivo de la garantía (*inter partes*) sino un elemento para su perfección y oponibilidad frente a terceros⁶⁴. El Registro Internacional se comporta así conforme al modelo que en la práctica registral de la propiedad en la Unión Europea se denominaría de «Registro de documentos» en el que rigen únicamente los principios de oponibilidad y prioridad frente a los modelos de «Registro de derechos» que operan además bajo los principios de legitimidad y fe pública⁶⁵. Este enfoque es a su vez coherente con la concepción «minimalista» de un Registro *notice-based* (de avisos), plenamente electrónico y sin calificación registral⁶⁶.

Por tanto, nuestro planteamiento aquí es que el ámbito de aplicación del Convenio como la esfera de lo inscribible en el Registro Internacional no coinciden plenamente con el concepto de garantía internacional. Hay garantías, derechos o acuerdos que acceden al Registro Internacional pero no son estrictamente garantías internacionales y hay derechos o privilegios a los que se les aplican algu-

⁶⁴ FURNISH, Dale Beck, «The Creation and Notice of Security Interest in Movable Property (*Efectos Constitutivos y Declarativos de las Garantías Reales Mobiliarias*)», *Uniform Commercial Code Law Journal*, vol. 36, núm. 1, Summer 2003, pp. 99-121.

⁶⁵ RAJOY, Enrique, *La calificación registral en el marco de la Unión Europea*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2005, en particular, pp. 41 y ss.

⁶⁶ Un estudio detallado de las características del Registro Internacional para objetos aeronáuticos y de su funcionamiento en RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional...*, *op. cit.*, Parte II.

nas reglas del Convenio pero no son garantías internacionales e incluso, pueden no ser inscribibles en el Registro Internacional.

Con respecto a este último caso, el de derechos o garantías no contractuales que pese a no ser garantías internacionales, pues ni siquiera son contractuales, ni tener acceso al Registro Internacional pueden gozar de cierta prioridad, hay que referirse a lo previsto en el artículo 39. En virtud de esta disposición, un Estado contratante podrá formular una declaración en la que especificará los derechos o garantías no contractuales que gozarán de una prioridad equivalente a una garantía internacional inscrita o, incluso, si así se determina en la declaración, que tengan prioridad sobre una garantía internacional inscrita, en el marco o no de un procedimiento de insolvencia (*i.e.* créditos laborales, créditos fiscales, premios por salvamento, derechos de retención que permiten en diversas situaciones al poseedor conservar la cosa hasta que le sean satisfechos por el deudor ciertos créditos relacionados con el objeto). La previsión de tan potente reserva de los Estados al ratificar, adherirse, aceptar o aprobar Convenio, permitiéndoles dar prioridad a ciertos derechos frente a las garantías internacionales inscritas, ha sido objeto de críticas⁶⁷ al considerar que aumenta intensamente la complejidad del texto, reduce su efecto uniformador y empeora la posición de los acreedores titulares de garantías internacionales con una seria carga de incertidumbre. Todo ello, se entiende, sin necesidad de que tal derecho o garantía no contractual se inscriba, lo que lo distingue del supuesto previsto en el artículo 40 cuyo efecto es menos perturbador porque requiere la previa inscripción de los derechos o garantías no contractuales para ganar prioridad.

V.2 MEDIDAS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

Puesto que el objetivo principal del Convenio es ofrecer un régimen uniforme para las garantías internacionales sobre equipo móvil, junto con las reglas de prioridad y el régimen de oponibilidad que se instrumentan mediante el Registro Internacional, se establecen reglas uniformes sobre perfección, remedios en caso de incumplimiento y efectos de las garantías en supuestos de insolvencia para los diversos esquemas de financiación garantizada con activos (*asset-based*) que se agrupan bajo el concepto funcional de garantía internacional. Para la aplicación de las medidas y el ejerci-

⁶⁷ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús, «Algunas consideraciones sobre el Convenio de Ciudad del Cabo y el Protocolo para el elemento de equipo aeronáutico», en MARTÍNEZ SANZ, Fernando; PETIT LAVALL, M.ª Victoria, *Estudios de Derecho Aéreo: aeronave y liberalización*, Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 57-72, en pp. 64-65.

cio de los derechos reconocidos a favor del acreedor garantizado (vendedor condicional o arrendador) no es preciso que la garantía internacional esté inscrita en el Registro Internacional; que es, sin embargo, un requisito previo para asegurar la prioridad de la garantía. La inscripción está destinada fundamentalmente a dar noticia (*give notice*) a los terceros de la garantía internacional y, en consecuencia, anudar a esta publicidad una serie de efectos en materia de prioridad. El registro, sin embargo, no afecta a la aplicación de las reglas sustantivas que establecen los remedios del acreedor en caso de incumplimiento o de ocurrencia de otras eventualidades así determinadas. La inscripción aporta oponibilidad frente a los terceros pero no afecta a los efectos *inter partes* del contrato.

La estructura a la que responde el Capítulo III del Convenio es claro reflejo del modelo circular, en dos niveles y de base funcional con el que definíamos la opción regulatoria del texto internacional al establecer el concepto de garantía internacional y determinar su ámbito de aplicación. En efecto, en la tercera fase del proceso, tras haber calificado el acuerdo según las categorías del Derecho interno aplicable, se vuelve al texto internacional para aplicar el régimen sustantivo uniforme de la garantía internacional consistente en un conjunto de medidas ante el incumplimiento, disposiciones para situaciones de insolvencia y unas reglas básicas de prioridad. Pero, a pesar de la deseada uniformidad, el efecto de la divergente categorización de los acuerdos con función de garantía en el Derecho Comparado, obliga al Convenio a mantener esta disparidad de trato también en sede de remedios del acreedor. De ahí que, de la simple lectura de los artículos 8 a 10 del Convenio, se comprenda que la calificación del acuerdo como constitutivo de garantía, de venta con reserva de dominio o de arrendamiento, no es irrelevante sino que, bien al contrario, implica la previsión de diversos remedios a favor del acreedor garantizado coherentes con su calificación como titular de un derecho de garantía, o de un verdadero derecho de propiedad.

Mientras que dos extensas disposiciones (arts. 8 y 9) detallan las medidas aplicables al acreedor garantizado, una sucinta provisión (art. 10) condensa los sencillos remedios disponibles para el vendedor condicional o el arrendador. Esta diferente extensión de los artículos dedicados en cada caso refleja claramente que, en realidad, al vendedor condicional y al arrendador en la medida que sean tratados como propietarios, les corresponden las facultades absolutas propias de esta condición. Pero será el Derecho interno el que confirme o discrepe con esta ecuación y sus resultados. Por tanto, si la ley nacional aplicable califica el contrato con reserva de

dominio como un contrato de garantía y equipara así la posición del vendedor condicional a la de un acreedor garantizado, se aplicarán las medidas establecidas en los artículos 8 y 9 y no las del artículo 10.

Una vez determinadas las medidas correspondientes a la calificación o recalificación del acuerdo, pueden ser de aplicación otras medidas adicionales previstas en el Protocolo específico, en la legislación aplicable, o acordadas por las partes (art. 12 del Convenio). La autonomía de la voluntad de las partes que permitía definir los supuestos de incumplimiento o las demás eventualidades capaces de activar la aplicación de las medidas previstas, se extiende también a la propia determinación de otras medidas adicionales e incluso a la modificación o inaplicación de los efectos de estas disposiciones del Convenio, siempre que no sean contrarias a las disposiciones imperativas del Capítulo III según quedan enumeradas en el artículo 15⁶⁸. En este último caso, la autonomía de la voluntad no sólo se refiere a los eventuales pactos entre el acreedor y el deudor, en cada tipo de contrato, sino a todo acuerdo entre el acreedor y cualquier otra persona interesada, según se define en el Convenio, para inaplicar o modificar los efectos de las disposiciones del Convenio en sus relaciones recíprocas, salvo aquellas cuya aplicación es imperativa. Los Protocolos sectoriales, tratando de responder a las especiales exigencias de cada industria, pueden añadir medidas específicas o modificar las disposiciones del Capítulo III de Convenio.

VI. EL MODELO FUNCIONALISTA EN EL DERECHO UNIFORME SOBRE OPERACIONES GARANTIZADAS

El Convenio se inclina así por un modelo funcionalista que encuentra, sin embargo, muy dispar acogida en las legislaciones nacionales pero un creciente seguimiento en los instrumentos internacionales.

En efecto, ni un tratamiento doctrinal omnicomprensivo, ni siquiera el indistinto uso por parte de los operadores en el tráfico económico de los diversos contratos de financiación garantizada con activos han movido al legislador en la mayoría de los ordenamientos a agrupar todos estos esquemas funcionalmente equiva-

⁶⁸ Artículo 15 del Convenio «No aplicación»:

«En sus relaciones recíprocas, dos o más de las partes mencionadas en este Capítulo podrán en cualquier momento, mediante acuerdo escrito, no aplicar o modificar los efectos de cualquiera de las disposiciones anteriores de este Capítulo, salvo los párrafos 3 a 6 del artículo 8, los párrafos 3 y 4 del artículo 9, el párrafo 2 del artículo 13 y el artículo 14.»

lentes bajo una misma forma jurídica. En realidad, la conveniencia de un modelo omnicompreensivo de corte funcionalista que ignore las diferencias entre «*what is owned and what is owed*»⁶⁹ no recibe un apoyo unánime en el Derecho Comparado e incluso se mantiene todavía un debate abierto sobre sus aspectos económicos y los efectos distributivos sobre terceros en el propio corazón del funcionalismo⁷⁰. La filosofía subyacente («*substance over form*») no sólo desatiende la forma de la transacción para calificarla funcionalmente, sino que rechaza además la relevancia de quién tiene el título sobre el objeto como indicio para determinar la existencia de una garantía.

Al funcionalismo se atribuyen ciertos problemas que desaconsejarían su adopción como modelo de regulación de las operaciones garantizadas. En primer lugar, la fuerza atractiva del amplio concepto de garantía lleva a forzar el tratamiento como tal de transacciones que quedan muy lejos de esta categoría y, sobre todo, que sorprenden a las partes con una regulación inesperada e imprevista. En segundo lugar, se detecta que la incorporación de verdaderos derechos de propiedad bajo el concepto de garantía para ciertos efectos implica un reconocimiento de la distinción entre derechos de propiedad y derechos reales de garantía pero contribuye a su inútil confusión. En tercer lugar, a pesar del intento de resolver todos los problemas de las operaciones garantizadas a través de un enfoque funcionalista, el recurso a la argumentación basada en la forma es inevitable, porque, de hecho, el esquema de las transacciones es diferente⁷¹.

La solución del Convenio parece claramente influida por el artículo 9 del *Uniform Commercial Code*⁷² estadounidense, refe-

⁶⁹ BRIDGE, Michael G.; MACDONALD, Roderick A.; SIMMONDS, Ralph L.; WALSH, Catherine, «Formalism, Functionalism...», *op. cit.*, p. 567.

⁷⁰ GILMORE, Grant, «The Good Faith Purchase Idea...», *op. cit.*; JACKSON, Thomas H.; KRONMAN, Anthony T., «Secured Financing and Priorities Among Creditors», *Yale Law Journal*, vol. 88, 1979, pp. 1143 y ss.; LOPUCKI, Lynn M., «The Unsecured Creditor's Bargain», *op. cit.*; SCHWARTZ, A., «Security Interests and Bankruptcy Priorities:...», *op. cit.*

⁷¹ Un amplio y detallado análisis crítico del funcionalismo y su consagración en el artículo 9 *UCC* y en la legislación canadiense sobre *personal property security*, en BRIDGE, Michael G.; MACDONALD, Roderick A.; SIMMONDS, Ralph L.; WALSH, Catherine, «Formalism, Functionalism...», *op. cit.*, en particular, pp. 577 y siguientes.

⁷² El artículo 9 del *Uniform Commercial Code* se inserta en un conjunto de varias disposiciones del código y legislación específica dirigidas a tutelar la posición del acreedor con garantía: el artículo 2, si la obligación consiste en el pago del precio de la venta (una importante revisión del artículo se propuso en 2003); el artículo 3, si la obligación está representada en un documento negociable; los principios de *common law*, si la obligación está representada en un documento no negociable; las reglas de las garantías personales; y algunas normas relativas al Derecho de consumo. El artículo 9 *UCC* se refiere a la constitución y ejecución de las garantías mobiliarias. La última modificación del artículo se ha adoptado por la mayoría de los Estados con fecha de entrada en vigor el 1 de julio de 2001. Bajo la filosofía denominada «Substance over Form», para determinar si una

rencia paradigmática de un modelo funcionalista capaz de superar el formalismo y de «destipificar» los derechos de garantía mobiliaria para a continuación tipificar un único y omnicomprensivo contrato y derecho de garantía sobre bienes muebles que absorba todos los tipos existentes⁷³. Pero, sobre todo, se sitúa en una tendencia dominante en los textos internacionales sobre operaciones garantizadas que han optado por un enfoque integrado, global y de base funcional.

La apuesta más clara por esta formulación de un concepto único de garantía real funcionalmente definida y que podrá constituirse sobre bienes muebles de cualquier índole es la que propone la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas*. Sin dejar de reconocer que el enfoque funcionalista adolece de ciertas debilidades, las ventajas para el estímulo del crédito en condiciones adecuadas y la facilitación del comercio transfronterizo priman significativamente y, por ello, se recomienda su adopción para modernizar el régimen jurídico de las operaciones garantizadas (Recomendación 8). Con excepción de las operaciones de financiación de adquisiciones para las que ofrece la alternativa (Recomendación 9) de optar por un régimen unitario o por un régimen no unitario, se anima a la implantación de un auténtico y radical régimen funcional, integrado y global que implique, de hecho, la fusión de todas las prácticas y operaciones financieras que cumplen función de garantía bajo una única noción uniforme de garantía real, frente a una postura igualmente uniformadora, pero menos ambiciosa que manteniendo la diversidad conceptual de cada técnica y pacto contractual para fines de garantía sujete todos ellos a un régimen común para su constitución, oponibilidad, prelación y ejecución.

La Ley Modelo Inter-Americana sobre Garantías Mobiliarias comparte este enfoque funcional (art. 2)⁷⁴ mediante la articula-

transacción constituye un «security interest» se aplica el siguiente test: «whether the interest in property was intended to serve as security for payment or performance of an obligation». HAKES, Russell A., *The ABCs of the UCC. Article 9: Secured Transactions*, Chicago: American Bar Association, 1996

⁷³ *Ibidem* p. 736. De este modo, se abandona la terminología pre-UCC (*mortgagor/mortgagee, conditional vendor/conditional vendee, pledgor/pledgee, entruster/trustee*) y se reconducen la eventuales referencias contractuales, que siguen siendo admisible, a las nociones únicas del artículo 9 UCC (*debtor/secured party*). BAILEY, Henry J. III; HAGEDORN, Richard B., *Secured Transactions, 3rd Ed.*, St. Paul (Minn.): West Publishing, 1988, p. 11.

⁷⁴ Así, el primer párrafo *in fine* del artículo 2 de la Ley Modelo Inter-Americana precisa, al describir las garantías mobiliarias a que se refiere el texto, que serán todas aquellas que pueden constituirse contractualmente sobre uno o varios bienes muebles, categorías genéricas de bienes muebles o la totalidad de los bienes muebles del deudor «sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de la propiedad». Algunas leyes nacionales aprobadas bajo el modelo de la Ley de la OEA son todavía más contundentes en

ción de sus reglas alrededor de un concepto unitario de «derecho preferencial» al pago a favor del acreedor, de tipo posesorio⁷⁵, matizado por ciertas normas de co-existencia con garantías tradicionales, pero con la sujeción de todas las operaciones que compartan la función de garantía a un régimen común de registro y prelación de derechos.

En cierta medida, la Ley Modelo de las Operaciones Garantizadas del BERD adopta un enfoque similar al crear una garantía real especial que puede emplearse con otras técnicas contractuales con función de garantía (arrendamiento financiero, por ejemplo) y al tipificar la retención del dominio como garantía real. La misma línea sigue la guía del Banco Asiático de Desarrollo sobre registros de bienes muebles.

También en la *Convención de Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional* de 2001, la delimitación de su ámbito de aplicación aparece trabada por una aproximación funcional que se manifiesta en una definición de «cesión» que evita marcar la distinción entre derechos de garantía y *title-based devices* [art. 2.a) Convención].

Mientras que en las Guías Legislativas y en las Leyes Modelos, la definición funcional del concepto de garantía mobiliaria se pretende incorporar en los ordenamientos nacionales y, por tanto, nos traslada al debate «funcionalismo *versus* formalismo», que no pretendemos abordar aquí; en las Convenciones, los conceptos funcionales son creaciones uniformes que operan normativamente

su declaración del alegado enfoque funcionalista. La *Ley de Garantías Mobiliarias* de la República de Honduras (Decreto núm. 182-2009), de 22 de septiembre de 2009, publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República de Honduras núm. 32,125 de 28 de enero de 2010, proclama un sistema unitario de garantías sobre los bienes muebles con el que titula su Capítulo II. El artículo 2 de la ley hondureña tras la transcripción del primer apartado del artículo 2 de la Ley Modelo de la OEA (con el único añadido de que la garantía podrá también constituirse «por disposición de la ley» y no sólo contractualmente) incorpora una clarificadora definición funcional del concepto de garantía mobiliaria:

«La garantía mobiliaria comprenderá toda operación cuyo propósito o efecto sea el de constituir una garantía mobiliaria, independientemente de su forma o nomenclatura. El concepto de garantía mobiliaria incluye, entre otros, aquellos contratos, pactos o cláusulas comúnmente utilizados para garantizar obligaciones respecto de bienes muebles, tales como la venta con reserva de dominio, los fideicomisos en garantía, la prenda flotante de establecimiento comercial o de fondo de comercio, las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo, compras, cesiones en garantías y factoraje, el leasing (Arrendamiento Financiero), las garantías mobiliarias con desplazamiento y cualquier otra garantía mueble contemplada en la legislación con anterioridad a esta Ley».

Con prácticamente idéntico tenor, la Ley de Garantías Mobiliarias aprobada por Decreto núm. 51-2007 de 8 de noviembre de 2007 (publicada en el Diario de Centro América, núm. 9, de 16 de noviembre de 2007) incorpora en el ordenamiento jurídico de la República de Guatemala un concepto unitario de garantía mobiliaria (art. 3.2.^o).

⁷⁵ KOZOLCHYCK, Boris; FURNISH, Dale Beck, «The OAS Model Law on Secured Transactions: A Comparative Analysis», *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas*, núm. 12, 2005-2006, pp. 235-302, en particular, p. 265.

en el nivel supranacional. En este contexto, el recurso a conceptos funcionales se emplea como técnica de armonización legislativa. Y esta es la perspectiva en la que queremos detenernos. La creación de conceptos unitarios y autónomos en sede de Derecho Uniforme facilita la armonización al desligar los nuevos conceptos uniformes de los no siempre compatibles conceptos nacionales. Estos conceptos uniformes actúan como conceptos-paraguas que albergan instituciones jurídicas diversas en la medida que comparan una misma función económica para poder aplicarles consecuentemente a todas ellas un régimen jurídico uniforme. El criterio de la función estaría, en principio, liberado de consideraciones nacionales y debería actuar objetivamente, ajeno a las diferentes tradiciones jurídicas. Estas consideraciones harían del funcionalismo una técnica ideal para la armonización de soluciones jurídicas en el Derecho Uniforme.

Sin embargo, si observamos, en particular, el caso del Convenio de Ciudad del Cabo, en realidad, la aproximación funcionalista para definir el concepto de garantía internacional es sólo parcial y la armonización resultante no es plena. En efecto, el Convenio tiene que incorporar las disparidades nacionales en el tratamiento jurídico de las diversas fórmulas contractuales de financiación garantizada al remitir a la legislación nacional la calificación jurídica de cada «contrato» (constitutivo de garantía, de venta con reserva de dominio, de arrendamiento). Pero, sobre todo, tiene que diseñar a partir de ahí un régimen doble, en lo relativo a las medidas en caso de incumplimiento, que refleje precisamente el diverso tratamiento nacional de la operación. Esto nos hace cuestionarnos si el objetivo de uniformidad de las reglas sustantivas se logra realmente con esta fórmula funcionalista. Pero, sobre todo, nos obliga a preguntarnos si este tipo de soluciones pragmáticas consiguen ciertamente impulsar una aproximación progresiva de las legislaciones hacia soluciones uniformes. Pues, comprobamos que la sensibilidad que muestra el Convenio hacia las diversas tradiciones jurídicas, y que justifica en gran medida su significativo éxito y buena acogida, implica, en realidad, perpetuar la divergencia de soluciones jurídicas. Esto podría dificultar la interpretación internacional y autónoma de los conceptos uniformes por la tendencia de los jueces a seguir recurriendo a concepciones nacionales divergentes en la aplicación de las reglas del Convenio.

A pesar de estas apreciaciones, sin embargo, la estrategia pragmática y funcionalista del Convenio ha tenido importantes resultados armonizadores y nos parece que ofrece una fórmula original y muy interesante para la construcción progresiva del Derecho Uni-

forme pues ha esquivado con habilidad los obstáculos que retrasaban la armonización en una materia tan compleja y con tanta diversidad nacional. En primer lugar, ha permitido la adopción de un buen conjunto de reglas uniformes en una materia extraordinariamente compleja (efectos en caso de insolvencia, perfección, prioridad), e incluso, asumiendo la bipartición de la regulación de los remedios en caso de incumplimiento, ha logrado la adopción, al menos, de dos bloques de reglas uniformes que reducen la divergencia de normas nacionales y confieren seguridad al sistema. En segundo lugar, ha conseguido ofrecer un cuerpo de normas coherente y operativo en materias de tan difícil armonización sin necesidad de forzar una previa reforma de la legislación nacional y sin impedir su funcionamiento bajo las diversas tradiciones jurídicas. En tercer lugar, ha diseñado y puesto en marcha un ágil sistema registral de alcance internacional que garantiza la oponibilidad a terceros y la aplicación de las reglas de prioridad con un alcance objetivo incluso superior al que abarca el concepto funcional de «garantía internacional». Con todo ello se ha inyectado certidumbre y transparencia en el tráfico económico de sectores estratégicos y una gran dosis de uniformidad.

La autonomía privada y el artículo 1320 del Código civil

AURELIO BARRIO GALLARDO

Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

En este trabajo se exponen los distintos argumentos que han contribuido, en opinión del autor, a atenuar el carácter imperativo e indisponible que antaño se pudo conferir al régimen de la vivienda familiar. Se recogen, además, varias razones que aconsejarían permitir un mayor juego de la autonomía de la voluntad en este ámbito hasta llegar a admitir que los cónyuges, mediante pacto capitular, excluyeran la aplicación del artículo 1320 CC si de tal acuerdo no se deriva ningún perjuicio para terceros. Ésta es la única restricción a la autonomía privada que hoy razonablemente cabría mantener. Se parte de la convicción de que la igualdad conyugal está tan firmemente asentada en la sociedad española que sería preciso redefinir los límites de la libertad capitular para aproximarlos a los generales establecidos en el artículo 1255 CC, de tal forma que los cónyuges se pudieran relacionar entre sí, en el plano interno, como lo harían cualesquiera otros dos contratantes.

PALABRAS CLAVE

Autonomía privada, libertad capitular, renuncia a derechos sobre la vivienda familiar, artículo 1320 CC.

SUMMARY

This paper presents various arguments which have contributed, in author's opinion, to reduce the mandatory character that once was given to the marital home legal scheme. In addition, several reasons are exposed to allow greater play of private autonomy in this law field, even in order to

admit that spouses, by means of a matrimonial agreement, were able to exclude application of sect. 1320 CC, provided such covenant causes no damages to third parties. This is the only restriction on private autonomy which would be found reasonable to have been maintained nowadays. The essay is written with the conviction that marriage equality is so firmly rooted in Spanish society that would be necessary to redefine the limits on freedom of marriage contract to bring them to the general standards set out in sect. 1255 CC; so that spouses could relate to each other, internally, as any other two contracting parties would do.

KEYWORDS

Private autonomy, matrimonial covenants, renounce to marital home rights; section 1320 of the Spanish Civil Code.

SUMARIO: I. *El Régimen Primario y el artículo 1320 del Código civil.*—II. *Posibles pactos concernientes a la disposición de la vivienda familiar.* 1. La disociación entre la prestación del consentimiento y el asentimiento. a) El consentimiento expreso y coetáneo. b) La prestación tácita del consentimiento por actos concluyentes. c) El deslinde temporal entre asentimiento y acto de disposición. 2. El asentimiento anticipado. a) La función de control o supervisión del asentimiento. b) El apoderamiento general y recíproco entre cónyuges. c) ¿Es posible prestar tal asentimiento en capítulos prematrimoniales? d) La autorización en escritura separada. 3) La prestación posterior del asentimiento: un apunte.—III. *¿Cabe renunciar anticipadamente a lo dispuesto en el artículo 1320 CC?* 1. La tesis de Lacruz Berdejo sobre su renunciabilidad. 2. Pactos contrarios a la Ley por vulnerar una norma de Derecho imperativo. 3. ¿Cuál es la finalidad de la norma en la actualidad? 4. El sentido del artículo 1320.1.ª CC, ayer y hoy. 5. Los recelos hacia el régimen de separación de bienes y el artículo 1320 CC.—IV. *La anulabilidad de los actos dispositivos a título oneroso.* 1. El régimen de impugnación de los actos. 2. La protección de la vivienda *ex* artículo 1320.2.º CC. 3. Discordancia entre los artículos 96 y 1320 CC en este punto.—V. *Otro tipo de capítulos: los «de derribo».* 1. Pactos de exclusión y renuncia previsores de una futura crisis matrimonial. 2. La extensión del modelo a las situaciones de normalidad matrimonial.—VI. *La posible remisión en bloque a otros Derechos.* 1. La finalidad de la prohibición. 2. El peculiar caso del Derecho balear. 3. ¿Es exigible la aplicación del artículo 1320 a matrimonios no regidos por el CC? 4. Reflejo de estas tesis en el Derecho inmobiliario registral. 5. Un paso más allá en el razonamiento.—VII. *Conclusiones.*

I. EL RÉGIMEN PRIMARIO Y EL ARTÍCULO 1320 DEL CÓDIGO CIVIL

Desde 1981 ha sido común a los autores, en una trayectoria doctrinal bien definida, sin apenas fisuras, afirmar que existían una serie de normas compartidas por cualquier régimen económico del matrimonio, ya fuera uno de los optativos establecidos por el propio Código, reestructurado o modificado al albur de los futuros contrayentes, ya otro diseñado expresamente para la ocasión. Es también doctrina ya asentada hace unos lustros, incluso anterior a la reforma, que los esposos pueden estipular un régimen *ad hoc*, ora regulándolo con detalle, ora modificando el régimen legal a su gusto¹; hoy los manuales más recientes insisten en que es posible pactar cualquiera de los regímenes existentes, introducir en ellos modificaciones o incluso «diseñar su propio régimen económico»².

Existen, sin embargo, unos mínimos, en teoría, integrantes o confortantes del orden público matrimonial que no se pueden soslayar, intocables y sustraídos del campo de acción de los cónyuges. Estas reglas que disciplinarían los elementos consustanciales a la vida en común que el matrimonio comporta, desde que Modestino lo definiera como un *consortium omnis vitae*, son una regulación que versa sobre lo que es inevitable a toda a unión de estas características: el soporte económico del hogar, como apuntara Lacruz. Suponen una alteración de las reglas habituales del Derecho privado patrimonial que afecta al particular que ha contraído matrimonio; así, las obligaciones con las que ha de pechar un sujeto casado y otro soltero no son iguales: responden de manera distinta frente a terceros en el tráfico (art. 1319 CC) y uno contrae en el plano interno obligaciones de las que el otro carece (art. 1318 CC).

Esta teorización procede de la doctrina francesa³, cuyas ideas se extrapolaron y calaron hondo en nuestro país en virtud de la

¹ NAGORE YÁRNOZ, Javier. «Doctrina actual sobre las capitulaciones matrimoniales en Derecho común y foral», en *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, vol. 4, Eunsá, Pamplona, 1969, p. 527. Cfr. en general, CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral*. T. V. *Derecho de familia*. Vol. 1.º *Relaciones conyugales*, 10.ª ed., Reus, Madrid, 1983, p. 316.

² La cita literal procede de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. *Curso de Derecho civil*. IV. *Derecho de familia*, Colex, Madrid, 2007, p. 199; cfr. también ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho civil*. IV. *Derecho de familia*, 8.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, p. 133; Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho civil*. T. IV, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, p. 140; GARCÍA CANTERO, en Castán, *op. cit.*, pp. 316 y 317; y RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos de Derecho civil*. T. V. *Sucesiones*, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, p. 134.

³ El concepto proveniente de la doctrina gala es, sin embargo, desconocido en las jurisdicciones de *Common Law*, en las que el término régimen matrimonial sonaría extraño a los oídos de un jurista inglés (*vid.* SIMÓ SANTONJA, Vicente. *Compendio de regímenes matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 281), aunque, en ocasiones, también se

Ley 13/1981 casi veinte años más tarde⁴. El padre intelectual de la reforma operada en Francia el 13 de julio de 1965, Jean Carbonnier, que también ostenta la patente sobre la denominación «régime primaire impératif», así como su discípulo Gérard Cornu, trataron de introducir un régimen que, dotado de mayor flexibilidad que los precedentes, cediera grandes cuotas a la autonomía privada, a salvo del estatuto imperativo de base que tenía por misión servir de límite inferior, de mínimo de comunidad de vida entre los cónyuges⁵. A excepción de dicho mínimo indisponible, el resto de la regulación quedaba al albur de los contrayentes disponiéndose un régimen de comunidad parcial supletorio de la voluntad conyugal, esto es, sólo operaba con el fin de suplir la pasividad de los novios.

A la hora de buscar referencias que asienten un concepto, retornando al marco normativo de nuestro país, quizá convendría recurrir a la formulación de Fernández Cabaleiro, quien rivalizó con Lacruz Berdejo en haber acuñado el término «régimen matrimonial primario» en España⁶. Lo define como un conjunto de «reglas de carácter imperativo aplicables a todos los regímenes, sean legales o convencionales, y que tienen por objeto asegurar un mínimo de interdependencia y satisfacer las necesidades el hogar y la independencia, en especial de la mujer casada»⁷. Son opiniones acogidas en repetidas ocasiones por la jurisprudencia española, de la que se podría extraer diversas resoluciones que lo mencionan⁸, aunque bien podrían citarse muchas más y poner, a

haya hablado de «no régimen» en nuestro país para referirse a los supuestos de separación absoluta (cfr. MARTÍNEZ CORTÉS, Jesús. «El régimen de separación de bienes», *Instituciones de Derecho Privado*. T. IV. *Familia*. Vol. 2.º, Civitas, Madrid, 2002, p. 287; y «El régimen económico matrimonial de separación de bienes», *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, p. 104).

⁴ Vid., en general, sobre las orientaciones seguidas por citada Ley, tanto en los momentos anteriores como posteriores al cambio, los artículos de LACRUZ BERDEJO, José Luis. «La reforma del régimen económico del matrimonio», *ADC*, T. XXXII-2, 1979, pp. 343 a 369 y «La economía del matrimonio», en *El nuevo régimen de la familia*. T. II, 1.ª ed., Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, pp. 121 a 184.

⁵ Vid. CUESTA SÁENZ, José María de la. «Acerca del llamado régimen económico matrimonial primario», *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T. I, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, p. 1152.

⁶ La expresión «régimen matrimonial primario» ha sido divulgada y popularizada entre los juristas por LACRUZ. Vid. BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. «Régimen económico del matrimonio: Disposiciones generales», en *El régimen económico del matrimonio. Comentarios al Código civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 45; O'CALLAGHAN, Xavier. *Compendio de Derecho civil*. T. IV, 6.ª ed., Edersa, Madrid, 2006, pp. 105 y ss.

⁷ FERNÁNDEZ CABALEIRO, Eugenio. *El régimen económico-matrimonial legal en Europa*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1969, p. 12

⁸ La Dirección General emplea la expresión régimen matrimonial primario e indica que el artículo 1320 CC se engloba dentro en él. Vid. RDGRN de 26 de febrero de 2008 (RJ 2100); el término también es usado por el Tribunal Supremo, cfr. la cuestionada STS de 19 de noviembre de 1997 (RJ 7978) y, con mucha frecuencia, aparece en la resoluciones

su vez, como ejemplo a numerosos autores que se han sumado a esta idea aunque con una nomenclatura diferente⁹.

Tales reglas, que escapan a la autonomía de la voluntad, en el fondo descansan en la concepción tradicional del matrimonio y confieren al régimen económico una naturaleza más institucional que contractual¹⁰. La doctrina gala clásica, tras cuestionarse si se podría concebir un matrimonio que no entrañara ninguna modificación en el régimen de los bienes pertenecientes a los esposos y que mantuviese una separación completa de sus intereses pecuniarios, afirmaba, por boca de dos grandes del Derecho francés, como Planiol y Ripert, que «esto supondría una visión puramente teórica de las cosas», a lo que se añadía acto seguido: «la vida en común engendra necesariamente una cierta confusión de intereses»¹¹.

Por tanto, existiría un mínimo indisponible, conectado con el matrimonio, que queda sustraído de la acción de los particulares, que, contra la norma general, se distancia del prototipo del negocio jurídico, cuya sustancia se encuentra en el poder de creación de la propia regulación jurídica, como afirmara Díez-Picazo¹². En esta última son los mismos interesados los que autocomponen libremente sus intereses, mientras que en el matrimonio han de ajustarse a un tipo predeterminado por el legislador, especialmente a unas obligaciones dimanantes de la relación conyugal, en la que la contribución al levantamiento de las cargas comunes adquiere un papel protagónico¹³. Desde esta óptica, el régimen primario sería una plasmación, en el terreno patrimonial, de los deberes de índole personal que lleva aparejado el matrimonio, como sostuvieron Lete del Río y Álvarez Caperochipi¹⁴.

de las Audiencias Provinciales: SAP A Coruña de 8 de noviembre de 2010 (JUR 2011/46949), Barcelona de 23 de febrero de 2010 (JUR 2010/167331) o Madrid de 18 de marzo de 2009 (JUR 2009/260791).

⁹ El nombre dado varía según los autores: ALBALADEJO, GARCÍA CANTERO, LACRUZ, DE LOS MOZOS emplean «régimen matrimonial primario»; el propio FERNÁNDEZ CABALEIRO lo denomina en ocasiones «estatuto de base»; MARTÍNEZ CALCERRADA, prefiere llamarlo «código de ordenación elemental del patrimonio de la familia»; pero independientemente de las variaciones terminológicas el concepto responde siempre a unos mismos parámetros.

¹⁰ GARCÍA CANTERO, Gabriel en CASTÁN, *op. cit.*, p. 269.

¹¹ PLANIOL, RIPERT & BOULANGER. *Traité élémentaire de droit civil*, T. III, Librairie General de Droit et de Jurisprudence, París, 1951, p. 1.

¹² Una de las bases para negar la naturaleza negocial del acto de celebración del matrimonio ha sido la imposibilidad de que los contrayentes determinen de modo autónomo el contenido de la relación jurídica que crean, aunque tanto la doctrina civil como canónica lo han conceptualizado tradicionalmente como un contrato (*cf.* Díez-Picazo, Luis. «El negocio jurídico del Derecho de familia», *RGLJ*, jun. 1962, p. 772 y 773).

¹³ *Vid.* DE LOS MOZOS, José Luis. *La reforma del Derecho de familia, en España, hoy*, Universidad de Valladolid, 1981, pp. 102 y ss.

¹⁴ Estos autores mantenían que «los regímenes económico-matrimoniales no son sino un sistema de normas tendentes a garantizar en el ámbito patrimonial los fines del

La libertad encuentra así su límite en unas normas que traducen algo que era propio de las «relaciones personales» entre cónyuges, debido a su carácter imperativo e indisponible, reformuladas en lo que ha dado en llamarse «régimen económico matrimonial primario»¹⁵, reubicadas en un lugar diferente de la topografía del Código y recogidas ahora todas bajo un mismo epígrafe titulado «disposiciones generales», en el Libro IV del CC. Entre este elenco de normas, limitativas de la autonomía privada, se encontraría como novedad el artículo 1320 CC, un precepto que, en obsequio la protección de la vivienda familiar¹⁶, impone al titular del inmueble severas limitaciones, señaladamente en su *ius disponendi*, a las que de otra forma serían las irrestrictas facultades dominicales de todo propietario¹⁷. A tenor del mentado artículo 1320 CC, «para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

Podría entenderse, pues, como han defendido algunos autores, siguiendo la estela dejada por Lete del Río, que el artículo 1320 CC pretende, en esencia, dar cumplido mandamiento a lo dispuesto, en idéntico sentido, por el artículo 70 CC relativo a la elección del domicilio conyugal¹⁸, que es fijado de común acuerdo por

matrimonio» (LETE DEL RÍO, José Manuel y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. «Notas sobre la mutabilidad del régimen económico del matrimonio en el derecho común», *RDP*, 1977, pp. 163 y ss.). *Cfr.* sobre los límites al contenido de las capitulaciones matrimoniales antes de la reforma de 1981, entre ellos los pactos contrarios a los fines del matrimonio (ant. art. 1326), GARRIDO DE PALMA, Víctor M. «Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975», *RDN*, jul-dic. de 1976, pp. 16 y ss.

¹⁵ *Cfr.* DE LOS MOZOS, José Luis. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. Albaladejo). T. XVIII. Vol. 1. *Arts. 1315 a 1343*, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 5.

¹⁶ Para una importante corriente de opinión, «el hecho de ser vivienda habitual, aunque no le priva de su carácter de bien patrimonial, sí la afecta a cubrir unas necesidades de alojamiento familiar que están, o deberían estar, por encima de las estrictamente patrimoniales» [ALGARRA PRATS, Esther. «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)», *Derecho privado y Constitución*, vol. 16, 2002, p. 34 y los allí citados].

¹⁷ «He aquí una circunstancia fáctica (como es simple hecho de destinar una vivienda privativa a hogar familiar) se impone y prevalece sobre una facultad jurídica (como es la «libre disponibilidad», que normalmente corresponde al titular de un derecho patrimonial) (MUÑOZ DE DIOS, Mariano. «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil», *AAMN*, T. XXVII, 1987, p. 221).

¹⁸ *Vid.* LETE DEL RÍO, José Manuel. «La disposición de la vivienda habitual por el cónyuge titular», *AC*, 2003, n.º 4, pp. 1056 y 1060. Tal es el parecer, verbigracia de GARRIDO CERDÁ, Emilio. «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *RDN*, vol. 115, 1982, p. 106; ESPIAU ESPIAU, Santiago. *La vivienda familiar en el Ordenamiento*

ambos cónyuges, dentro de toda una pléyade de decisiones que en la actualidad son de carácter paritario, mientras que antiguamente sólo concernían al marido, única cabeza rectora y directriz de la casa, dentro de un orden jerarquizado en el que la jefatura familiar correspondía al varón y, sólo en su defecto, a la mujer, así como una amplia gama de atribuciones y poderes, entre ellas, la «patria potestas», como reflejaba el antiguo artículo 156 CC.

Analicemos, a continuación, cuál es la puesta en práctica de este precepto y qué margen de acción conceden los autores a la autonomía de la voluntad en este ámbito, conscientes, ya desde un principio, de que las principales dudas se van a suscitar «ante la posibilidad de renuncia de la prestación del consentimiento previsto en el artículo 1320, o la de otorgarlo preventivamente a través de capitulaciones matrimoniales»¹⁹.

II. POSIBLES PACTOS CONCERNIENTES A LA DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

1. LA DISOCIACIÓN ENTRE LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO Y EL ASENTIMIENTO

a) El consentimiento expreso y coetáneo

Parece lógico pensar que cuando esta disociación entre el consentimiento contractual y el asentimiento de quien no es parte en el negocio jurídico no acontece en momentos diferentes, los casos susceptibles de impugnación serán poco frecuentes. Como apunta Herrero García, si se presta el consentimiento, «con carácter específico, referido concretamente a la vivienda que en el momento de realizarse el acto de disposición constituya la vivienda familiar»²⁰ no se generarán dudas en el caso que

jurídico civil español, PPU, Barcelona, 1992, p. 153; GIMÉNEZ DUART, Tomás. «El artículo 1320 del Código civil ¿es aplicable en Cataluña?», *RJC*, 1982, p. 202, n. 3: «Recuérdese que el artículo 1320 es la transposición a la esfera patrimonial del «derecho-deber personal» de fijar el domicilio familiar de mutuo acuerdo entre los cónyuges (art. 70 CC)» o, más recientemente, MUÑIZ ESPADA, Esther. «El valor y eficacia del régimen económico matrimonial primario», *RJN*, vol. 44, 2002, p. 210.

¹⁹ CÁRCABA FERNÁNDEZ, María. «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *RCDI*, vol. 582, 1987, p. 1447.

²⁰ HERRERO GARCÍA, María José. «Del régimen económico matrimonial. Disposiciones Generales», *Comentario del Código civil*. T. II. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 590.

suele ser más habitual²¹. «Por regla general, puede decirse que si comparecen ambos cónyuges actuando de consuno no será necesario ningún otro requisito sea cualquiera su régimen económico. La dificultad puede plantearse si pretende actuar uno solo de ellos», afirma el notario Gomá al abordar con carácter general la diversa problemática que puede suscitar la comparecencia de la persona casada²².

Se requerirá, por tanto, la actuación de ambos cónyuges, uno en calidad de titular de la vivienda, sea ésta exclusiva o privativa, y el otro, a los solos efectos de prestar el asentimiento requerido por el artículo 1320 CC, y lo harán en modo semejante, a efectos de la redacción del instrumento notarial, aunque en grado distinto, porque no entraña exactamente una supervisión, ni tampoco un complemento de capacidad²³, a lo que sucedería en la asistencia prevenida en el artículo 323 CC en el caso de disposiciones de bienes raíces por el menor emancipado, insistiendo en que no se está ante un problema de falta de capacidad²⁴, que recaería sobre el título, sino que la anomalía afectaría al modo, que podría hacer ineficaz la transmisión de la propiedad u otro derecho sobre la vivienda que permita a la familia habitarla, cuando se produjera la entrega.

La fórmula documental por la que se recoge el consentimiento de ambos cónyuges, prestado al mismo tiempo que el acto de disposición, puede ser todavía más clara y más precisa al redactar la escritura, como impele el artículo 148 del RNot: «el señor compareciente vende, con el consentimiento de su cónyuge»²⁵ la finca descrita, y continúa la exposición con las circunstancias habituales relativas de la finca: identificación, linderos, datos registrales, gravámenes, situación posesoria, etc. Bastaría esta fórmula para cumplir con la exigencia recogida en el aludido precepto.

Cuando el asentimiento se haya manifestado, como suele ser habitual en la experiencia de los estudios notariales, en el mismo acto de la venta, con la presencia de ambos miembros de la unión matrimonial, apenas se presentarán problemas, salvo,

²¹ En cuanto al tiempo lo normal es que la declaración sea simultánea a la disposición ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro. «Inscripción de bienes de ausentes, de los cónyuges y de la sociedad conyugal», *RCDI*, vol. 555, 1983, p. 281.

²² Vid. GOMÁ SALCEDO, Enrique. *Derecho notarial*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 93.

²³ Pese a que antiguamente se viera así por algunos sectores del notariado

²⁴ El consentimiento que se predica en el artículo 1320 CC no es complemento de capacidad, la cual no se encuentre limitada, sino que tiene el valor de autorización del negocio de disposición que pretende realizar el titular del derecho sobre el bien y, no es, en consecuencia, un elemento necesario para la validez del negocio en sentido estricto. Vid. ESPIAU ESPIAU, Santiago. *La vivienda familiar en el Ordenamiento...*, *op. cit.*, p. 167.

²⁵ ÁVILA NAVARRO, Pedro. *Formularios notariales*, T. II. *Compraventa y donación*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 220.

quizá, en los supuestos de asentimiento tácito o por actos concluyentes, que tanto *lexis* como *praxis* admiten unánimemente. El acto no será atacable *ex* artículo 1301 CC, al menos, por este motivo –la ausencia de asentimiento–, a salvo de que se pueda discutir, después, si el acto de disposición fue expresa o tácitamente confirmado por el cónyuge no titular, posibilidad que se desprende del artículo 1322 CC.

b) La prestación tácita del consentimiento por actos concluyentes

Concuerda la jurisprudencia en afirmar que «el consentimiento de un cónyuge puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio y también inferido de circunstancias concurrentes»²⁶. Uno de los casos más usuales sería encontrarse presente en el acto el titular de tal derecho y no mostrar, sin embargo, ninguna oposición²⁷. Esto suele ocurrir a veces y, si no se ha dejado constancia de ello en el momento del otorgamiento, podría alimentar suspicacias si después se pretendiese impugnar el acto dispositivo aduciendo que no se dio debidamente la conformidad²⁸.

Otros supuestos de asentimiento tácito a efectos de dar cumplimiento al artículo 1320 CC, aunque ya fuera del espacio físico del despacho notarial, podrían ser «acompañar al otro consorte a las actuaciones preliminares a la venta de la vivienda (enseñar el piso, medición del mismo, discusión del precio, etc.) sin manifestar oposición ninguna al respecto»²⁹, mostrar el piso al comprador, manifestar al conserje su intención de vender la casa y, además, fijar un cartel con tales intenciones en el portal del inmueble³⁰. No es suficiente, por el contrario, para ajustarse a lo dispuesto en el artículo 1320 CC, ni inferir hecha la manifestación del artículo 91 RH, que el domicilio del compareciente recogido en la escritura sea distinto de la vivienda que se está enajenando³¹.

²⁶ Vid. SS del TS de 13 de julio de 1945, 5 de julio de 1994 y 22 de diciembre de 1993.

²⁷ Cfr. SS de 29 de marzo de 1995 (RJ 2333) y 12 de abril de 1996 (RJ 2919).

²⁸ En estos casos, la mera presencia en la notaría, acompañando al cónyuge, probada después mediante declaración testifical del oficial del despacho, es suficiente para entender prestado el asentimiento del artículo 1320 CC (cfr. SAP Santa Cruz Tenerife de 12 de mayo de 2003).

²⁹ Cfr. BELDA SÁENZ, María del Carmen. «Notas para un estudio del artículo 1320 del Código civil español», *RDP*, abril 1985, p. 342.

³⁰ De estas circunstancias dedujo la SAP de Bilbao de 21 de septiembre de 1991 que el asentimiento se había prestado tácitamente.

³¹ Vid. RDGRN de 10 de noviembre de 1987.

c) El deslinde temporal entre asentimiento y acto de disposición

Que lo más común sea proceder de consuno, compareciendo ambos ante el notario, tampoco empece a que esta declaración de voluntad, incluida entre el tipo consentimiento-autorización, según la tipología elaborada por Manuel De la Cámara Álvarez³², se pueda prestar en momentos diversos, tanto de forma coetánea, como anticipadamente o, incluso, también en un momento ulterior, según se desprende de la consulta de diversos trabajos redactados por especialistas: «En cuanto al momento en que debe darse este consentimiento, –dice Elorriaga– puede ser otorgado previamente al acto, en el acto mismo, e incluso en forma posterior»³³.

Por esta razón, es habitual afirmar que «no hay inconveniente en que el consentimiento del cónyuge no titular, en orden a la disposición sobre la vivienda (...), se otorgue por separado»³⁴. El mero asentimiento al que refiere el artículo 1320.1.ª CC no tiene por qué recogerse en el mismo documento que contenga el negocio traslativo del dominio³⁵ o de otro derecho que desprovea de habitación al cónyuge no titular: bien podría darse antes o bien después porque la autorización notarial no conlleva, como sucede por antonomasia con el testamento, la exigencia de unidad de acto. Luego la disociación entre ambas declaraciones de voluntad, una, como parte contractual, disponiendo de la finca urbana, y otra, externa al negocio jurídico, simplemente asintiendo, es perfectamente posible.

Ambas declaraciones pueden sucederse temporalmente la una a la otra y la otra a la una en momentos cronológicamente totalmente distintos, como se puede deducir de las opiniones sostenidas, entre otros, por Rams Albesa, Gómez Laplaza y Díaz García³⁶. En efecto, no se advierten problemas en cuanto a la

³² La distinción consentimiento-asentimiento y consentimiento-codisposición aparece recogida en el ensayo, fruto de la pluma de DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. «El nuevo artículo 1413 del Código civil», *ADC*, 1959, vol. XII, n.º 2, p. 451.

³³ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. «La protección de la vivienda del matrimonio. Antecedentes y comentarios de la Ley 55 del Fuero Nuevo de Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 14, 1992, p. 191.

³⁴ Cfr. LETE DEL RÍO, cit. por PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. *Tratado de Derecho de familia*. T. V. Vol. 1.º *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 77.

³⁵ Vid. v.gr. RAMS ALBESA, Joaquín. «Comentario a los artículos 41 a 59», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* (Dir. J. L. Lacruz Berdejo y J. Delgado Echeverría), vol. 2.º, DGA, Zaragoza, 1993, p. 272.

³⁶ El «mero asentimiento (...) puede ser anterior, coetáneo o posterior a la celebración del negocio» (RAMS ALBESA, Joaquín. *Comentarios a la Compilación, op. cit.*, p. 272); «puede prestarse antes, coetáneamente o con posterioridad» [GÓMEZ LAPLAZA, Carmen y DÍAZ GARCÍA, Helena. *Leyes Hipotecarias*, 8.ª ed., Aranzadi, El Cano (Navarra), 2003, p. 299].

posibilidad de deslindar documentalmente el acto de disposición o gravamen o, en general, cualquier otro que entrañe el desapoderamiento del uso y disfrute de la vivienda³⁷, que prive de la posibilidad de habitar el inmueble³⁸, del asentimiento prestado por el cónyuge del titular de tales derechos.

No obstante, el grado de seguridad decrece cuando la perfección del negocio jurídico y el otorgamiento del asentimiento acontecen en dos momentos diferentes, y este modo de conducirse ameritaría alguna consideración adicional, en particular, hasta qué punto cabe adelantar o demorar el asentimiento del cónyuge no titular. Veamos, en primer lugar, qué sucede en el caso de que el asentimiento sobrevenga a la conclusión del negocio (*v.gr.* contrato de compraventa), después, hasta dónde cabría retrotraer la manifestación del asentimiento con carácter previo al acto de disposición, según el parecer de la comunidad científica y, finalmente, especularemos acerca de si cabe o no renunciar anticipadamente a esa facultad atribuida en el artículo 1320.1.^a del CC.

2. EL ASENTIMIENTO ANTICIPADO

a) La función de control o supervisión del asentimiento

Señala García Cantero, a propósito de la disposición de la vivienda familiar, que «si se trata, en cambio, de un bien privativo, el consentimiento exigido no es tal, sino que se trata de un asentimiento, en donde en definitiva se manifiesta la conformi-

³⁷ Se ha de estar frente a la «disposición de aquellos derechos que impliquen la pérdida de la facultad de ocupar la vivienda por el grupo familiar» [*Vid.* RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix. «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificación)», *RCDI*, vol. 553, 1993, p. 1609]. Deben ser, en definitiva, actos que puedan privar potencial o actualmente del hogar al otro cónyuge, razón por la cual no entraría en el ámbito de aplicación de este precepto la cesión de la nuda propiedad con reserva del usufructo «ad vitam» (*cfr.* BARCELÓ, *loc. cit.*, p. 76): tal es la opinión mayoritaria (LACRUZ, ALBALADEJO, DE LOS MOZOS, SANTOS BRIZ, GARRIDO CERDÁ; en contra se posicionan: ÁVILA y GIMÉNEZ DUART).

³⁸ De ahí que se discuta si la transmisión de la nuda propiedad con reserva de usufructo, que comporta el establecimiento de una carga, toda vez que permite al cónyuge del disponente, a otros miembros de la familia si los hubiere, entraría dentro del marco de actuación del artículo 1320 CC. Con buen criterio sostuvo LACRUZ que «la venta del alojamiento familiar por sólo el cónyuge propietario, si se hace con reserva de usufructo en provecho del cónyuge sobreviviente y la familia entonces conviviente no se contaría entre los actos de disposición para los que el artículo 1320 exige el asentimiento del consorte, por cuanto el interés del alojamiento familiar que se trata de proteger sigue estando asegurado con las mismas posibilidades» (LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de familia, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981. Fascículo segundo. Edición experimental*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 300).

dad con el acto ajeno, es un mecanismo de control respecto del negocio del que no se es parte»³⁹, opinión sentada por este Catedrático, a la que se han sumado la mayoría de autores⁴⁰, que enfatizan, asimismo, esa función supervisión o fiscalización del acto dispositivo sobre el bien ajeno, del lado de quien no ostenta dominio alguno sobre él⁴¹ pero puede verse claramente perjudicado al perder su morada o el lugar de su residencia.

Así, Garrido Cerdá sostiene que «se trata (...) de un derecho de control o una garantía que la ley confiere al cónyuge no titular, mediante su asentimiento para la validez del negocio dispositivo. Su falta produciría la anulabilidad»⁴². Para Muñoz de Dios, «se trata de un negocio jurídico de asentimiento, en virtud del cual el otro cónyuge manifiesta su conformidad al dispositivo»⁴³. Y recalca un poco más adelante que tiene una «función de control», así «el otro cónyuge se limita a examinar el acto dispositivo (...) a fin de comprobar si es beneficioso o perjudicial para los intereses de la familia»⁴⁴. En ambos casos –arts. 1320 y 96 CC–, apunta Moralejo Imbernón, «nos hallamos frente a un mero asentimiento de control. No hay codisposición sino que el cónyuge no propietario se limita a dar su aprobación al acto transmisivo, siendo la omisión (...) presupuesto necesario para la acción de anulabilidad»⁴⁵.

El parecer de un importante sector de la doctrina es que la prestación de esa licencia o autorización para disponer de la vivienda habitual no resulta viable de forma anticipada e inespecífica, pues para que el consentimiento-asentimiento sea admisible debería darse una emisión de voluntad plenamente informada y bien construida, que se otorgue a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, y no una concesión, anterior y en abstracto, por la que el titular de esa facultad se desentienda de antema-

³⁹ GARCÍA CANTERO, Gabriel. «Notas sobre el régimen matrimonial primario», *Documentación Jurídica, Monográfico dedicado a la reforma del Derecho de familia de 1981*. Vol. 1.º, enero a diciembre de 1982, vol. I, p. 299 a 312 (cit. p. 309).

⁴⁰ De «asentimiento del no propietario o, en su caso autorización judicial», habla también AMUNÁTEGUI en su reciente ensayo [cfr. AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia* (Coord. J. Rams Albesa), Dykinson, Madrid, 2010, p. 182].

⁴¹ LETE DEL RÍO: la hipótesis que contempla el artículo 1320 CC es aquella en que la titularidad (...) corresponde privativamente a uno solo de los cónyuges, pues si la titularidad fuese ganancial se aplicaría lo dispuesto en el artículo 1375 CC (cit. por PÉREZ MARTÍN, Antonio J. *Tratado...*, T. V, *op. cit.*, p. 74).

⁴² GARRIDO CERDA, Emilio. «Derechos de un cónyuge...», *AAMN*, p. 162.

⁴³ MUÑOZ DE DIOS MUÑOZ DE DIOS, Mariano. *La vivienda familiar...*, *loc. cit.*, p. 239.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ MORALEJO IMBERNÓN, Nieves. «La vivienda familia en situaciones de crisis matrimonial», *Revista Xuridica Galega*, vol. 33, 2001, p. 115.

no de cualquier decisión concerniente a la familia, lo que podría suponer una dejación de funciones.

Las circunstancias en que se realiza el concreto acto de disposición sobre la vivienda familiar y probablemente el estudio de los motivos que mueven o impulsan a adoptar dicha decisión –que también podrían ser totalmente inocuos, como por ejemplo el vender la vivienda familiar para poder, con el precio obtenido y algunos ahorros, comprar otra nueva– son esenciales a la formación del asentimiento *ex* artículo 1320.1.^a CC, como ha precisado en alguna ocasión el Tribunal Supremo: «el consentimiento debe recaer no sólo sobre la realización del acto mismo, sino también sobre las condiciones jurídicas y económicas en que se realiza el acto»⁴⁶.

«Parecería un sinsentido –nos traslada Elorriaga– que uno de los cónyuges autorizara al otro para disponer del lugar donde ellos viven, sin conocer el acto que se pretende realizar sobre él, y lo que podría ser más grave, las condiciones en que dicho acto se celebra»⁴⁷. Para Muñoz de Dios la función de control comporta examinar el acto dispositivo y sus circunstancias a fin de comprobar si es beneficioso o perjudicial para los intereses de la familia⁴⁸. En idéntico sentido subraya Sánchez-Rubio cómo el interés familiar es difícil de prever por anticipado, «su correcto ejercicio exigirá la ponderación personal de las circunstancias concurrentes en cada caso por parte del cónyuge llamado a consentir»⁴⁹. Y considera «recomendable que la decisión personal del llamado a prestar el consentimiento se realice con referencia a cada acto de disposición en particular»⁵⁰.

En cuanto a la forma de prestarse, de nuevo fundamenta Elorriaga que habrá de ser necesariamente ser un consentimiento específico. «Un consentimiento general no puede cumplir estas funciones, no protege al otro cónyuge de nada, el que está expuesto a que con un consentimiento sin mayores precisiones, se le despoje del lugar en el que ha morado, acaso, por toda la vida. Así, el destinatario del consentimiento general podría donar, o vender a un precio vil o dar en usufructo, todo lo que obligaría al grupo familiar a abandonar el hogar. Por ello el consentimiento debe ser específico»⁵¹.

⁴⁶ STS de 20 de mayo de 1991.

⁴⁷ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La protección...*, *loc. cit.*, p. 190.

⁴⁸ MUÑOZ DE DIOS, Mariano. *La vivienda familiar...*, *loc. cit.*, p. 239.

⁴⁹ SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo. «El régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón», *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, p. 57.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La protección...*, *loc. cit.*, p. 190.

En opinión de Muñoz de Dios: «el consentimiento tiene que ser específico», según titula el autor uno de los encabezamientos de su ensayo, «habrá de referirse a una vivienda concreta. No podrá ser general en cuanto a la vivienda, ya que la familia puede tener varias viviendas simultáneas, pero con el carácter de habitual, y sujeta a la normativa del artículo 1320 sólo cabe una⁵². «Si bien podrá ser general en cuanto a los actos dispositivos, ya que sobre dicha vivienda el cónyuge titular puede realizar una serie de actos»⁵³.

Como colofón de esta corriente de pensamiento, se podrían retomar las palabras de García Cantero, quien se preguntaba ya al poco de entrar en vigor la reforma: ¿Qué sentido tiene que después de mucho andar en la protección de la vivienda familiar se haya logrado una norma como ésta, para que mediante una autorización general se pase sencillamente sobre la misma?⁵⁴ Al redactar el epígrafe correspondiente en la obra de Castán señalaba que no creía que uno de los cónyuges pudiera dar al otro un consentimiento general para todos los actos dispositivos sobre la vivienda familiar habitual y su mobiliario, y, mucho menos, de forma irrevocable, pues ello significaría vaciar de contenido la protección del artículo 1320⁵⁵.

Una autorización preventiva con semejante antelación, anticipatoria de toda circunstancia concreta, es, en realidad, un cheque en blanco a favor del cónyuge titular para hacer con la vivienda familiar lo que le plazca; una prestación de asentimiento tan general, desvinculado de las circunstancias que rodean negocio, equivale, ciertamente, a una renuncia, tal vez no a prestar con propiedad el asentimiento, a «consentir», en el sentido de no mostrar oposición y, por ende, de permitir que se enajene la vivienda, pero sí a la facultad de supervisión y control que cabría ver ínsita en el artículo 1320 CC.

Ésta es la razón dada por un importante sector de la doctrina⁵⁶ que ve en la pérdida de especificidad un acto de renuncia o dejación de derechos, opinión que es compartida y desarrollada

⁵² MUÑOZ DE DIOS, Mariano. *La vivienda familiar...*, loc. cit., p. 240.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ GARCÍA CANTERO, Gabriel. *Notas sobre el régimen...*, loc. cit., p. 309.

⁵⁵ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral*. T. V. *Derecho de familia*. Vol. 1.º *Relaciones conyugales*, 10.ª ed., Reus, Madrid, 1983, p. 336.

⁵⁶ «Un consentimiento que no sea específico supondría la dejación o renuncia de este derecho, que hoy por hoy es considerado irrenunciable» (ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La protección de la vivienda del matrimonio...*, loc. cit., p. 190) «(...) sin que puedan admitirse consentimientos generales, lo cual supondría, indirectamente, una renuncia o dejación del derecho establecido en el artículo 70 del Código civil, que creo es irrenunciable» (GARRIDO CERDÁ, Emilio *Derechos de un cónyuge...*, loc. cit., p. 162); y «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *RDN*, vol. 115, 1982, p. 107.

por Sánchez-Rubio: «la práctica usual de conferir un poder general, aunque comprensivo de esta misma facultad, para que el propio cónyuge preste el consentimiento, entrañará de hecho una auténtica renuncia pues en definitiva se hace concurrir en la misma persona dos posiciones incompatibles, en tanto que la facultad conferida a una de ellas tiene por finalidad precisamente controlar un acto de la otra»⁵⁷.

b) El apoderamiento general y recíproco entre cónyuges

Dentro de este marco general, relacionado directamente con el asentimiento del artículo 1320 CC, es de interés preguntarse hasta qué punto un consentimiento de carácter más general, como pudiera ser el conferido para disponer autónoma y libremente de los bienes gananciales –para cuya enajenación, se ha de entender que con carácter supletivo, pues se admite con cierta frecuencia el pacto en contrario, como se tendrá ocasión de comprobar acto seguido⁵⁸– es preciso contar con un consentimiento específico o si, por el contrario, el general, dado al amparo del artículo 1375 CC, podría subsumir el asentimiento necesario para que el título dispositivo por el que se enajene la vivienda habitual de la familia no fuese anulable.

La cuestión que se debate en torno a lo que se ha dado en llamar la «especificidad» del asentimiento, recogido en el artículo 1320 del CC, se refiere, como bien precisa Rodríguez López, a «si ha de ser consentimiento «para disponer de la vivienda familiar» o si, por el contrario, cabe arbitrarlo o entenderlo subsumido en otras fórmulas concebidas en términos generales, como en el otorgado para enajenar bienes gananciales»⁵⁹. Si el consentimiento para disponer de la vivienda familiar es o no especial y específico y, por tanto, exigible también en los gananciales, no es un asunto puramente doctrinal, sino de una enorme trascendencia práctica. En una hipotética respuesta afirmativa, no bastaría el consentimiento o el poder

⁵⁷ SÁNCHEZ-RUBIO, Alfredo. *El régimen de la vivienda...*, op. cit., p. 57.

⁵⁸ De consultar un manual de práctica notarial, de uso bastante extendido entre los profesionales de este antiguo oficio, en el capítulo –consentimientos y autorizaciones– encontraríamos la siguiente fórmula para insertar en apartado correspondiente de la escritura pública: «el Sr. compareciente presta su consentimiento a su citada esposa, que es mayor de edad, y de su misma vecindad y domicilio, para que pueda realizar actos de administración o de disposición a título oneroso sobre toda clase de bienes de la sociedad de gananciales entre ambos cónyuges, y para pedir y obtener copias de esta escritura» (ÁVILA, Pedro. *Formulario notarial*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 122).

⁵⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix. *Notas sobre la vivienda...*, loc. cit., p. 1614.

general, total y amplísimo que –con mucha frecuencia– los cónyuges se otorgan recíprocamente respecto a la gestión de los bienes comunes y a los privativos de cada uno de ellos; se exigiría, además, un consentimiento *sui generis*, especial y concreto en este caso⁶⁰.

Este poder sería eficaz a la hora de llevar a cabo actos dispositivos sobre bienes comunes bajo la sociedad de gananciales para los que es necesario el consentimiento de ambos cónyuges, según el artículo 1377 CC que recoge un caso de consentimiento-disposición a diferencia, según pacífica opinión doctrinal, del consentimiento-asentimiento del artículo 1320 CC, a la vista de la tipología pergeñada por De la Cámara⁶¹, cuando dicha vivienda es de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges, sea privativa, rigiendo la sociedad de gananciales, o propia, bajo el régimen de separación absoluta de bienes.

En coherencia con esa singularidad requerida para un acto sobre un bien concreto, la vivienda familiar, la mayoría de los autores que postula la especificidad del asentimiento *ex* artículo 1320 no ve tampoco con buenos ojos que otra suerte de apoderamiento, distinto del otorgado para ese supuesto determinado, pueda contener el permiso necesario que el artículo 1320 CC exige, pues se está ante consentimiento de naturaleza jurídica diferente. Si se prestara por este cauce, acarrearía nuevamente la anulabilidad del contrato así celebrado por medio de representante, según ha detallado Rodríguez López.

Este autor sostiene que hay un consentimiento para la disposición de gananciales y otro diferente para la disposición de la vivienda habitual⁶², de lo que extrae la siguiente consecuencia práctica: si un cónyuge enajena la vivienda familiar, sea ésta privativa o común, haciendo uso del consentimiento general que, para disponer de los gananciales, le tenía otorgado su consorte, el acto seguiría siendo anulable conforme a los artículos 1320 y 1322⁶³. La inidoneidad del apoderamiento general a tal fin, que nunca puede sustituir a ese asentimiento específico, acarrearía las mismas consecuencias jurídicas que si la enajenación nunca se hubiera consentido. No obstante, los juicios doctrinales acerca de esta cuestión tan compleja son variados y muy dispares.

⁶⁰ Vid. GARCÍA-GRANERO, Juan. *Op. cit.*, p. 14.

⁶¹ Vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *El nuevo artículo 1413...*, *loc. cit.*, p. 451.

⁶² Cfr. en sentido similar, RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos...*, *op. cit.*, p. 130.

⁶³ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix. *Notas sobre la vivienda...*, *loc. cit.*, p. 1615.

a) De un lado, se ubicaría el parecer de Álvarez-Sala Walter: «el consentimiento para disponer de la vivienda habitual y muebles de uso ordinario de la familia, que exige el artículo 1320, no puede inducirse de otro consentimiento que no tenga este específico objeto», puesto que la imperatividad de dicho precepto «reclama transparencia en las declaraciones de voluntad»⁶⁴. «El consentimiento del artículo 1320 debe ser –por tanto– especial y específico [y] no puede –dice Elorriaga– subsumirse en consentimientos generales»⁶⁵. Tampoco «un poder general (*v.gr.* para venta) garantiza de forma cualificada, como pretende todo el sistema de protección de la vivienda familiar, el consenso de los cónyuges en el acto dispositivo»⁶⁶; habrá de entenderse que menos todavía «a fortiori», el llamado «poder mercantil», cuya amplitud es aún mucho mayor según la DGRN⁶⁷.

Garrido Cerdá se manifiesta así: «El consentimiento habrá de ser especial, para cada caso concreto, sin que puedan admitirse consentimientos generales (...) cuando la vivienda tenga carácter ganancial, el consentimiento especial del artículo 1320 no puede considerarse concedido ni embebido en el consentimiento general que, para disponer de bienes gananciales, hubiere sido concedido a su titular por el otro cónyuge»⁶⁸. Ésta parece ser la opinión dominante entre los teóricos y prácticos del Derecho privado aunque existe una amplia gama de grises cuyos matices habría que entrar, primero, a desgranar y, luego, a valorar con un mayor detalle.

b) Otro sector sí admite, por el contrario, la posibilidad de la prestación anticipada del consentimiento, como ya se ha apuntado con carácter general, lo que no niega, en mi opinión, el carácter específico que se exige desde el punto de vista del objeto entendido como una licencia para disponer de derechos concernientes no a cualquier bien de la economía doméstica, sino, concretamente, a la vivienda familiar, que es merecedora de una tuición especial. Pero este modo de proceder sí impide, por el

⁶⁴ ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan José. «Aspectos imperativos de la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», *RDN*, 1981, n.º 2, p. 19.

⁶⁵ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La protección de la vivienda del matrimonio...*, *loc. cit.*, p. 190.

⁶⁶ GARCÍA DE BLAS, M.^a Luisa. «La vivienda familiar en situaciones de normalidad y de crisis», en GARRIDO MELERO, Martín, y FUGARDO ESTIVILL, Josep María. *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 228.

⁶⁷ El «poder mercantil» incluye toda clase de actos u operaciones que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico normales de la empresa [RDGRN de 24 de octubre de 1986 (RJ 1986/6069) y 14 de marzo de 1996 (RJ 1996/1855)]. Será muy raro, por tanto, que la vivienda familiar entre dentro de su ámbito de actuación.

⁶⁸ GARRIDO CERDÁ, Emilio. «Derechos de un cónyuge...», *AAMN*, p. 162.

contrario, que el cónyuge no titular conozca y valore las circunstancias concurrentes o circundantes al acto.

Así, sostiene p. ej. Herrero García que el carácter imperativo del artículo 1320 CC «no es tampoco obstáculo a que pueda otorgarse –mientras el consentimiento sea específico y concierne a la enajenación de la vivienda familiar– de forma preventiva, siempre que haya certeza de que tal consentimiento se proyecta sobre los actos de disposición de la vivienda habitual»⁶⁹. Ahora bien, el hecho de estimar lícito este cauce de prestación del asentimiento supone realizar una abstracción de las circunstancias del caso concreto, pues éstas necesariamente no se habrán producido todavía y, por ende, no pueden ser conocidas por el asistente, a diferencia de cuanto sucede con la ratificación que, en su calidad de licencia *ex post*, no se podría ignorar sin faltar a las exigencias de la buena fe.

c) Aunque minoritaria, también existe una corriente doctrinal, encabezada por García-Granero –autor muy crítico con el sistema procedente de la Ley 11/81, y uno de los pocos que sostiene la innecesariedad de un consentimiento específico⁷⁰– que defiende la posibilidad de que el asentimiento *ex artículo 1320 CC* pueda subsumirse en una autorización de carácter más general, como pudiera ser un poder notarial para venta o en un apoderamiento recíproco y general –cada día de uso más común y extendido⁷¹– para proceder a la enajenación de todos los bienes del consorcio, a través de una actuación no mancomunada sino solidaria –similar a la de un consejo de administración–, de modo que sus dos miembros pudieran indistintamente gravar o disponer de los bienes gananciales actuando por separado.

Está fuera de dudas que este autor, notario de profesión, es quien ha configurado la prestación del consentimiento requerido por la Ley 55 FNN –léase artículo 1320 CC en nuestro caso– de la forma más amplia posible, al entender que «podrá ser otorgado previamente al acto de disposición, en este mismo acto e, incluso, a posteriori» y en el supuesto de operar preventivamente, podría haber sido concedido con carácter especial para un

⁶⁹ HERRERO GARCÍA, María José. *Comentario...*, *op. cit.*, pp. 590-91.

⁷⁰ *Vid.* GARCÍA-GRANERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones...*, *op. cit.*, 1990, p. 201.

⁷¹ «Se patentiza una vez más la igualdad, la no discriminación de los menores, y la autonomía, no es descabellado pensar que frente a la necesaria actuación conjunta de los cónyuges en los actos dispositivos pueda acudir a la solidaridad, lo que tampoco es infrecuente mediante la concesión de recíproco poder general o especial al efecto entre los cónyuges o convivientes» (SERRANO DE NICOLÁS, Angel. «Las nuevas orientaciones del Derecho civil y su referente al Notariado», *La Notaría*, vol. 11-12, 2004, p. 44).

acto concreto o, en términos generales, salvo que fuese innecesario, por renuncia o previa exclusión en capítulos, en cuyo caso llega a considerarlo irrevocable⁷².

Ese planteamiento, tan innovador e interesante como arriesgado, merece una transcripción *ad littera*: «contra la opinión de algunos comentaristas, considero que el consentimiento exigido por el artículo 1.320 del Código civil (y lo mismo el de la ley 55 del FN) no es un consentimiento especial ni específico. No es especial porque, según se verá, puede ser otorgado en términos generales. Y, sobre todo, no es específico en el sentido de que deba ser prestado además de otro que la ley pudiera exigir»⁷³.

Debe añadirse que esta parece ser, en realidad, la tesis acogida en su día por el Tribunal Supremo, aunque sin llegar a entrar en el fondo del asunto, en la interesante Sentencia de 8 junio de 1993⁷⁴ y también la asumida por el Centro Directivo, cuando en su Resolución, algo antigua ya, de 17 de diciembre de 1987, se afirmaba que el apoderado, siendo un tercero, tenía potestad para declarar que el inmueble privativo entonces enajenado no constituía la vivienda habitual de la familia (art. 91 RH), sin que exigiera que fuera la esposa quien compareciese personalmente en la notaría para realizar la declaración que prescribe el artículo 1320.1.^a CC⁷⁵.

⁷² Cfr: GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Coord. F. Sancho Rebullida). T. XXXVI, Vol 1.º *Leyes 42 a 81 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 2005, p. 15/25, consultada a través de VLex.

⁷³ GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan. *Op. cit.*, p. 13 (VLex).

⁷⁴ El caso tratado por esta resolución sería el siguiente: una pareja contrae matrimonio rigiéndose por la sociedad de gananciales. Con el tiempo, disuelven la comunidad, pactan separación de bienes y acuerdan, en esos mismos capítulos matrimoniales, conferirse recíprocamente amplios poderes de disposición sobre todos los bienes existentes, lo que, en principio, debería incluir, también la vivienda familiar. Al marido le van mal los negocios y, en virtud de dicho poder, que exhibe al notario, hipoteca la vivienda, atribuida en la liquidación a la esposa, para hacer frente a las deudas empresariales. La mujer alega después que el inmueble constituía la vivienda habitual de la familiar y no se ha recabado su asentimiento (art. 1320 CC) por lo que impugna el acto de gravamen (art. 1322 CC).

En el FD 4.º parece que el TS admite la posibilidad de que quepa ver subsumida la licencia para disponer de la vivienda familiar en un poder general de disposición: «No violan el artículo 1326 los cónyuges que otorgan libremente capitulaciones matrimoniales cambiando en ellas su régimen patrimonial, que al atribuir a la esposa la propiedad de la casa no impide que ésta autorice al esposo que pueda disponer de la misma aunque constituyere vivienda habitual de la familia (...)». Sin embargo, en el curso del pleito no se logra acreditar el carácter familiar de la vivienda y esta es la razón de que decaiga la acción *ex artículo* 1322 CC [Vid. STS de 8 de junio de 1993 (RJ 4466)].

⁷⁵ Si se apodera para vender, se apodera también para cumplir con todos los requisitos necesarios para proceder a la venta, lo que comprende realizar la declaración de voluntad precisa para dar cumplimiento al artículo 91 RH [cfr: RDGRN de 17 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9718)]; este camino conduce a que el apoderamiento general entre cónyuges –aunque el apoderado en este caso fuera un tercero– para llevar a cabo actos de

c) **¿Es posible prestar tal asentimiento en capítulos prematrimoniales?**

Esta última corriente de opinión tampoco halla impedimentos serios a que la licencia para que disponga de la vivienda habitual quien en realidad es su dueño, aunque haga de ella su contribución al levantamiento de las cargas comunes⁷⁶, se incluya entre el clausulado de los capítulos matrimoniales. Así, en opinión de Lucini Casales, el asentimiento del cónyuge no titular «puede ser prestado preventiva y genéricamente, incluso con el alcance relativamente irrevocable que permiten las capitulaciones matrimoniales»⁷⁷. En sentido semejante se expresa Belda Sáenz, autora que se pregunta, en primer término: ¿cabe que éste –el cónyuge no titular– haya consentido previamente, en capitulaciones matrimoniales la disposición sobre el hogar efectuada por el otro cónyuge)?⁷⁸.

Se responde a sí misma que tal asentimiento, cuya constancia se halle expresa en capitulaciones, debe «considerarse válido a todos los efectos, pues el hecho de que se preste con antelación no invalida su carácter de auténtico consentimiento, ya que el cónyuge que lo otorga lo hace en virtud del principio de autonomía de la voluntad que informa todo nuestro ordenamiento, como queda recogido en el artículo 1255 del Código civil». La ponente encuentra, luego, cierto apoyo, en el 1325 CC, en el que dice quedar «reflejada la amplitud de posibilidades de que se dota a los otorgantes a la hora de acordar cuál ha de ser el régimen económico de su matrimonio»⁷⁹.

Para buena parte de los autores, los reparos de mayor calado estriban en que la naturaleza típicamente contractual de la estipulación capitular, dentro de este estatuto económico básico que representa el régimen matrimonial, haría irrevocable el asentimiento prestado de esta forma, en virtud del artículo 1331 CC. Dicha irrevocabilidad encontraría un fundamento más general en el artículo 1256 CC, aplicable al llamado antiguamente «contrato de bienes con ocasión del matrimonio» –debido a la influencia del «*contrat du mariage*» francés– merced a la remi-

riguroso dominio pueda comprender igualmente la prestación del asentimiento recogido en el artículo 1320.1.ª CC,

⁷⁶ LASARTE lo entiende como «un *minimum* de contribución del cónyuge propietario (del mismo) a las cargas del matrimonio» (LASARTE, Carlos. *Curso de Derecho patrimonial*, 15.ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, p. 141).

⁷⁷ LUCINI CASALES, Ángel. «La vivienda familiar en el régimen del Código civil reformado», *RCDI*, 1990, vol. 596, p. 108.

⁷⁸ BELDA SÁENZ, María del Carmen. *Notas para un estudio...*, *loc. cit.*, p. 341.

⁷⁹ BELDA SÁENZ, María del Carmen. *Notas para un estudio...*, *loc. cit.*, p. 342.

sión expresa que el artículo 1335 CC hace a las reglas generales de los contratos. A pesar de que dicho precepto sólo se refiera a la invalidez, da a entender implícitamente la naturaleza contractual de los capítulos, a lo que también contribuiría la misma topografía del Código que sitúa su disciplina legal en el Libro IV⁸⁰.

Expongamos acto seguido las objeciones y tratémoslas de estudiar después. Afirma Herrero García: «No cabe (...) un consentimiento otorgado en capitulaciones de forma irrevocable. El carácter imperativo del artículo 1320 (en conexión con el artículo 70 CC) lo convierte en una limitación al principio de libertad capitular que no puede ser derogado por la voluntad de los cónyuges»⁸¹. «Pensamos –dice Elorriaga– que el consentimiento para enajenar o disponer de la vivienda familiar, no puede constar en las capitulaciones matrimoniales. Ello por dos razones. En primer lugar eso transformaría el asentimiento en irrevocable, con lo que se estaría renunciando o dejando sin aplicación una ley imperativa como la Ley 55 (art. 1320 CC), cosa que no es posible»⁸². Pasemos ahora a analizarlas.

Nadie pone en duda el carácter contractual de los capítulos matrimoniales. Así se ha afirmado tradicionalmente (Manresa y Navarro, Sánchez Román, Valverde) y ese posicionamiento no ha sido cuestionado a día de hoy por la doctrina moderna (Lacruz, De los Mozos, Gete-Alonso)⁸³. Por todos, afirma Cerdá Gimeno que «los capítulos consistentes en convenios tendrán la eficacia propia de los contratos (arts. 1091, 1255, 1258, 1278 CC), tanto la eficacia directa vinculante entre los otorgantes, como la eficacia indirecta y refleja respecto a los «terceros» afectados por tales pactos (p. e. los hijos nacerados)»⁸⁴.

Ahora bien, a pesar de su naturaleza contractual y al margen del contenido típico, que viene dado por la estipulación capitular propiamente dicha, se admite por igual que los capítulos recojan otras manifestaciones que carezcan de dicho carácter, como acer-

⁸⁰ Vid. AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. «De las capitulaciones matrimoniales», en VV.AA. *Comentarios a las reformas de Derecho de familia*. Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1565; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. «Del régimen económico matrimonial. De las capitulaciones matrimoniales», *Comentario del Código civil*. T. II. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 613]; con anterioridad a la Ley 11/1981, la doctrina dominante también lo apreciaba así, y podría fundarse igualmente en la analogía (art. 4.1 CC) (GARCÍA CANTERO, Gabriel. en Castán, *op. cit.*, p. 326).

⁸¹ HERRERO GARCÍA, M.^a José. *Comentario...*, *op. cit.*, p. 591.

⁸² ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La protección...*, *loc. cit.*, p. 191.

⁸³ Vid. BAYOD LÓPEZ, Carmen. *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1995, p. 15.

⁸⁴ CERDÁ GIMENO, José. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. Albaladejo). T. XXXI. Vol. 2.º. *Arts. 66 a 86 de la Compilación de Baleares*, Edersa, Madrid, 1981, p. 72.

tadamente dio en precisar Lacruz Berdejo al distinguir en su seno el «instrumentum» del negocio capitular⁸⁵. Entre la citadas declaraciones cabría mencionar un elenco muy variado pactos⁸⁶, sobre todo en las regiones forales⁸⁷, así como los denominados «protocolos familiares»⁸⁸, calificados por Lamarca como «un nuevo «producto legal» que ofrecer a los clientes particulares⁸⁹, que han hallado recientemente buen caldo de cultivo en el documento que contiene las capitulaciones matrimoniales.

Podría, asimismo, configurarse la concesión recíproca del consentimiento prestado para disponer indistintamente de bienes comunes o el asentimiento exigido en el artículo 1320 CC en capitulaciones, al igual que se documentan los citados acuerdos, dado que este tipo de pactos no constituyen, en puridad, estipulaciones capitulares. Por tanto, aunque se admite que puedan quedar recogidas en el mismo instrumento que los capítulos, ello no supone que se les haya de dotar de eficacia contractual ni tenerse, en ningún caso, por irrevocables, si bien es cierto que la atribución de poderes irrevocables –dicho sea de paso– también se ha venido admitiendo por la doctrina y jurisprudencia españolas⁹⁰.

Se trata, en realidad, de aprovechar la escritura pública que contiene los capítulos (art. 1327 CC), para incorporar una autorización (art. 71 CC), de sustancia tal vez más próxima a la de un poder notarial⁹¹ y cuya eficacia frente a tercero requiere de

⁸⁵ Los capítulos matrimoniales se pueden bifurcar en dos planos: uno formal, que se corresponde con el *instrumentum* –la escritura pública notarial–; y un plano material, que corresponde al negocio capitular: la estipulación capitular (RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos...*, *op. cit.*, 2010, p. 135; y BAYOD LÓPEZ, María del Carmen. *Sujetos de las capitulaciones...*, *op. cit.*, p. 30).

⁸⁶ Vid. MORENO-TORRES HERRERA, M.ª Luisa. «Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales», *RCDI*, vol. 634, 1996, pp. 898 a 901.

⁸⁷ El negocio capitular se presenta así como el contenido propio de la escritura de capítulos (...). Ahora bien las capitulaciones matrimoniales en cuanto instrumento pueden albergar un variado contenido: todos aquellos negocios jurídicos patrimoniales que pueden constar en escritura pública (compraventa, donaciones, constitución de dote, etc.); negocios jurídicos de carácter familiar (ejercicio de la patria potestad, reconocimiento de hijos no matrimoniales...) y pactos sobre la sucesión futura, en la medida en que sean admitidos por el ordenamiento (vid. BAYOD LÓPEZ, María del Carmen. *Sujetos de las capitulaciones...*, *op. cit.*, p. 31).

⁸⁸ Cfr. algunos de los pactos concretos que se pueden incluir en ellos en BALLESTER COLOMER, Juan Enrique, «El protocolo familiar», en el *Nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* (Dir. J. M.ª Navarro Viñuales), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 200 y ss; y SERRANO GÓMEZ, Eduardo, «Los protocolos familiares», *Autonomía de la voluntad...*, *op. cit.*, pp. 380 y ss.

⁸⁹ LAMARCA, Albert; FARNÓS, Esther; AZAGRA, Albert y ARTIGOT, Mireia. «Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña: ¿Un modelo pacífico sujeto a cambio?» *InDret*, 2003, n.º 4, p. 18.

⁹⁰ Aunque no en casos como el aquí descrito (cfr. p. ej., STS de 6 de marzo de 1967, 6 de mayo de 1968 o 21 de octubre de 1980) y *vid.*, con carácter general, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. *El poder irrevocable*, Bosch, Barcelona, 1998.

⁹¹ «Pensamos que el pacto en capitulaciones debe entenderse, a lo más, como un apoderamiento específico revocable del concedente» (GARCÍA DE BLAS, M.ª Luisa. *La vivienda familiar en situaciones...*, *op. cit.*, p. 229).

esta forma pública (ex artículo 1280.5.^a CC), para asentir una disposición que de ordinario se documentará de igual manera. Al margen del contenido propio de las capitulaciones –diseñar el régimen patrimonial del matrimonio– se incluirá otro negocio jurídico, esta vez de apoderamiento sirviéndose a tal fin de la amplitud que confiere el artículo 1325 CC *in fine*: «cualesquiera otras estipulaciones por razón del mismo (del matrimonio)», inciso que se debe entender como comprensivo de otras declaraciones de voluntad distintas de la estipulación capitular y, entre ellas, también de la que ahora se comenta.

Es cierto que la STS 7 febrero 1997 afirma que no hace falta que el apoderamiento conste por escrito, que el mandato, es decir, poder, expreso o especial puede darse tanto por escrito como de forma verbal⁹², aseveración ésta que se halla, por lo demás, en plena coherencia con el artículo 1710.2.^a prop. CC⁹³. Sin embargo, para desplegar eficacia frente a terceros, verbigracia el adquirente de la vivienda habitual, y contar con un medio privilegiado de prueba, en la tesitura de que se ponga en duda si se llegó o no finalmente a prestar tal asentimiento –y casos problemáticos se han planteado ante los Tribunales– es preferible, o al menos deseable, que quede constancia de la autorización en un documento público.

Quizá estas razones hayan animado al legislador valenciano a eliminar el llamado «consentimiento tácito», perfectamente posible, como ya se ha tenido ocasión de comprobar en otro apartado de este trabajo y ponía de relieve la jurisprudencia, haciendo que éste se tenga que prestar por escrito, algo que se deduce del artículo 16 de la Lremv⁹⁴, al exigir que conste necesariamente en el mismo documento que recoja el acto de disposición o gravamen. Tal vez con dicha exigencia se haya pecado de exceso de rigor, pues no se resiente la seguridad jurídica con la disociación entre el consentimiento contractual, prestado por el cónyuge titular de la vivienda habitual, y el asentimiento, otorgado a modo de autorización o licencia por su consorte en el marco del artículo 1320 CC.

⁹² En el caso concreto se estudiaba la subsistencia y virtualidad de un poder dado para disponer de bienes gananciales [*cf.* STS de 7 de febrero de 1997 (RJ 663)].

⁹³ «El mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra (...)» (art. 1710 CC).

⁹⁴ *Vid.* ATIENZA NAVARRO, Luisa. «La vivienda habitual de la familia», en *El régimen económico matrimonial de la Comunidad valenciana* (Coord. M.^a Dolores Mas Badía), Tecnos, Madrid, 2010, p. 148.

d) La autorización en escritura separada

Pero si existe el temor de que se produzca la confusión entre una figura y otra, cuyo objeto aparece bien establecido y diferenciado, podría otorgarse ese apoderamiento en escritura separada, al margen de los capítulos, para delimitar con exactitud su alcance, precisar qué actos dispositivos o de gravamen se autorizan y, en su caso, cuáles no o, en general, dar cualquier instrucción que se considere pertinente al apoderado, a lo que faculta lo dispuesto en el artículo 1719 CC. De este modo, con la separación documental, se subrayaría muy particularmente la revocabilidad de la autorización, quizás para evitar cualquier género de dudas acerca de la naturaleza jurídica no contractual de esta licencia, aunque, como he subrayado hace un momento, no estimo necesario, ni mucho menos imprescindible, acudir a este modo de proceder.

Creo, eso sí, que ésta es una posibilidad perfectamente válida para prestar ese asentimiento *ex* artículo 1320 CC también de modo anticipado. Desde luego, acudir al poder notarial cubre toda legitimación para realizar actos dispositivos y facultaría al apoderado, si así se hace constar expresamente, para disponer de la vivienda habitual. Posiblemente la declaración del cónyuge no titular, a través de una escritura separada, garantice de manera más «visible» la inmediata revocabilidad del asentimiento a juicio del poderdante –*ad nutum* y en cualquier momento– mientras la revocación llegue a tiempo a conocimiento del apoderado, esto es, antes de que haya concluido el negocio jurídico dispositivo.

Dicho poder habría de configurarse, a juicio de Pérez Martín, como un «poder especial y expreso a favor del disponente, en el que se haga constar la vivienda de la que se pretende disponer y el tipo de de negocio mediante el cual se va a efectuar la disposición, así como las condiciones esenciales de aquel»⁹⁵, un vehículo de prestación del asentimiento tan libre, deliberado y consciente, como si se hubiera concurrido al acto del otorgamiento. Piensa De Blas «que, si bien el consentimiento puede prestarse con carácter previo, el poder debe especificarse que incluye los actos de disposición sobre la vivienda habitual; teniendo en cuenta que el poder puede incluir bienes que en el momento de otorgarse el documento no tienen el carácter de vivienda habitual y en el momento de hacerse uso del poder tengan esa cualidad»⁹⁶.

⁹⁵ PÉREZ MARTÍN, Antonio J. *Tratado...* T. V, *op. cit.*, p. 77.

⁹⁶ GARCÍA DE BLAS, M.^a Luisa. «La vivienda familiar en situaciones...», *op. cit.*, p. 228.

No habría inconveniente, como tampoco lo hay en emplear la escritura que contenga los capítulos matrimoniales⁹⁷, en que en el mismo poder que faculta para disponer de los bienes gananciales, se incluyera una cláusula que específicamente apoderara para realizar actos de riguroso dominio sobre la vivienda habitual de la familia. Igualmente, cualquier otro negocio jurídico dispositivo celebrado en virtud de tal apoderamiento que tuviera por objeto este bien de la economía doméstica, dotado de especial protección por el Código, tendría que ser considerado inatacable y no sujeto a impugnación en virtud de los artículos 1300 y ss. de este mismo texto normativo.

Así lo ha entendido también el notario Garrido de Palma cuando sostiene que «distinto –de la renuncia– es el consentimiento preventivo que expresamente cabe plasmar en la escritura pública de consentimiento (y poder) general que frecuentemente con carácter recíproco se otorgan los cónyuges», aunque, insiste en la especificidad de esa autorización al enfatizar que ese consentimiento tiene que constar expresa e indubitadamente porque se trata de un consentimiento «ad hoc», exigido especialmente por la Ley para un supuesto fáctico determinado: el del artículo 1320 CC⁹⁸.

3. LA PRESTACIÓN POSTERIOR DEL ASENTIMIENTO: UN APUNTE

¿Es posible que un fedatario público autorice un documento en el que falte uno de los requisitos necesarios para la validez (o mejor dicho eficacia)⁹⁹ del acto o negocio jurídico que en cuestión se celebre? ¿Podría autorizarse una escritura pública en la que se vendiera la vivienda que constituye el domicilio conyugal sin haber recabado previamente el asentimiento estatuido en el artículo 1320.1.º CC o, por el contrario, se ha de denegar la función

⁹⁷ Precisamente porque no existen objeciones de fondo a que en el mismo documento notarial se contengan estipulaciones capitulares y no capitulares (vid. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael. «Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código civil», *RCDI*, vol. 526, jun. 1978, p. 495). La mejor doctrina es la elaborada por Lacruz, que sentó cátedra en su trabajo LACRUZ BERDEJO, José Luis. «Capitulaciones matrimoniales y estipulación capitular», en *Estudios de Derecho Privado común y foral*. T. II. *Familia*, Reus, Madrid, 1962, pp. 3 a 56.

⁹⁸ Vid. GARRIDO DE PALMA, Víctor M. «Capitulaciones matrimoniales y régimen económico matrimonial», en DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado*. T. IV. *Familia*. Vol. 1.º Civitas-Consejo General del Notariado, Madrid, 2001, p. 233.

⁹⁹ Cfr. ESPIAU ESPIAU, Santiago. *La vivienda familiar en el Ordenamiento...*, op. cit., p. 167.

pública notarial por expresa imposición del artículo 145 RNot¹⁰⁰, que impide al fedatario autorizar el instrumento en obsequio al control de legalidad que le encomienda custodiar dicha norma?

Siempre he creído razonable que se pudiera autorizar el documento a la vista de las disposiciones generales relativas al régimen general descrito para la anulabilidad, disciplina de invalidez contractual que la *communis opinio* doctrinal entiende concurrente en un supuesto como el anterior¹⁰¹. Pero, en particular, y después de consultar el artículo 169 RNot, en aquella parte que subsiste hoy en vigor, tras la reforma del RD 45/2007¹⁰², el convencimiento se ha reforzado considerablemente: «Cuando para la plena eficacia del acto o negocio jurídico que se pretenda formalizar, sea precisa la concurrencia del consentimiento del cónyuge o conviviente no intervinientes, el notario podrá autorizar el documento siempre que, haciendo la oportuna advertencia a las partes, éstas insistieren en ello y prestaren su conformidad, todo lo cual se consignará expresamente conforme al artículo 164».

Según Gomá Salcedo, «con arreglo a este precepto, si el consentimiento que no concurre es del género «asentimiento» puede el acto autorizarse como tal a pesar de su falta, con las cautelas y advertencias indicadas, pero estimando plenamente constituido y, al menos por el momento, eficaz, el negocio autorizado¹⁰³. Se puede, sí, pero con las debidas precauciones, esencialmente las contenidas en el artículo 164 Rnot., o sea, dejando la eficacia del acto diferida a un instante posterior, aunque no se sepa a ciencia cierta si llegará o no, siempre y cuando los posibles perjudicados, conscientes de la impugnabilidad del acto dispositivo sobre la vivienda habitual, estén de acuerdo con este modo de actuar.

Puede, entonces, redactarse la escritura de compraventa de la vivienda familiar a sabiendas de que el inmueble enajenado se reputa como tal sin que demorar la comparecencia a un momento posterior sea considerado una falta que atente directamente contra la misma validez del acto o negocio autorizado, pues como acertadamente señala, la doctrina¹⁰⁴, la prestación de un

¹⁰⁰ En la maltrecha redacción que ha quedado subsistente tras la S. de la Sala 3.ª del TS de 20 de mayo de 2008 (RJ 3491).

¹⁰¹ *Vid. infra*, pp. 1697 y ss. de este mismo trabajo.

¹⁰² Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944.

¹⁰³ GOMÁ SALCEDO, *Derecho notarial, op. cit.*, p. 94. «Por el contrario, si este consentimiento ausente es de la clase «codisposición», el negocio no puede autorizarse como tal porque –dice el autor– es inválido, o mejor dicho, inexistente, al no haberse completado uno de los requisitos esenciales cual es el consentimiento» (Ibid.)

¹⁰⁴ Por todos, MÁRQUEZ MUÑOZ acepta tanto el consentimiento anticipado como la ratificación posterior (cfr. «Resumen de algunas normas del Código civil», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, vol. 180, junio 1982, p. 525).

asentimiento posterior no es, en cierta medida, sino una suerte de ratificación, una concesión de la autorización dada no *a priori*, en capítulos matrimoniales o en escritura separada —como se ha tratado en el epígrafe precedente—, sino otorgada *a posteriori* al igual que en otros casos semejantes.

Entiendo que, de una parte, cuando el acto dispositivo no se haya llevado a término contando con la licencia del cónyuge no titular¹⁰⁵, el acto será en un principio válido, pero anulable como se detalla en otro apartado de este ensayo¹⁰⁶ y esa autorización *a posteriori*, actuará a modo de confirmación, con los efectos sanatorios descritos en el artículo 1313 CC. Si, de otra parte, el negocio se concluyó en virtud de un poder que no fue bastante, sino insuficiente para tal menester a juicio del notario, el asentimiento que sobrevenga más adelante consistirá en una ratificación pues este supuesto no se hallaría muy distante de la conclusión del negocio jurídico sin apoderamiento regulado en el artículo 1259 CC¹⁰⁷.

III. ¿CABE RENUNCIAR ANTICIPADAMENTE A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 1320 CC?

1. LA TESIS DE LACRUZ BERDEJO SOBRE LA RENUNCIABILIDAD DE ESTE DERECHO

Llegados a este punto, deberíamos retomar las palabras que en su día pronunciara Lacruz Berdejo para poder valorarlas en su justo término y reflexionar con detenimiento sobre su trascendencia. Con buen criterio, sostuvo el maestro, en opinión que no ha sido recogida por sus discípulos en las sucesivas ediciones de la obra¹⁰⁸, quienes han guardado silencio en los «Elementos»¹⁰⁹, aunque sí la han manifestado después en numerosos ensayos: «Tal consentimiento —el del cónyuge no titular— puede ser prestado preventivamente, e incluso en forma irrevocable, en capítulos (...) pues la protección que presta el

¹⁰⁵ Licencia que, en el modo de operar, asemeja a la marital, con la única diferencia de que ahora, tras la Ley 11/1981, se ha hecho extensiva a ambos cónyuges, y no sólo a la mujer, pero igualmente se estaba ante un supuesto de anulabilidad *ex* artículos 1300 y ss. del CC.

¹⁰⁶ *Vid.* infra, pp. 1697 y ss. de este mismo trabajo.

¹⁰⁷ *Vid.* también el artículo 145.3 RNot, en su redacción anterior a la STS de 20 de mayo de 2008.

¹⁰⁸ Sí se conserva en una edición dos años posterior: *Cfr.* LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho civil. IV. Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 301.

¹⁰⁹ En la última edición de este volumen de los «Elementos»: RAMS ALBESA, Joaquín. *Op. cit.*, pp. 128 y ss.

artículo 1320 puede ser renunciada: de ahí que su infracción dé lugar a actos válidos y confirmables»¹¹⁰.

Se han adherido a tal parecer, por ejemplo, Rodríguez López, repitiendo que «la protección que presta el artículo 1320 puede (ser) renunciada»¹¹¹; también se inclina por esta permisión Quílez¹¹², y, más recientemente, García-Granero, que señala, expresamente y de la misma forma, la posibilidad de renunciar anticipadamente cuando advierte de que «no se trata de renuncia a la protección de tal ley, sino, puramente y simplemente, de exclusión de la propia ley», que basa en el carácter presuntamente dispositivo de todas las Leyes de Navarra, según el principio de «paramiento fuero o ley vienze», enunciado en la Ley 7 del Fuero Nuevo.

Amunátegui se sitúa en una posición aún más próxima, si cabe, a la del Prof. Lacruz, pero sin acogerla en su plenitud; llega a la siguiente conclusión: «impedir que un cónyuge pudiera decidir sobre la enajenación de la vivienda familiar con carácter definitivo e irrevocable podría conculcar el principio de igualdad», opinión que coincide con la doctrina y proceder notariales más extendidos. Sin embargo, va todavía más allá al mantener que «no existiría contravención alguna a tal principio si, unilateralmente, renuncia a su derecho a prestar consentimiento, pues su actuación se estaría situando en el poder de autolimitación o en el de la libertad negocial que le asiste»¹¹³.

2. PACTOS CONTRARIOS A LA LEY POR VULNERAR UNA NORMA DE DERECHO IMPERATIVO

Al margen de esas contadas excepciones, que quizá no hayan trascendido tanto como las opuestas, son pocos los autores que han seguido las directrices del Catedrático zaragozano, como el mismo García-Granero puntualiza¹¹⁴. Desde finales de los

¹¹⁰ LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de familia...*, op. cit., 1982, p. 301.

¹¹¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix. *Notas sobre la vivienda habitual...*, loc. cit., p. 1615.

¹¹² De forma no muy distinta razonaba QUÍLEZ: «la intensidad de la protección legal es distinta y permite dudar fundadamente de un pacto en contrario». Más adelante apunta: «¿Por qué no va a ser posible excluir capitularmente en un régimen de separación el 1320? No se ve obstáculo alguno que lo impida» (QUÍLEZ ESTREMER, Martín Antonio. «La Libertad capitular y los arts. 1.328, 1.320 y otros del Código Civil», *RCDI*, vol. 549, abr. 1982, pp. 381 y 386).

¹¹³ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. *La libertad de pacto...*, op. cit., p. 185.

¹¹⁴ «Es obligado reconocer que la casi totalidad de los comentaristas del artículo 1320 del Código civil han sostenido que se trata de una norma imperativa que atribuye a los cónyuges un derecho irrenunciable y que, por tanto, el consentimiento del cónyuge no titular no puede ser prestado anticipadamente y de modo general», citando, por

años 80 y sobre todo en fechas más recientes, son muchos los especialistas que se han sumado a la corriente mayoritaria y simpatizan con la postura de García Cantero, quien, al revisar a Castán, discrepa abiertamente de Lacruz, sosteniendo que la vinculación del artículo 1320 CC con el orden público lo convierte en inderogable por pacto conyugal¹¹⁵, como ya había manifestado en ensayos anteriores¹¹⁶.

En general, la indisponibilidad del contenido de esta norma suele basarse, para una amplia mayoría, en el carácter imperativo que se predica del régimen matrimonial primario en su conjunto, entre cuyas disposiciones se ubica el mentado artículo, aunque ya se sabe que ni todos los artículos se aplican a cualquier régimen económico ni todas sus previsiones se reputan *ius cogens* por la doctrina¹¹⁷. Es, no obstante, esa naturaleza necesaria lo que ha conducido a muchos expertos a limitar el margen actuación al principio de libertad civil en este ámbito¹¹⁸ contrariamente a lo que modernamente propugnan algunos sectores¹¹⁹, sobre todo, en relación a los efectos patrimoniales del matrimonio¹²⁰.

El artículo 1320 CC sería, según el parecer dominante, uno de los límites de Derecho imperativo para la conservación del

ejemplo, como exponentes de este parecer, a GARRIDO CERDÁ, MUÑOZ DE DIOS y PÉREZ SANZ.

¹¹⁵ Se pregunta este Catedrático, al abordar el examen particular del artículo 1320: ¿Hasta dónde llega la imperatividad de la norma? Al efectuar el análisis de otros preceptos ubicados sistemáticamente en mismo lugar (*v.gr.* el art. 1321 CC) afirma que «su inclusión de esta norma dentro del régimen matrimonial primario permite atribuir el carácter de irrenunciable a este beneficio» y, con carácter general, señala que todas estas disposiciones son normas imperativas relacionadas con el orden público e inderogables, por tanto, por acuerdos entre particulares (*vid.* GARCÍA CANTERO, Gabriel en CASTÁN, *op. cit.*, pp. 326, 335 y 337-338).

¹¹⁶ *Vid.* GARCÍA CANTERO, Gabriel. «El estatuto jurídico del alojamiento familiar en el Derecho español», *ADC*, n.º 4, 1978, pp. 709 a 728; y *Notas sobre el régimen...*, *loc. cit.*, pp. 301 a 312.

¹¹⁷ «Son normas de índole muy variada, sin que pueda decirse que esa aplicabilidad a todos los regímenes proceda de su carácter imperativo, porque hay preceptos que no tienen tal carácter y otros que ceden ante la regulación más específica del problema en algún régimen concreto» (BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. Capítulo I, *Disposiciones generales*, *op. cit.*, p. 45).

¹¹⁸ *Cfr.* *v.gr.* ROJAS MONTES, Luis. «Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones», *AAMN*, T. XVI, 1985, pp. 295 a 332; MUÑOZ DE DIOS, Mariano, *loc. cit.*, p. 240; GARCÍA CANTERO, Gabriel. *Notas sobre...*, *loc. cit.*, p. 309; GARRIDO-CERDA, Emilio. «Derechos de un cónyuge...», *RDN*, p. 107; HERRERO GARCÍA, María José, *Comentario...*, *op. cit.*, p. 590; ÁLVAREZ-SALA, Juan José. *Aspectos imperativos...*, *loc. cit.*, p. 19; PÉREZ SANZ, Antonio. *Los límites...*, *loc. cit.*, p. 14/21 en *Vlex*.

¹¹⁹ Son muy ilustrativos de esta tendencia los trabajos de Encarna ROCA I TRÍAS, LAMARCA, o Juan Manuel LLOPIS GINER «Un régimen económico para cada matrimonio: el ejercicio de la libertad», en *Homenaje a Díez-Picazo*, vol. 3, pp. 4727 a 4746.

¹²⁰ La esfera personal del matrimonio «presenta un marcado cariz de orden público y determina por consiguiente un abstracto Derecho imperativo, no ocurre lo mismo con el régimen económico-conyugal que, preservados la seguridad del tráfico y los derechos e intereses de terceros, es un asunto que concierne en exclusividad a los consortes o contrayentes» (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Comentario a las Reformas...*, *op. cit.*, p. 1492).

hogar familiar¹²¹. De los Mozos lo incluye entre las restricciones impuestas por el régimen primario a la libertad de pacto como «un límite establecido a la libertad del cónyuge titular de los derechos de la vivienda» que protege, en opinión de otros, la «estabilidad y permanencia del hogar familiar»¹²² o simplemente sirve al fin de tutelar el interés superior de la familia frente al particular de los cónyuges¹²³, argumento éste muy socorrido y presto siempre a establecer restricciones en detrimento de la libertad de pacto y, en general, de la autonomía de la voluntad.

Al abordar los límites a la autonomía privada, y el estudio detallado del vigente artículo 1328 CC, afirma el nombrado De los Mozos, a propósito de las normas de régimen primario, que «los cónyuges no podrán renunciar uno en favor de otro a las ventajas que se derivan de la protección del hogar familiar (art. 1320 CC)»¹²⁴. Amorós Guardiola abunda en que «hay una serie de disposiciones en el CC en materia de régimen económico que tienen carácter imperativo y no es posible el pacto que vaya en contra ellas o las modifique» y pone, entre otros ejemplos, los artículos 1320 y 1322 CC¹²⁵.

Cuando Cárcaba sistematiza cuáles son los límites a la autonomía de la voluntad señala como una de sus manifestaciones las «estipulaciones capitulares en contra de la Ley», entre ellas, las contrarias a las llamadas «normas de régimen matrimonial primario», disposiciones generales aplicables a todo matrimonio, cualquiera que sea el régimen económico, p. ej. pactos sobre la disposición de la vivienda habitual vulnerando los artículos 1320 y 1322 CC¹²⁶. También lo recoge así Herrero García: «el carácter imperativo del artículo 1320 lo convierte en una limitación al principio de libertad capitular que no puede ser derogado por la voluntad de los cónyuges»¹²⁷.

¹²¹ «En realidad lo que el legislador pretende proteger no es el patrimonio, sino el hogar o refugio familiar» (GIMÉNEZ DUART, *El artículo 1320 del...*, loc. cit., p. 194); GARRIDO DE PALMA afirma que «lo dispuesto en el artículo 1320 del Código Civil supone una protección del hogar familiar que impide el juego contrario de la autonomía de la voluntad» (*op. cit.*, p. 233).

¹²² Vid. MARTÍNEZ CORTÉS, Jesús. *El régimen de separación de bienes*, *op. cit.*, p. 352.

¹²³ La Ley de 13 mayo de 1981, versus la Ley 2 de mayo de 1975, introduce, a juicio del mentado expositor, la ratio en materia de régimen económico del «interés superior de la familia», manifestado en los artículos 1318, 1320, 1377, 1389 CC (DE LOS MOZOS, José Luis. *Comentarios...*, *op. cit.*, 1982, p. 41).

¹²⁴ DE LOS MOZOS, José Luis. *Op. cit.*, 1982, p. 207, al comentar el 1328 CC.

¹²⁵ AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. *De las capitulaciones...*, *op. cit.*, p. 1539.

¹²⁶ Cfr. CÁRCABA FERNÁNDEZ, María. *Las capitulaciones matrimoniales*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1993, p. 34.

¹²⁷ HERRERO GARCÍA, María José. *Comentario del Código...*, *op. cit.*, p. 591.

El mismo fundamento sirve a Pérez Martín para llegar a la conclusión de que su carácter imperativo impide que los cónyuges excluyan por medio de un pacto prematrimonial la aplicación del artículo 1320 CC¹²⁸. Entre los autores modernos, se ha reafirmado el carácter de *ius cogens* y, por ende, indisponible del artículo 1320, tal es el caso, verbigracia de Lete del Río y Roca i Trías¹²⁹. El propio García Cantero manifestaba, al poco de operada la reforma, que se trataba de unas normas imperativas relacionadas con el orden público en materia económico-matrimonial, inderogables, por tanto, por acuerdo entre los particulares¹³⁰.

A partir de estas reflexiones, que resaltan ante todo la imperatividad del precepto, límite general a autonomía de la voluntad (arts. 1255 y 1328 CC), buena parte de los autores españoles han extraído como consecuencia, un tanto previsible, que no cabe renunciar de forma anticipada a esa facultad de control que el artículo 1320 CC atribuye al cónyuge no titular de la vivienda familiar. Garrido de Palma opina que «toda renuncia –capitular o no– a la necesidad de prestación del consentimiento para la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar es nula (art. 6.3)», puesto que «sin duda, nos hallamos ante una norma imperativa y de carácter irrenunciable»¹³¹.

Es precisamente del encuadre del artículo 1320 CC entre las disposiciones del régimen primario de donde deriva H. Álvarez «la imposibilidad de renunciar, capitularmente o no, a lo previsto en este precepto»¹³²; A. Pérez Martín sostiene que «tampoco podrá el cónyuge no titular renunciar a la protección que la ley le

¹²⁸ Vid. PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. *Tratado de Derecho de familia*. T. II. *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 48-49.

¹²⁹ «Los cónyuges no podrán pactar en capitulaciones que la disposición de la vivienda habitual no requerirá consentimiento del otro cónyuge» (LETE DEL RÍO, José Manuel. *La disposición de la vivienda...*, loc. cit., p. 1067). Encarna ROCA sostiene que la autonomía de la voluntad sólo está realmente presente cuando se trata de relaciones patrimoniales entre cónyuges pero estos no pueden disponer de forma libre de algunos de algunos efectos patrimoniales, como los que integran el régimen matrimonial primario (cfr. ROCA I TRÍAS, Encarna. «Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis», *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 2138).

¹³⁰ Vid. GARCÍA CANTERO, Gabriel. *Notas sobre el régimen matrimonial primario*, loc. cit., p. 301.

¹³¹ GARRIDO DE PALMA, Víctor M. «Capitulaciones matrimoniales y régimen económico matrimonial», en DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado*. T. IV. Familia. Vol. 1.º Civitas-Consejo General del Notariado, Madrid, 2001, p. 233.

¹³² ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar. «La disposición de la vivienda familiar en el derecho español. Problemática que plantea», en *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia* (Coord. Carlos Lasarte Álvarez), Sevilla, 2004.

concede, pues se trata de materia de orden público, y se encuentra prohibida por el artículo 6.2 del CC»¹³³; y como ellos una extensa nómina de prestigiosos juristas que llegan a la misma conclusión.

Aunque tomando como referencia la antigua Compilación aragonesa (art. 51 Comp.), cuyos principios repite hoy la Lrem (art. 8; artículo 190 CDFa)¹³⁴, opinan los hermanos Bandrés, que «la norma es de carácter imperativo, no permitiendo acuerdo en contrario de los cónyuges ni renunciar previamente o con carácter irrevocable a la misma por ser contrario a los fines propios del matrimonio (vivir juntos)»¹³⁵. En la misma dirección, Sánchez-Rubio ha escrito: «no parece admisible la renuncia de la facultad que confiere el precepto que nos ocupa porque la funciones familiares son irrenunciables»¹³⁶. Estas consideraciones podrían perfectamente trasladarse al artículo 1320 del CC, como puntualizó Rams Albesa¹³⁷, aunque ha de advertirse que la Ley aragonesa ha precisado el carácter imperativo de esta previsión (art. 3.2 Lrem; artículo 185.2 CDFa)¹³⁸, al igual que hiciera el legislador catalán¹³⁹, lo que presupone que tal vez pudiera existir con anterioridad alguna duda y de ahí que se formule ahora un pronunciamiento legislativo expreso.

Hasta aquí, la explicación se limitaría, en mayor o menor grado, a mostrar que el artículo 1328 CC impide que los cónyuges establezcan pactos en capitulaciones que vulneren la Ley, esto es, que sean contrarios a norma imperativa, como es fiel reflejo del artículo 1255 CC y todo su acervo interpretativo¹⁴⁰.

¹³³ PÉREZ MARTÍN, Antonio. *Tratado...* T. V. Vol. 1.º, *op. cit.*, p. 78.

¹³⁴ *Vid.* Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. En adelante, aparecerá citado con la sigla CDFa.

¹³⁵ BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel y Rosa María. «Gestión de la comunidad», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dir. M. Albaladejo), T. XXXIII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1990, p. 48.

¹³⁶ SÁNCHEZ-RUBIO, Alfredo. *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 57.

¹³⁷ Resalta esta semejanza RAMS ALBESA: «estas limitaciones a la libertad de disposición se inspiran directamente en las del artículo 1320 del Código civil (...) por lo que, en principio, habrá que entender que las conclusiones alcanzadas por la doctrina civilística servirán igualmente para la interpretación del artículo 51 de la Compilación» (*Comentarios a la Compilación...*, T. II, *op. cit.*, p. 271); creo, por mi parte, puede recorrerse el camino inverso, y las opiniones vertidas sobre el antiguo precepto de la Compilación serían igualmente trasladables hoy al artículo 1320 CC.

¹³⁸ *Vid.* LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio. «Disposiciones generales», en *Manual de Derecho matrimonial aragonés* (Coord. J. L. Merino Hernández), Los Fueros, Zaragoza, 2007, p. 35.

¹³⁹ Últimamente, para el Derecho catalán, «se trata de una norma de protección de la familia –del interés familiar– que tiene carácter imperativo y no puede excluirse mediante pacto» (GINEBRA MOLINS, M. Esperança. «La disposición de la vivienda familiar y de los muebles de uso ordinario en Derecho catalán», en *Los regímenes económico matrimoniales en los Derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, p. 350).

¹⁴⁰ *Vid.* en general sobre la autonomía privada y sus límites, DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho civil*. T. I., Tecnos, Madrid, 2005,

Dado que el artículo 1320 CC y el resto de las «Disposiciones Generales» se han considerado tradicionalmente normas de *ius cogens*, cualquier modificación que altere su contenido no debe reputarse válida o, más allá, ha de ser entendida directamente nula de pleno derecho al contravenir un mandato prohibitivo (art. 6.3 CC), porque en este ámbito se impide, como dice Garrido de Palma, «el juego contrario de la autonomía de la voluntad».

Uno de los pocos autores que ofrece una fundamentación todavía más elaborada, aduciendo los motivos por los que no caben el pactos concernientes a la vivienda familiar que alteren el régimen preceptuado en el artículo 1320 CC, es Muñoz de Dios: «el otro cónyuge no podrá renunciar a la potestad que le concede la ley de prestar o no consentimiento: 1.º. Porque se trata de una materia de orden público, que como tal está sustraída a la autonomía de la voluntad de las partes; 2.º. Porque dicha renuncia estaría incurso en las limitaciones del artículo 6, apartado 2.º, ya que podría perjudicar los derechos de terceros»¹⁴¹. El referente de esa alusión a terceros es sin duda la prole, especialmente hijos menores o incapaces, como se colige de sus propias palabras: «hemos de tener en cuenta que la protección del artículo 1320 CC no se limita al cónyuge no propietario, sino que se extiende también a los demás miembros de la familia»¹⁴².

3. ¿CUÁL ES LA FINALIDAD DE LA NORMA EN LA ACTUALIDAD?

Transcurridos ya unos lustros desde que se aprobara la norma y a la vista de la evolución de este precepto, carente de todo precedente normativo, como explícita De los Mozos, al menos en nuestro país¹⁴³, cabría plantearse, como hiciera originariamente

pp. 379 y ss.; *Instituciones de Derecho civil*. T. I/1, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 305 y ss. En realidad, los límites a la autonomía privada son en el Derecho de familia los mismos que en el resto del Derecho privado, lo único que ocurre es que tiene mayor presión (DÍEZ-PICAZO. Luis. *El negocio jurídico del...*, loc. cit., p. 778).

¹⁴¹ MUÑOZ DE DIOS, Mariano. *La vivienda familiar...*, loc. cit., p. 240. Se suma a esta interpretación, LETE DEL RÍO, José Manuel. *La disposición de la vivienda...*, loc. cit., p. 1068.

¹⁴² MUÑOZ DE DIOS, Mariano. *La vivienda familiar...*, loc. cit., p. 240.

¹⁴³ El estudio comparado realizado por FERNÁNDEZ CABALEIRO refleja que normas similares se han dado a lo largo y ancho de todo el Continente europeo; en concreto, dicha previsión es incorporada en nuestro país por la influencia recibida de Francia («Los regímenes económicos matrimoniales y la Comunidad europea», en *Estudios de Derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, vol. 4, Eunsa, Pamplona, 1969, pp. 353 y 354); también ELORRIAGA realiza un estudio de gran interés, previo al examen de esta cuestión en el Fuero Nuevo de Navarra (*vid. La protección...*, loc. cit., pp. 182 y ss.).

Lacruz, hasta qué punto sería admisible una renuncia al asentimiento para disponer de la vivienda familiar. Habría que cuestionarse si la previsión contenida en el artículo 1320 CC no es sino un derecho subjetivo patrimonial, como tantos en Derecho Privado, y, por ende, renunciabile dentro del marco general establecido por el artículo 6.2 CC ¿Por qué éste habría de ser un supuesto tan distinto de otros contemplados a lo largo del sempiterno Código civil? ¿Qué lo hace diferente si es que, en verdad, lo es?

¿No son frecuentes en la praxis notarial, apoderamientos generales y recíprocos en los que se faculta a cada cónyuge a disponer indistintamente y por separado de los gananciales?¹⁴⁴ ¿Por qué el artículo 1375 admite *ad littera* la posibilidad de pacto en contrario, recogido en capitulaciones matrimoniales, frente al régimen general de la disposición de los bienes comunes, desplazando, para el caso concreto, el régimen establecido en el 1377 del CC y no sucede lo mismo con el 1320 CC? Es cierto que las opiniones a este respecto distan de ser unánimes¹⁴⁵ pero quizá cuando la concesión es recíproca se salva, de este modo, una hipotética desigualdad entre cónyuges, que cabría objetar al amparo del artículo 1328 CC. A mi entender este tipo de acuerdos no debería verse hoy como tal, sino fruto de una decisión previa tomada de común acuerdo entre ambos cónyuges que es admitida con normalidad en la práctica como puede comprobarse consultando cualquier cuaderno de formularios notariales.

Es razonable argüir que la decisión conjunta que se esconde en el ropaje del artículo 1320 CC se funda en el interés general, acaso superior y aún supremo de la familia, que se podría justificar en el artículo 67 CC *in fine*¹⁴⁶, en otras palabras, en la tución de la prole, en velar por la asistencia y cuidados debidos a los hijos, especialmente cuando éstos son menores, o han sido incapacitados, y a resultas, han quedado bajo la custodia de sus progenitores, a través de una patria potestad prorrogada u otra institución de protección. Dicho planteamiento, aunque lógico y admisible, no acaba probablemente de responder a la realidad de nuestro tiempo en la que proliferan toda una suerte de familias,

¹⁴⁴ Es un pacto hoy día bastante común del que se dará cuenta algo más adelante. Sobre la posibilidad de estos pactos y su armonización con el principio de igualdad conyugal, *cfr.* RAMS ALBESA, Joaquín J. *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 195 y ss.

¹⁴⁵ *Vid.* una primera aproximación en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Comentario...*, *op. cit.*, p. 606; PRETEL SERRANO, Juan José. *Comentario...*, *op. cit.*, p. 709; RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos...*, *op. cit.*, 2010, pp. 215-216.

¹⁴⁶ *Cfr.* GARCÍA GARCÍA, María Ángeles. «El deber de actuar en interés de la familia», *RDP*, marzo 1984, p. 243.

muchas alejadas del paradigma tradicional¹⁴⁷, aunque no por ello menos dignas de recibir adecuada protección¹⁴⁸.

Resulta significativo, y tal vez hasta curioso, que para un sector doctrinal la especial normativa que el CC dedica a la vivienda familiar (arts. 96 y 1320 CC) sólo se aplique a los matrimonios y a su familia, «de tal forma que la mera concurrencia de hijos no dará lugar a la consideración como grupo familiar, sin perjuicio de los deberes inherentes a la patria potestad»¹⁴⁹. Si, en verdad, esos terceros que impiden al cónyuge no titular efectuar una renuncia, en aplicación del artículo 6.2 CC, son los descendientes, ¿por qué esta restricción a las facultades dominicales del propietario sólo es de aplicación a las uniones matrimoniales y no a otros modelos de convivencia paraconyugal?¹⁵⁰ ¿Son entonces de menor rango los hijos extramatrimoniales que los concebidos y alumbrados constante matrimonio y por ello ameritan una protección menor?

Al examinar el caso de un matrimonio sin hijos surgen los interrogantes: ¿Es que acaso es necesario que haya vástagos para encontrarse en presencia de una familia? ¿Sólo es familia el matrimonio «legítimo» que cohabita bajo el mismo techo? ¿No se aplica, entonces, la norma a aquellos matrimonios que care-

¹⁴⁷ Vid. ROCA I TRÍAS, M.^a Encarnación. «Familia, familias y derecho de la familia», *ADC*, 1990, n.º 4, pp. 1055 a 1092; y PARRA LUCÁN, M.^a Angeles. «Reflexiones sobre algunas tendencias en instituciones y relaciones del Derecho de la persona y de la familia», *Anales de la Facultad de Derecho*, vol. 19, 2002, pp. 150 y ss.

¹⁴⁸ «Nuestra Constitución no ha identificado a la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio (...). El sentido de esas normas constitucionales (art. 32 y 39) no se concilia con la constrictión del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura (...). Existen otras junto a ella como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en términos restrictivos una norma (...). Del propio artículo 39.1 no cabe derivar, por tanto, una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales» [STC 222/1992, de 11 diciembre, FD.º 5, (RJ 222)]. En el mismo sentido, STC 45/1989, 192/1991 y 200/1991. Acerca de y a favor de un tratamiento privilegiado de la familia matrimonial, cfr. GARCÍA CANTERO, Gabriel. «Modelos de matrimonio y Derecho de familia en el siglo XXI», en *Homenaje Cuadrado Iglesias*, T. I, Civitas, Madrid, 2008, pp. 591 y ss.

¹⁴⁹ JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción. «Vivienda familiar y concurso de acreedores», *Familia y concurso de acreedores* (Coord. M. Cuenca Casas), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 260.

¹⁵⁰ Y, sin embargo, el Supremo niega la posible extensión de este régimen a las parejas de hecho (*vid.* STS de 19 de septiembre de 2005); existen algunos casos aislados [STS de 16 de diciembre de 1996 (RJ 9020); 4 de abril de 1997 (RJ 2731); 5 de julio de 2001 (RJ 4993)], es cierto, pero los especialistas que han estudiado la evolución de esta línea jurisprudencial en profundidad advierten: «no obstante, no debe olvidarse la opinión mayoritaria de nuestro TS desfavorable a la extensión analógica de las normas de régimen económico matrimonial a las parejas de hecho [SSTS de 4 de marzo de 1997 (RJ 1640); 4 de abril de 1997 (R. 2731); 10 de marzo de 1998 (RJ 1272) y 23 de julio de 1998 (RJ 6131)] [Vid. RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel. «Disposiciones Generales», en *Jurisprudencia civil comentada. Código civil* (Dir. M. Pasquau Liaño), 2.^a ed., T. III. Arts. 1315 a 1976, Comares, Granada, 2009, p. 2547]. Lo mismo cabría decir del artículo 96 CC. [Vid. STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 7148) y 30 de octubre de 2008 (RJ 47139)].

cen de descendencia, porque no pudieron o, quizá, simplemente no quisieron concebirla? ¿Y si los hijos fueran mayores de edad o se hubiesen emancipado? ¿No entra, entonces, en aplicación el artículo 1320 CC en ausencia de menores, de la misma forma que no se persona el Ministerio Fiscal en pleitos en los que no interviene un interés público? ¿A quién protege, entonces, este precepto primordialmente: a los hijos comunes o al cónyuge que no es propietario?

Pero hay más todavía: si el marido deja el domicilio conyugal, que es de su propiedad, y en el que sólo habita la mujer, por carecer de descendencia, ¿podrá hacer la manifestación de que no se trata de la vivienda familiar o habrá que entender que la vivienda seguirá siendo hogar familiar mientras la habite cualquier familiar *stricto sensu* distinto de su propietario? Ante esa situación, añadía Ávila Álvarez con cierta sorna: «¡Ay de los matrimonios cuyo único lazo de unión sea la unidad de la vivienda! Más le valiera al cónyuge propietario cederla en arriendo y alquilar otra para el hogar familiar. El inquilino puede llegar a ser amigo; el o la cónyuge puede llegar a ser enemigo, por lo que quizá sea preferible tener inquilino fuera que cónyuge dentro»¹⁵¹.

Estimo que hoy es muy legítimo el preguntárselo, aunque quizá antaño lo fuera también. Así lo ha hecho, por ejemplo, Garrido Melero, en afirmación vertida sobre el CFC, igualmente extrapolable al artículo 1320 CC: ¿Pueden, finalmente, los cónyuges eximirse de las limitaciones dispositivas derivadas del artículo 9 del Código de Familia¹⁵² o deben ser consideradas no negociables tal como parece deducirse del precepto? Se me dirá, y con razón, que ciertos pactos como el uso o disposición de la vivienda es una garantía de toda la familia y no sólo de los cónyuges, pero ¿qué decir cuando no hay hijos del matrimonio o cuando los derechos no son de los hijos sino de los propios cónyuges?¹⁵³

Quizá tal reflexión goce de menor predicamento en el Derecho catalán que en el régimen del CC, toda vez que, como se ha dicho y ya adelantaba el mismo interviniente, el Código de Familia tuvo a bien –al igual que la Lrem aragonesa– recalcar la

¹⁵¹ Vid. ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro. «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código civil», *RCDI*, vol. 587, nov-dic. 1981, p. 1381.

¹⁵² El vigente artículo 231-9, de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, dedicado a la disposición de la vivienda familiar, reproduce en buena medida, el contenido antes recogido en el antiguo artículo 9 del Código de familia, al que alude el citado notario en su artículo.

¹⁵³ GARRIDO MELERO, Martín. «Aplicaciones del principio de libertad civil: la escritura pública como valor de libertad», *La Notaría*, 9-10, 2003, p. 35.

naturaleza necesaria e indisponible de esta prerrogativa del cónyuge no titular, al señalar cómo su consentimiento «no puede excluirse por pacto ni otorgar(se) con carácter general»¹⁵⁴. Y es que aunque allí se dispone con total seguridad que el asentimiento del consorte del titular no lo es en representación de los hijos menores de edad, según se deduce de la doctrina registral¹⁵⁵, debe reconocerse que la disciplina catalana se mueve hoy en unas coordenadas distintas a las del CC: el Código catalán no confiere a los hijos capacidad para «consentir» la enajenación de la vivienda familiar pero sí para impugnar el acto por el que se lleva a cabo habiendo preterido esta suerte de licencia (arts. 9.2 y 155.2 CFC).

A pesar de estas consideraciones, parte de la doctrina¹⁵⁶ y también la jurisprudencia se han decantado a veces por este enfoque de prevalencia del interés general sobre los más particulares¹⁵⁷, cuando en realidad unos y otros no deberían hallarse tan distantes e incluso en algunos casos podrían llegar a estar plenamente identificados¹⁵⁸. Así la STS 31 diciembre 1994 entiende el concepto de vivienda habitual –dice familiar¹⁵⁹– como un «bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario»¹⁶⁰ y también el Tribunal Constitucional, quizá rozando el exceso y la extralimitación, ha llegado a establecer

¹⁵⁴ Vid. el citado artículo 231-9 de ese Libro II del CC catalán.

¹⁵⁵ Vid. RDRGN de 27 de agosto de 2008, FD.º 2 (JUR 2008/280754).

¹⁵⁶ Como abanderado por excelencia de tal tesis, se erige FERNÁNDEZ CABALEIRO, autor que encuentra el fundamento de la norma en el interés superior de la familia frente al más particular de los cónyuges, mantiene claramente idéntica postura PÉREZ SANZ: «la limitación no es un derecho concedido a uno de los esposos, sino una norma de protección del superior interés familiar» (*loc. cit.*, p. 14/21 VLex).

¹⁵⁷ Así lo recoge la STS de 3 de enero de 1990 (RJ 31), seguida por otras sentencias de Audiencias Provinciales: «prevalencia del interés de la familia sobre el particular de cada cónyuge» es lo que menciona la SAP de Sevilla de 4 de junio de 1997 (AC 1245), *cf.* también SAP de Murcia de 8 de mayo de 2003 (JUR 166974).

¹⁵⁸ Desde estos planteamientos se postula «una concepción del matrimonio y de la familia en la que prima por completo la voluntad individual de sus miembros sobre cualquier eventual «interés familiar» supraindividual. Es más, no existe propiamente un interés familiar distinto del individual de los componentes del grupo: matrimonio y familia no pasaría de ser un mero instrumento al servicio de la felicidad de sus componentes (...). El matrimonio y la familia serán lo que la voluntad de sus miembros quiera que sean; y durarán lo que la voluntad de sus miembros quiera que duren» (Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos. *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Rialph, S.A., Madrid, 1996, p. 38).

¹⁵⁹ Bien pensado, la cuestión terminológica no es del todo baladí: ¿se protege la vivienda familiar (art. 1320 CC) o el domicilio conyugal (art. 70 CC)? En el supuesto de un matrimonio sin hijos, se dispensa tutela al cónyuge no propietario, cónyuge que no guarda lazos de sangre con el disponente y que no es familia en sentido jurídico-técnico, aunque en el habla común pueda verse así (como revela el castizo neologismo «la parienta» para referirse a la mujer y esposa).

¹⁶⁰ STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 10330), FD.º 2.º

una suerte de cotitularidad sobre la vivienda habitual, justificada por «la moderna tónica legal protección del interés común familiar, que viene a configurar la familia como un sujeto colectivo, como titular comunitario»¹⁶¹.

Se trata esta última de una aproximación al fenómeno –lúcidamente criticado por la doctrina¹⁶²– que desarrollado hasta sus últimas consecuencias bien podría llegar incluso la anulación de la personalidad jurídica del propio individuo pues no cabe que la familia exista como sujeto de Derecho independiente al margen de sus componentes¹⁶³. Tampoco habría de verse en la vivienda familiar la cotitularidad a la que se refiere el TC en la citada sentencia, salvo cuando el inmueble tuviera carácter ganancial¹⁶⁴, aun cuando lo fuera por propia voluntad de interesados mediante el negocio jurídico de atribución de ganancialidad (art. 1355 CC), o se hubiera adquirido antes del enlace en condominio ordinario, práctica muy usual entre los jóvenes de hoy día, que conviven durante una temporada antes de contraer matrimonio.

4. EL SENTIDO DEL ARTÍCULO 1320.1.^a CC, AYER Y HOY

La finalidad que subyace en el artículo 1320.1.^a CC es la de proteger al miembro de la pareja situado en inferioridad de condiciones frente a la eventual malevolencia de su compañero, especialmente en el régimen de separación absoluta, como subraya la doctrina afincada en territorios en el que éste es el régimen legal, o supletorio de primero grado¹⁶⁵. Cuando la vivienda es un bien propio o privativo entrará en juego la norma, pues en otros supuestos, como la adquisición en proindivisión ordinaria, o si el inmueble tiene carácter ganancial, ya no sería tan necesario recurrir a ella, sino al consentimiento-codisposi-

¹⁶¹ Vid. FD.º 6, STC 135/1986, de 31 de octubre (RTC 1986/135).

¹⁶² A lo más podrá hablarse de afectación de un bien privativo al uso común, como puntualiza LETE DEL RÍO, José Manuel. *La disposición de la vivienda...*, loc. cit., p. 1058.

¹⁶³ Cfr. Díez-PICAZO, Luis. *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.

¹⁶⁴ No es hoy cuestión controvertida en la doctrina que sólo entonces cabe hablar con propiedad de cotitularidad y codisposición, a diferencia de cuanto acontece en el caso del artículo 1320 CC. Se habla, entonces, de asentimiento, aprobación, licencia, autorización... (Vid., por todos, ÁLVAREZ-SALA, *Aspectos imperativos...*, loc. cit., p. 34).

¹⁶⁵ «La *ratio legis* está clara, particularmente en un régimen de separación de bienes: reforzar la importancia del hogar para la familia a través de su protección especial, impidiendo al cónyuge propietario o titular exclusivo de los derechos de la vivienda o su mobiliario, que pueda disponer de ellos en perjuicio del otro o del resto de la familia» (MOLINER NAVARRO, ROSA. «Comentario a la Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano», en *Los regímenes económico matrimoniales en los Derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 904).

ción de los artículos 393 o 1375 CC, aunque a veces se ha tratado de justificar la especialidad del 1320 frente a estas otras disposiciones normativas.

Como ya observara en su día Lacruz Berdejo al poco de operarse la reforma «se trata de salvar el alojamiento del matrimonio (...) de la arbitrariedad o mala voluntad del cónyuge que puede disponer de ellos: dueño o arrendatario. Es decir, de impedir que un cónyuge pueda, por sí, dejar al otro en la calle»¹⁶⁶, expresión que es recogida y hecha suya por la mayoría de especialistas, entre ellos verbigracia Martínez Calderada¹⁶⁷ o Rodríguez López¹⁶⁸, y que con distintas formulaciones se ha ido iterando a lo largo de diversos expositores, todos ellos muy próximos a las tesis apuntada¹⁶⁹.

Para Puig Brutau «se trata de salvar la vivienda familiar y sus muebles de toda decisión arbitraria o mal intencionada del cónyuge no propietario o titular de un derecho (si se trata de un arrendamiento)»¹⁷⁰. De los Mozos, en sus Comentarios al Código civil, afirma que «protege inmediatamente al otro cónyuge, de la arbitrariedad o mala voluntad de su consorte, y mediata-mente, a la familia o al propio consorcio conyugal»¹⁷¹. Es necesario resaltar que, según el opositor, la tuición del resto de miembros se presenta sólo en modo secundario o accesorio, puesto que lo principal, a mi juicio, no es esto, cuya contingencia lo privaría en todo caso de su carácter esencial, sino la prestación de amparo al cónyuge no titular¹⁷² que, por eso mismo, habría de ser muy libre de excluir la voluntariamente el juego o la aplicación del artículo 1320 CC.

Poco después de que se modificara el CC en 1981, el informe elaborado por la Comisión del Colegio Nacional de Registradores advertía: «lo que se pretende evitar es que el cónyuge propietario deje en la calle al otro mediante la enajenación a sus espal-

¹⁶⁶ LACRUZ BERDEJO, José Luis. «La economía del matrimonio», en *El nuevo régimen de la familia*. T. II. *Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, p. 132.

¹⁶⁷ Cfr. MARTÍNEZ CALDERADA, Luis. *El nuevo Derecho de familia*, T. I., 2.ª ed., Madrid, 1981, p. 117.

¹⁶⁸ RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix. *Notas sobre la vivienda habitual...*, *loc. cit.*, p. 1605.

¹⁶⁹ *Vid.*, p. ej. el epígrafe dedicado al régimen primario, redactado en su totalidad por GARCÍA CANTERO, en CASTÁN, *op. cit.*, p. 334.

¹⁷⁰ PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil*. T. IV. *Familia. Matrimonio. Divorcio...*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 109.

¹⁷¹ DE LOS MOZOS, José Luis. *Comentarios...*, *op. cit.*, 1982, p. 126.

¹⁷² En sentido similar, para algunas Audiencias, el artículo 1320 protege esencialmente el derecho de ambos cónyuges evitando que por un acto dispositivo realizado por un cónyuge sin el consentimiento del otro tenga el no disponente o los componentes de la familia que abandonar la vivienda [SAP de Asturias de 15 de enero de 2002 (RJ 2002, 4675)].

das de la vivienda familiar¹⁷³. Hay que añadir, además, que la expresión acuñada por Lacruz también ha hecho fortuna entre la praxis registral y que incluso las resoluciones dictadas una vez entrados en el S. XX acogen las tesis del Catedrático. Un ejemplo fehaciente lo hallamos en la doctrina convenientemente sentada por la Dirección General sobre en este extremo en la R. de 27 de junio de 1994: la finalidad «no es otra que la de evitar que por un acto dispositivo realizado por un cónyuge sin consentimiento del otro (...) tenga el no disponente o los componentes de la familia que abandonar una vivienda para cuya ocupación existía título jurídico suficiente»¹⁷⁴.

La *ratio legis* de una norma de estas características no reside en la protección de la descendencia¹⁷⁵, que no ha alcanzado una edad suficiente como para ser capaz de automantenerse, o que a resultas de las circunstancias descritas en el artículo 200 CC ha quedado impedida para valerse por sí misma. Lo que en verdad se está protegiendo es a un cónyuge frente al otro; se trata de una norma hija de su tiempo, como lo fueron todas, introducida por el legislador en defensa de un esposo ante los posibles «ataques» deliberados del otro y muy particularmente a la mujer frente a la malevolencia de su marido, antaño el único sostén económico de la familia, en un tiempo en el que el «segundo sexo» no había aún alcanzado la plena inserción en el mercado laboral.

La esencia del artículo 1320 responde así a un planteamiento que arrastra consigo la desigualdad propia de la ominosa etapa anterior (régimen dotal, deber de obediencia, licencia marital...) ¹⁷⁶, de la que quiso distanciarse con claridad el legislador histórico. Y lo hizo mediante un precepto, creado *ex novo*

¹⁷³ «Notas de urgencia sobre algunos aspectos de la reforma de 1982 del Código civil», elaboradas por la Comisión del Colegio de Registradores, cit. por RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix, *loc. cit.*, p. 1602.

¹⁷⁴ Cfr. RDGRN de 27 de junio de 1994 (RJ 4921); se expresa en términos parecidos la R. de 6 de marzo de 2004 (RJ 2474). La RDGRN de 17 de mayo de 2005 (RJ 5540), sin embargo, parece incidir más en la protección de la familia que en la indefensión del cónyuge frente a cualquier acto (*v.gr.* de disposición) que pudiera privarle de la vivienda.

¹⁷⁵ Por su parte, PÉREZ SANZ, en su ensayo dedicado a los límites de la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales, basaba el carácter imperativo de la norma en que «la limitación no es un derecho concedido a uno de los esposos, sino una norma de protección del interés superior familiar»; es, por tanto, irrenunciable y dicho asentimiento tampoco puede prestarse preventivamente, siendo entonces nulo el pacto capitular que la recogiera con carácter general (PÉREZ SANZ, Antonio. *Límites a la autonomía...*, *loc. cit.*, p. 14/21 VLex).

¹⁷⁶ Vid. una síntesis de los principios informadores del régimen, previo a las reformas de 1958, 1975 y 1981 en LACRUZ; Ed. Exp., T. II, p. 280 el régimen precedente puedes seguirse a la luz de la exposición realizada por MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código civil español*. T. I. *Artículos 1 a 312*, Reus, Madrid, 1987, pp. 477 y ss.

en 1981 y huérfano de precedentes¹⁷⁷, reflejo de la desconfianza y el temor de que maridos muy pudientes, carentes de escrúpulos o desalmados, obligaran a mujeres jóvenes e indefensas, a pactar el régimen de separación de bienes¹⁷⁸ –visto siempre con algo de recelo entre determinados sectores– a riesgo de quedar desasistidas y abandonadas a su suerte; así cuando en el artículo 1320 CC se cita al cónyuge titular de la vivienda, la referencia latente es en realidad el marido o al menos en él se pensaba cuando se redactó dicho precepto.

Como se percibe a través del análisis de los antecedentes legislativos realizado por Gordillo Cañas, el cónyuge al que, en verdad, se refiere el artículo 1320, es la esposa, como correspondía a una distribución de «roles» anclada en un determinado modelo de sociedad¹⁷⁹, bastante distinto del actual y, cada día y por fortuna, más alejado de la realidad. La incorporación de este precepto perseguía el fin de la desigualdad sociológica y real entre los cónyuges y tendía a la protección de la mujer, cuestión presente incluso en la Ponencia del Ministro de Justicia en el Congreso de los Diputados¹⁸⁰: «Por tanto, si la casa familiar es del marido, él sólo no podrá disponer de ella; si él es el inquilino, él sólo no podrá a partir de ahora renunciar al arrendamiento»¹⁸¹.

5. LOS RECELOS HACIA EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES Y EL ARTÍCULO 1320 CC

Conviene recordar que en la cultura latina y en los sectores más tradicionales de la Iglesia católica, su idea de matrimonio y el entendimiento de sus fines siempre se han inclinado y sentido

¹⁷⁷ «Esta disciplina es nueva dentro del Derecho civil, no cuenta con más de treinta años» (ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La protección...*, loc. cit., p. 179).

¹⁷⁸ Los detractores de abrir completamente el juego de la autonomía privada, entre dos sujetos, libres e iguales, como son hoy los cónyuges bajo el Derecho español, ponen este ejemplo, que recoge GARCÍA-RUBIO, como modelo: «El caso típico sería el de un hombre de fortuna que desea contraer matrimonio con una mujer de escasos recursos económicos y quiere asegurarse de que ésta no se casa con él por dinero, para lo cual le «impone» la firma de acuerdos en los que, además de pactar el régimen de separación de bienes, la futura esposa renuncia a todos cuantos derechos económicos pudieran corresponderle a la disolución, por muerte o por divorcio, del matrimonio» (GARCÍA RUBIO, María Paz. «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil», *ADC*, 2003, n.º 4, p. 1658).

¹⁷⁹ La mujer en el hogar dedicada a sus labores –recuérdese, las propias de su sexo– y el hombre, fuera de ella, ganando un jornal para traer el pan a casa y poder alimentar a su hijos (y también a su mujer).

¹⁸⁰ Diario de Sesiones, p. 8826.

¹⁸¹ Vid. GORDILLO CAÑAS, Antonio. «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia», *ADC*, 1982, p. 1132.

mayor predilección por los regímenes de comunidad que de separación, aunque la concepción canónica del matrimonio como «una caro», también ha dado lugar a experiencias traumáticas, como la «*coverture*» inglesa, elaborada por Sir William Blackstone¹⁸², que se tradujo en un régimen de absorción hasta el siglo XIX¹⁸³. En este sentido, el autor belga Renauld mantuvo que ese tipo régimen, la sociedad conyugal, era el que mejor traducía en el plano patrimonial la idea de que el matrimonio crea una comunidad de vida y esfuerzos entre los cónyuges¹⁸⁴.

Es, por tanto, en la sociedad de gananciales donde se gestaría el contexto más propicio para la consecución de los fines del matrimonio, dado que «la colaboración entre cónyuges se traduce en una masa de bienes, propia de ambos, como símbolo de la unión de vidas que el matrimonio representa»¹⁸⁵, un capital común que se destina a sufragar los gastos familiares, a levantar las cargas matrimoniales¹⁸⁶. Además, el régimen de comunidad de ganancias representa un esfuerzo por hacer partícipe a la mujer de los productos de la actividad adquisitiva del marido¹⁸⁷ y es, en resumen, un conjunto reglado para organizar la economía del matrimonio que se halla presidido por una específica directriz: «la idea cristiana de la mujer *socia et uxor*»¹⁸⁸.

Estos motivos, en los que subyace una orientación determinada, y acaso también un componente ideológico, ha movido a reputados especialistas como Castán Tobeñas y García Cantero a ver en la sociedad de gananciales el régimen paradigmático. Se ha afirmado que «el sistema de comunidad es el más perfecto, especialmente bajo sus formas limitadas, como la comunidad de gananciales» porque «armonizan la propiedad particular de cada cónyuge con el patrimonio común, el respeto a la personalidad y fines individuales de los cónyuges con el reconocimiento de la mancomunidad creada por el matrimonio»¹⁸⁹. Es una visión modélica de la sociedad conyugal que se repite a lo largo de su magnífica y prolífica obra¹⁹⁰ y que también recibe un tra-

¹⁸² «Husband and wife are one person in the law; that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage». Vid. BLACKSTONE, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*. Vol. 1, Garland Pub., New York, 1978, pp. 442 a 445.

¹⁸³ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español...*, op. cit., p. 275.

¹⁸⁴ Cit., por CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español...*, op. cit., p. 281.

¹⁸⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de familia*, ed. exp., op. cit., p. 278.

¹⁸⁶ Vid. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de Derecho civil español*, T. IV. *Parte especial de Derecho de familia*, 4.ª ed., Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1938, p. 281.

¹⁸⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de familia*, ed. exp., op. cit., p. 279.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ GARCÍA CANTERO, Gabriel. en CASTÁN, op. cit., pp. 280-281.

¹⁹⁰ Vid. GARCÍA CANTERO, Gabriel. op. cit., pp. 292-293.

tamiento encomiástico en los escritos jurídicos de J. L. De los Mozos¹⁹¹.

Probablemente la existencia de un régimen primario sirviera en su momento para mantener incólumes los antiguos fines matrimoniales y para implementar una mínima comunitarización de bienes, derivada de la propia convivencia (art. 68 CC), en un régimen, como del de separación de bienes, cuya nota característica es —y sigue siendo—, precisamente, la ausencia de una tercera masa común y distinta de los patrimonios uxorios. Antaño se percibió vinculado únicamente al ideario socialista y feminista y ensalzado sólo por las ideas propias de esas escuelas de pensamiento¹⁹², de ahí quizá el interés en presentarlo como minoritario¹⁹³, en vista de que «envuelve un sentido individualista que se compagina mal con la intrínseca naturaleza del matrimonio y con las exigencias de orden familiar»¹⁹⁴.

En este contexto hostil nace el artículo 1320 CC, para reforzar la creación de una suerte de comunidad de uso sobre la vivienda familiar habitual, como señalaba Ragel Sánchez, independientemente de que la propiedad pertenezca a uno solo de los cónyuges¹⁹⁵. Se vendrían de esta forma, por vía impositiva estatal, a suplir las hipotéticas carencias de un régimen, como el de separación absoluta, en el que los bienes adquiridos, tanto constante matrimonio, como antes de su celebración, son titularidad exclusiva de su propietario, al tiempo que los cónyuges conservan intactas sus facultades de goce y disposición como si no estuvieran casados (art. 1437 CC). Traducido a la realidad de la época, según los debates parlamentarios, suponía esto que el marido podía desahuciar fácilmente a su mujer y expulsarla del hogar familiar.

Por dicha causa, ese «no régimen», como se le ha llamado en ocasiones, era contemplado con recelo por el legislador y

¹⁹¹ Cfr. DE LOS MOZOS, José Luis. *La reforma del Derecho de familia, en España, hoy*, Universidad de Valladolid, 1981, p. 111.

¹⁹² «El naciente feminismo y el socialismo doctrinario, coincidieron, a fines del siglo pasado (S. XIX) y a comienzos del presente (S. XX), en exaltar las ventajas de los regímenes de separación» (DE LOS MOZOS, José Luis. *Comentarios...*, *op. cit.*, 1982, p. 32).

¹⁹³ Un régimen que, según FERNÁNDEZ CABALEIRO perdía terreno cuando él redactó su tesis (*op. cit.*, p. 294); hoy, por el contrario, ha conocido su máximo apogeo. Así estudios recientes revelan cómo dentro de los regímenes matrimoniales, «cada vez crece más el de separación de bienes, como forma más propicia para defender la individualidad de los cónyuges» (SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. *Las nuevas orientaciones...*, *loc. cit.*, p. 44) hay quien ve la principal motivación de su otorgamiento en salir de un régimen de comunidad y pactarlo como «estrategia de compartimentación de masas patrimoniales» ante reclamaciones de posibles acreedores (CUTILLAS TORNS, José María. *Las capitulaciones matrimoniales. Estudio de sus ineficacias y de sus acciones impugnatorias*, Revista General del Derecho, Valencia, 2000).

¹⁹⁴ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 285.

¹⁹⁵ Vid. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: familia*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 241.

tomado, a veces, como la antesala de la separación o el divorcio (arts. 1435.3.º y 1436 CC) en una época en la que imperaba hegemónicamente la sociedad de gananciales, régimen que, en opinión de Díez-Picazo, «está concebido para una sociedad en que la mujer se dedica a sus labores, no se dedica a ningún tipo especial de actividad económica, sino que es pura perceptora de renta»¹⁹⁶. En ese sentido, era justo que en el pasado se la protegiese a través del artículo 1320 CC si carecía de fortuna personal y no ejercía ninguna actividad lucrativa por cuenta propia o ajena, pero no tanto en la actualidad ya que se ha incorporado con plenitud de garantías al mercado laboral, accede a cuadros de mando y compete, en abierta rivalidad con el hombre, en las diversas facetas de la vida.

Cualquier sobreprotección de tal índole, animada por un límite extraño a la esfera contractual (art. 1328 *in fine* CC) podría resultar perniciosa e incluso atentatoria de su dignidad personal¹⁹⁷. Estas consideraciones podrían llevar a replantearse, en un futuro próximo, la conveniencia y oportunidad de mantener en el momento presente la inderogabilidad de un régimen primario, en cierta forma reducto del pasado, que protege en exceso a un miembro, salvedad hecha de aquellas materias que afectan a terceros distintos de los cónyuges y a la seguridad del tráfico. El traslado de este panorama al artículo 1320 CC, ha movido, por ejemplo, a Ragel Sánchez a entender renunciabile la facultad conferida en la primera proposición del artículo, que sería susceptible de ser desplazada al criterio de los cónyuges, mientras que no sucedería lo mismo con la segunda, norma dirigida fundamentalmente a la protección de los terceros en el tráfico¹⁹⁸, aunque tal vez cupiera ver en la renuncia más un beneficio que un perjuicio hacia los eventuales adquirentes.

Alcanzada la igualdad plena, no sólo formal sino real y efectiva¹⁹⁹, entre cónyuges, que hace superfluos un número importan-

¹⁹⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis. «Capacidad de la mujer casada y economía conyugal», *ADC*, vol. 28, 1975, n.º 4, p. 873.

¹⁹⁷ Se ha escrito con sensatez que en el arranque todas las personas humanas deben encontrarse en plano de igualdad para que al desarrollarse puedan llegar a ser desiguales. Esa desigualdad final será fruto de la capacidad, del esfuerzo y aun de la suerte de cada uno (*vid.* CRISTÓBAL MONTES, Ángel. «La condición femenina», en *La bendición-maldición del pensamiento*, Trotta, Madrid, 2009, p. 71).

¹⁹⁸ Tales reglas tienen carácter imperativo cuando tratan de proteger los intereses adquiridos por terceros y la apariencia (arts. 1317, 1319. 1.ª y 2.ª, 1320.2.ª y 1324 CC), limitan a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones. Por el contrario, existen otros preceptos (arts. 1319.3.ª, 1320.1.ª...) que regulan las relaciones internas entre cónyuges y que, por lo tanto, son susceptibles de ser alterados por pacto entre las partes (*cfr.* RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *Estudio legislativo y jurisprudencial...*, *op. cit.*, p. 232).

¹⁹⁹ Destacaría con DE LOS MOZOS, en que en 1981 se produjo el reconocimiento de una igualdad formal cuando «lo que verdaderamente se quiere y propugna es una igualdad

te de artículos, pues no dejan de ser mera iteración de las reglas generales (arts. 66, 71, 1323 CC)²⁰⁰, quien quiera poseer derechos semejantes al previsto en el artículo 1320 CC, entre dos sujetos libres e iguales, quizá debería hoy contribuir con su propio esfuerzo a «ganar» por sí mismo dicha facultad, mediante su aportación económica, satisfaciendo el importe acordado del préstamo hipotecario p. ej. adquiriendo el inmueble en proindiviso ordinario, también bajo separación de bienes. Qué duda cabe de que cuanto mayor sea la igualdad efectiva, establecida en el artículo 1328 CC, como rara excepción a los límites generales (art. 1255 CC), menor será el temor a dar rienda suelta a la libertad y permitir que los cónyuges lleguen a todos acuerdos que estimen oportunos y, entre ellos, también aquellos concernientes a la administración y disposición de la vivienda familiar.

IV. LA ANULABILIDAD DE LOS ACTOS DISPOSITIVOS A TÍTULO ONEROSO

a) EL RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS²⁰¹

Esa idea de protección de un cónyuge frente al otro, que subyace en el fondo –y hasta en la forma– del artículo 1320 CC, casa mejor, además, con el régimen de impugnación previsto por el CC para supuestos de los actos dispositivos en cuya perfección el asentimiento se ha preterido: el establecido en el artículo 1322 CC, tal y como se ha venido admitiendo sin opiniones discordantes hasta la fecha. Dicho precepto, que conoce otras aplicaciones a lo largo del Código en materia de régimen

real, y a esta igualdad real sólo se llega mediante el reconocimiento de una libertad equivalente, entre los que son iguales o entre los que se tiene por iguales» (DE LOS MOZOS, José Luis. *Comentarios...*, 1982, *op. cit.*, p. 209), mientras que hoy puede darse por ya conquistada.

²⁰⁰ Se trata de preceptos (arts. 66, 71 y, en parte, también el artículo 1238 CC) redundantes, superfluos y, por tanto, innecesarios, por ser una mera iteración de las normas generales (arts. 32 CE, y arts. 1259 y 1255 CC) aunque preñados de una fuerte carga simbólica, en una etapa en la que el legislador se mostraba ávido de manifestar expresamente su ruptura con el régimen precedente [Vid. MARÍN LÓPEZ, *Comentarios del Código...* (Coord. Bercovitz), *op. cit.*, pp. 186 y 190; y COSTAS RODAL, en *Comentarios del Código...*, *op. cit.*, p. 1574]. Asumiendo que «hoy el matrimonio no es una institución jerárquica sino bicéfala» (MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 186), tales declaraciones habrían de ser tenidos por una reliquia del pasado.

²⁰¹ Este es un tema de extrema complejidad cuyo análisis daría de sí para un ensayo independiente, por ello me permito tan solo subrayar dos o tres ideas básicas en la línea de lo apuntado hasta ahora. Para otras consideraciones remito a las reflexiones de gran interés ESPIAU ESPIAU, Santiago. *La protección de la vivienda...*, *loc. cit.*, p. 13/34 Vlex.

económico (arts. 324, 1320, 1376, 1377...) ²⁰², tutela los intereses particulares de un determinado sujeto, aunque en el caso de la vivienda familiar suele traducirse, con harta frecuencia, tan solo en una indemnización, merced a la protección desorbitada en beneficio de terceros establecida en la 2.ª prop. del propio artículo 1320.

La protección que se dispensa al cónyuge cuya autorización ha sido omitida viene a coincidir así, y no por una remota casualidad, con el régimen de impugnación orientado a la protección de un sujeto o persona determinados, según enseña la mejor doctrina: la anulabilidad contractual. Tal es el parecer de dos expertos en la materia, Delgado y Parra ²⁰³. No se establece en caso de omisión de ese asentimiento necesario la nulidad radical o de pleno derecho, que quizá fuera lo procedente cuando se produce la conculcación de una norma integrante del orden público, concebida en favor de un colectivo más amplio de sujetos, entre los que en hipótesis se contarían los hijos menores de edad.

Hay unanimidad en la jurisprudencia al entender que el acto dispositivo realizado a título oneroso sin el asentimiento del cónyuge no titular es meramente anulable, trasladando el régimen dispuesto por el artículo 1322 al caso particular recogido en el artículo 1320 ²⁰⁴. Sin embargo, la carga de la prueba del carácter familiar de la vivienda incumbe al cónyuge cuyo asentimiento se pretirió ²⁰⁵ aunque conviene recordar que, a juicio del Tribunal Supremo, el silencio –acaso la pasividad, siendo conocer del acto dispositivo– pueden desembocar también en una manifestación tácita del asentimiento uxorio que imposibilitaría la impugnación posterior del acto ²⁰⁶. Es ésta, no obstante, una cuestión espinosa y muy discutida entre *lexis* y *praxis*, sobre todo en cuanto a los hechos de los que cabe deducirse la prestación del asentimiento.

La aplicación de la disciplina contenida en los artículos 1300 y ss. del CC implica, de la misma manera, y desde la visión tradicional del fenómeno, aunque existen pareceres en contra muy

²⁰² LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de familia*, ed. exp., *op. cit.*, p. 298; GARCÍA CANTERO, Gabriel, «Notas sobre el régimen...», *loc. cit.*, p. 311; HERRERO GARCÍA, M.ª José. *Comentario...*, *op. cit.*, p. 594.

²⁰³ «La anulabilidad es una clase de invalidez dirigida a la protección de un determinado sujeto (...) de manera que únicamente él pueda alegarla, y asimismo pueda optar por convalidar el contrato anulable mediante su confirmación» (DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, María Ángeles. *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 52).

²⁰⁴ Por todas, *vid.* las SSTs de 22 de mayo de 1995 (RJ 4085) y 19 de octubre de 1994 (RJ 8120).

²⁰⁵ STS de 26 de abril de 1995 (RJ 3256).

²⁰⁶ STS de 28 de abril de 1997 (RJ 3404).

fundados²⁰⁷, que por ejemplo el contrato de compraventa por el que el cónyuge propietario se obliga a entregar la vivienda familiar a un tercero será, en principio válido²⁰⁸, aunque con validez claudicante según ha señalado con reiteración el TS²⁰⁹. Por ende, el contrato habría de reputarse válido en tanto no se ejercite la acción de impugnación, teniéndose mientras tanto por meramente anulable²¹⁰, a expensas de la decisión que adopte el damnificado, que hemos de entender actuará en beneficio de toda de la familia (art. 67 CC).

La inacción del cónyuge no propietario (o titular de otro derecho que atribuya el uso de la vivienda enajenada) es tomada, además, como un visto bueno *ex post facto* conferido al acto que, a la letra, permite el artículo 1322 CC²¹¹ y que sanaría sus posibles vicios; en suma, una ratificación en el sentido del artículo 1310 CC y con los efectos allí descritos (arts. 1309 y 1313 CC). Algo semejante acontece cuando se deja transcurrir el plazo de caducidad cuatrianual (art. 1301 CC)²¹² sin interponer la acción e instar judicialmente la nulidad del acto de disposición, invalidez que tampoco puede ser apreciada de oficio por el órgano jurisdiccional, de continuar con el repaso sucinto de las características que porta todo manual de esta disciplina. Ello hace dudar que el artículo 1320 CC forme parte del orden público español.

Entre la comunidad científica no existen pareceres disconformes con la doctrina legal sentada por el Alto Tribunal. Ya desde un principio García Cantero sostuvo que en ausencia de asentimiento del artículo 1320 CC «el acto no es nulo, sino anulable», «quedará automáticamente convalidado si, dentro de

²⁰⁷ Uno de los pareceres más respetados en la comunidad científica es la de los Catedráticos Delgado y Parra que, contra la opinión más extendida, sostienen: «en el Derecho español el contrato anulable es originariamente inválido e ineficaz (aunque puede convalidarse)» (DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles. *Las nulidades...*, *op. cit.*, p. 52).

²⁰⁸ Como precisara el maestro LACRUZ, «los actos de disposición realizados por un cónyuge sin consentimiento del otro son válidos, pero pueden ser anulados por el que no consintió, en las condiciones de los artículos 1322 y 1301» (LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Ed. exp.*, *op. cit.*, p. 301).

²⁰⁹ *Vid.* SSTS de 22 de diciembre de 1993 (RJ 10104), 1 de diciembre de 1994 (RJ 9391), 22 de mayo de 1995 (RJ 4260); 15 de julio de 1999 (RJ 5050) o, más recientemente, STS 11 de junio de 2001 (RJ 5675), 2 de julio de 2003 (RJ 4461); 29 de septiembre de 2006 (RJ 6514).

²¹⁰ *Cfr.* p. ej. STS de 1 de abril de 1993 (RJ 2982) y 15 de enero de 2008 (RJ 338).

²¹¹ La disciplina tocante a la nulidad relativa, se reitera, en la primera proposición del artículo 1322 CC, que admite la misma confirmación regulada en los artículos 1310 y ss. CC al señalar que se puede atacar la validez de aquellos actos «que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados».

²¹² Se ha estimado que se trata de un lapso demasiado largo para este supuesto: LETE DEL RÍO, José Manuel. *La disposición de la vivienda...*, *loc. cit.*, pp. 1071-1072; LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio. *op. cit.*, p. 38

dicho plazo de cuatro años, no hubiese sido impugnado por el cónyuge no titular o, fallecido éste, por sus herederos»²¹³. E insiste Elorriaga: «el acto será anulable», con un plazo de 4 años para impugnar *ex* artículo 1301; «si dichos actos no fueran impugnados en el plazo antes señalado, se tendrán por ratificados, lo que implicará un consentimiento tácito otorgado «a posteriori»²¹⁴.

La anulabilidad es, por tanto, un régimen que faculta al interesado, en función de sus determinados intereses y necesidades, en un momento concreto, para impugnar el acto o confirmarlo a la entera voluntad del perjudicado. Si lo entiende contraproducente, ataca su validez, en otro caso, bastaría con dejar que se sucedieran normalmente los acontecimientos para obtener el resultado opuesto o, de modo más general, que el interesado transigiera con su pasividad o inacción y así otorgara implícitamente su beneplácito a la actuación llevada a cabo por su consorte.

Desde el enfoque tradicional, mal estaría permitir que quien vende la casa pueda hacerlo no en calidad de representante del grupo interviniendo en beneficio de toda la familia (art. 67 CC) sino movido exclusivamente por su propio interés, pero quizá esté peor que la actuación acabe recayendo única y exclusivamente en el otro miembro de la unión matrimonial como único depositario de los intereses colectivos... ¡Y encima sin ser él el propietario del inmueble! Si mal parecía estar que uno solo de los cónyuges adoptara una decisión de vital trascendencia como es desprenderse del hogar familiar (art. 1320 CC), ¿por qué iba a estar mejor que la eficacia del acto dispositivo acabara dependiendo de lo que a solas y, más adelante, decidiera su consorte?

No hay razón alguna para que tras 1981 el otro cónyuge se arroge las mismas facultades de las que antes de esa fecha la opinión dominante renegaba de que le fueran atribuidas únicamente al titular, aludiendo a los serios inconvenientes que sobrevendrían si él quedaba fuera del ámbito paritario de decisión. Resulta ahora que el voto dirimente acaba en manos no solamente de uno de los cónyuges sino precisamente del que no era titular del derecho que permite a la pareja habitar la vivienda, cuando en otras circunstancias nunca habría podido disponer de él. Se traslada por esta vía una decisión, que es presentada de ordinario como un caso típico de cogestión, al completo albur de una sola de las partes interesadas²¹⁵.

²¹³ GARCÍA GRANERO, Juan. *Op. cit.*, p. 14.

²¹⁴ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La protección...*, *loc. cit.*, p. 192.

²¹⁵ Tal vez, este panorama quede mitigado en parte por el recurso a la autorización judicial, si bien la doctrina entiende que no cabe acudir al órgano jurisdiccional sino ante

A la vista de tal contexto, se hace hartamente complicado poder calificar una norma como la recogida en el artículo 1320 CC de *ius cogens* pues bastaría la mera voluntad del sujeto que se pretende tutelar para excluir su aplicación por esta vía. Luego una norma cuya aplicabilidad depende de la entera voluntad de su destinatario no puede ser conceptualizada de orden público ni reputarse indisponible. Creo que tales razonamientos impulsaron en su día a Lacruz Berdejo a sostener que la facultad de control atribuida al cónyuge no titular en el artículo 1320 CC era renunciabile porque, igualmente, la validez del acto dispositivo llevado a cabo por su consorte termina quedando a su merced²¹⁶. ¿Por qué, pues, no permitir el juego de la autonomía de la voluntad desde un principio?

b) ESCASA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EX ARTÍCULO 1320.2.º CC

Desde luego, si el legislador pretendía, como sugería parte de la doctrina²¹⁷, conservar la estabilidad del hogar familiar —cuestión que se ha de poner en tela de juicio— la eficacia social de la norma²¹⁸ ha sido un estrepitoso fracaso a juzgar por los comentarios de reputados especialistas, que se no han deshecho precisamente en elogios respecto de la segunda proposición del artículo 1320 CC²¹⁹, a cuyo tenor «la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe». Ese tercero de buena fe que adquiere a título oneroso no se corresponde tampoco con el des-

la negativa injustificada del cónyuge no titular o cuanto éste se halle impedido para prestar el asentimiento del artículo 1320 CC.

²¹⁶ «La protección que presta el artículo 1320 puede ser renunciada: de ahí que su infracción dé lugar a actos válidos y confirmables», tal era el razonamiento seguido por LACRUZ, que ha dado pie a escribir estas líneas (LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho civil*. IV, *op. cit.*, p. 301).

²¹⁷ Se observa que un sector importante de la doctrina así lo mantiene. Traigamos aquí a colación otra autora, aún no mencionada, la reforma operada en 1981, entre ella la inclusión del artículo 1320 CC, respondería a «la fundamental razón de proteger el espacio físico que satisface la elemental necesidad de morada de la familia y, consiguientemente, el inmueble que cumple la importante función de servir de vivienda habitual a la familia» (ALGARRA PRATS, Esther. *Reflexiones sobre la protección...*, *loc. cit.*, p. 19).

²¹⁸ *Cfr.*, con carácter general, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. «Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles», *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2007, vol. 1.º y en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 29, 2006, pp. 195 a 218.

²¹⁹ Sobre esta cuestión incide especialmente en su monografía TAMAYO CARMONA, Juan Antonio. *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 70. *Vid.* también p. ej. CUESTA SÁENZ, José María de la. «La protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español. Estudio de Derecho Comparado», *RDN*, 1983, pp. 164-165.

crito en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, como ha tenido ocasión de precisar la jurisprudencia²²⁰ y ya venían interpretando algunos autores²²¹.

La crítica más acerba de los aspectos formales proviene de la pluma de Giménez Duart: «hemos dicho que este párrafo «pretende aclarar» la trascendencia en el tráfico de la norma porque mucho dudamos lo haya conseguido, ya que es difícil introducir más confusión en menos líneas»²²². A esa formulación crítica le siguen cuatro ensayos de exégesis diferente, a cual de ellos más elaborado, a pesar de que ninguno llegue a convencer del todo al autor para considerarlo plenamente satisfactorio.

No son menores las objeciones realizadas por De la Cuesta Sáenz a su virtualidad en el tráfico jurídico insistiendo en que «se trata de una norma errada, contradictoria, y desde luego no protectora del interés de la familia». Y llega a decir, en un apartado concreto de su trabajo, que su no aplicación será muchas veces la única posibilidad de no dar al traste con la protección de la vivienda familiar²²³. Caso de apreciarse judicialmente la nulidad del negocio jurídico –con eficacia constitutiva, pues antes era válido–, procedería la restitución del bien en virtud del artículo 1301 CC y, por ende, la recuperación de la vivienda²²⁴. Ahora bien, esto raras veces ocurre, dada la eficacia obnubilante del artículo 1320.2.^a CC, muy criticado por la doctrina, que relega la aplicación los artículos 1322 CC y concordantes a un segundo plano.

Basta que el tercero desconozca el carácter familiar de la vivienda –de este modo debe interpretarse la buena fe– para que la adquisición se consolide y se torne irreivindicable, independientemente de que el asentimiento se hubiese llegado a prestar o no. A primera vista resulta difícil creer que el mismo disponente desconozca y, en consecuencia, no mencione el carácter

²²⁰ El tercero protegido por el artículo 1320.2.^a CC no es el mismo que se recoge en el artículo 34 LH, como ha precisado el TS: «el adquirente a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1320 no es propiamente el tercero hipotecario sino el primer adquirente fuera del círculo conyugal por el título que sea del bien en cuestión» [STS 1992 de 11 de diciembre de 1992 (RJ 10136)].

²²¹ Se ha vuelto a insistir, con buen tino, en este punto: hay que precisar que este adquirente no es propiamente un tercero hipotecario, sino el primer adquirente del bien en cuestión (cfr. LETE DEL RÍO, José Manuel. *La disposición de la vivienda...*, *loc. cit.*, pp. 1069-1070).

²²² Vid. GIMÉNEZ DUART; «El artículo 1320 del CC...», *loc. cit.*, p. 194 y «La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *RDN*, vol. 113-114, 1981, p. 89.

²²³ CUESTA SÁENZ, José María de la. *Acerca del llamado régimen...*, *op. cit.*, p. 1156.

²²⁴ Vid. a este respecto STS de 27 de marzo de 2001 (RJ 6241).

habitual de la vivienda que enajena²²⁵, por haber sido víctima de un error, como parece indicar el artículo 1320.2.º CC aunque, desde el punto de vista del adquirente resulte ya más complicado el averiguarlo, dado que el Registro sólo muy marginalmente proporciona esta indicación²²⁶. Más comunes habrían de ser, por el contrario, las afirmaciones falsas en la escritura sobre el carácter familiar de la vivienda, eso sí bajo pena de falsedad documental (art. 392 CP) que tal vez pueda actuar como elemento disuasorio.

En este sentido añade Elorriaga: «sería extremadamente fácil burlar el impedimento de la Ley 55 (art. 1320 CC), bastaría una declaración falsa del disponente, aceptada como verdadera por el tercero, a pesar de saberla falsa, y con ello este último quedaría a salvo de cualquier impugnación»²²⁷. Lógico es exigir la buena fe del tercero que adquiere para no hacer la protección del artículo 1320 CC totalmente vacua pero, según las reglas generales, la buena fe se presume siempre²²⁸ y la mala debe ser probada, demostrada judicialmente. En ocasiones la jurisprudencia ha invertido esta presunción, a través del juego de varios hechos indiciarios concurrentes en este tipo de casos²²⁹ como pudiera ser la visita de la vivienda previa a la adquisición²³⁰. Pero creo que este modo de razonar tiene más que ver con encontrar una vía de escape y lograr la corrección de los efectos distorsionadores del artículo 1320.2.ª CC que con la estricta lógica jurídica.

Parece claro que el tercero que adquiere ha de desconocer estas circunstancias y no debe mediar connivencia; buena fe que desaparecerá al visitar y examinar la vivienda y constatar dichas

²²⁵ La doctrina sostiene mayoritariamente que es casi imposible que alguien ignore cuál es su vivienda habitual [GIMÉNEZ DUART, Tomas. *El artículo...*, loc. cit., p. 194 (hace un análisis en detalle de las diversas hipótesis: pp. 195 a 198); GORDILLO CAÑAS, Antonio. *La protección...*, p. 1136; GARRIDO CERDÁ, Emilio. *AAMN*, loc. cit., p. 108; ELORRIAGA BONIS, Fabián, *La protección...*, loc. cit., pp. 192-193]. Por todos, sostiene LACRUZ «difícilmente puede estar en un error sobre si en el piso o casa que vende viven su mujer y sus hijos o no» (LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de familia*, ed. exp. *Op. cit.*, p. 301) –nótese cómo el Profesor zaragozano, una vez más, se refiere implícitamente al marido.

²²⁶ «Aunque poco frecuente en la práctica, es posible que en el Registro conste el destino de la finca a la vivienda de la familia» (cfr. RIVAS TORRALBA, Rafael A. *Anotaciones de embargo*, 4.ª ed., Bosh, Barcelona, 2008, p. 372, n. 645 y los allí citados).

²²⁷ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La protección...*, loc. cit., p. 194.

²²⁸ La presunción general de buena fe impone no dudar de la veracidad de lo declarado. *Vid.* DÍEZ PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio. *Sistema...*, op. cit., p. 147.

²²⁹ «La existencia de circunstancias de notoriedad o indicios de cognoscibilidad objetivos (entre ellos, el previo examen de la vivienda) pueden llegar a descalificar la buena fe del adquirente, cuando pudiendo fácilmente conocerlos alega desconocerlos de hecho» [RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel. *Jurisprudencia civil comentada* (Dir. M. Pasquau Liaño), op. cit., p. 2553].

²³⁰ *Vid.* la ya citada STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 10136).

circunstancias, según Elorriaga. «Normalmente, nadie compra una vivienda sin visitarla y examinarla», afirma el autor con apoyo en una norma irlandesa proveniente del «*Common Law*»²³¹. Sin embargo debe advertirse que el «*searching*» es habitual en tales jurisdicciones, pues se carece de una protección registral como la que dispensa el sistema español y tampoco existe una norma semejante al artículo 1483 CC. Quien quiera soslayar el artículo 1320 CC puede encontrar la forma de hacerlo enseñando el piso un día que la familia no esté en él presente, lo que por comodidad y para evitar molestias suele ser bastante usual.

Lo cierto es que, en ocasiones, se ha establecido con claridad y desde un principio dónde radicará el hogar familiar, como invitan a pensar algunos preceptos (arts. 9.2 y 70 CC); en otras, sin embargo y, en especial, en ausencia de capitulaciones matrimoniales su averiguación, a los efectos prácticos de prestar el asentimiento requerido por el artículo 1320 CC será una larga y ardua tarea, que sólo se pone de relieve con ocasión de su venta, cuando hace su aparición en escena el artículo 91 del RH. De ahí que la suficiencia de una declaración negativa –que el inmueble no constituye la vivienda familiar– sirva para poder inscribir en el Registro, pero tal inscripción no convalidará el acto dispositivo si se pretendió el consentimiento y, en realidad, era necesario (art. 33 LH).

La ausencia de este dato en el Registro –y la inexistencia de uno específico que refleje el contenido de las capitulaciones, como ocurre en Alemania, Holanda, Noruega o Suecia²³²– unida a la desproporcionada protección del artículo 1320.2.^a CC, fuerza a que la expresión falsa, en la escritura pública, referida al carácter de la vivienda suponga la pérdida de su propiedad, que se hace irrevindicable frente a terceros ignorantes de estas circunstancias. Cabrá acudir a la acción de anulabilidad, en un supuesto que desborda el esquema general, pues es en realidad un tercero y no una de las partes quien impugna el contrato; pero la mayoría de las veces, la restitución del inmueble –recuperar de la vivienda– será ya imposible.

Si fruto de la enajenación se llega a producir efectivamente la pérdida del derecho (*v.gr.* propiedad) que posibilita la ocupación de la vivienda por parte de la familia²³³, el cónyuge cuyo

²³¹ Cfr. ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La protección...*, *loc. cit.*, p. 194.

²³² La insuficiencia de la publicidad que proporciona el Registro Civil ha hecho que un sector de nuestra doctrina, liderado por LACRUZ, abogara por la creación de un Registro específico de capitulaciones matrimoniales [*Vid.* IGLESIA PRADOS, Eduardo de la. «La publicidad del régimen económico matrimonial pactado en capitulaciones matrimoniales», *RCDI*, vol. 689, may-jun. de 2005, pp. 809 a 832 (VLex, 13/24)].

²³³ Un análisis detallado merecería la respuesta que ha dado a este problema el legislador aragonés en el artículo 53.1 de la Lrem, a cuyo tenor: «la venta de cosa común

consentimiento-autorización se omitió o sus herederos sólo podrán pretender ser indemnizados por el cónyuge disponente, como mantiene la doctrina²³⁴, pero acabarán, de todas formas, «de patitas en la calle». Se frustra, pues, la finalidad pretendida por el legislador histórico, a juicio de la doctrina mayoritaria, ya que se llega así al resultado que, justamente, trataba de evitar la norma. Si el artículo 1320.1.º CC protegiese a alguien más que al cónyuge, el artículo 1320.2.ª CC contradiría esta filosofía de una presunta tutela de todo el grupo familiar y no exclusivamente del cónyuge cuyo asentimiento fue preterido.

Con el artículo 1320.2 CC «queda abandonado el interés familiar concreto, en beneficio de una seguridad del tráfico bastante más abstracta, traduciendo, en muchos casos, en letra muerta lo dispuesto en el inciso primero de la norma»²³⁵. La postura del CC resulta ambiguamente favorable a la seguridad del tráfico a pesar de las apariencias y de lo que pudiera indicar la literalidad del artículo 1320²³⁶. El hecho de que el legislador se hubiese inclinado por esta segunda opción «desnaturaliza y debilita» la protección de la vivienda habitual, en opinión de Algarra Prats²³⁷. A la vista de esta operatividad práctica del precepto, y cómo cede en el tráfico jurídico en beneficio de terceros, sería más razonable pensar que la protección del artículo 1320 se hubiese establecido a favor del cónyuge no titular más que pensando en la totalidad del grupo familiar, si es que existen otros miembros aparte de los propios cónyuges (cosa que no siempre sucede).

c) DISCORDANCIA ENTRE LOS ARTÍCULOS 96 Y 1320 CC EN ESTE PUNTO

Se aprecia, por último, una clara falta de sintonía entre dos preceptos que versan sobre la misma cuestión, el artículo 96 y el artículo 1320 CC –anverso y reverso de una misma moneda, uno, constante matrimonio y el otro, quebrada ya la unión conyugal o en visos de romperse– y que, sin embargo, llevan para-

por uno solo de los cónyuges cuando es necesario el consentimiento de ambos es válida y produce sus efectos obligacionales exclusivamente entre las partes contratantes y sus herederos, pero la entrega de la cosa, en cualquier forma que se realice, no transmite la propiedad al comprador».

²³⁴ Cfr: HERRERO GARCÍA, María José. *Comentario...*, op. cit., p. 592; ELORRIAGA BONIS, Fabián. *loc. cit.*, p. 194.

²³⁵ ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. *La protección...*, *loc. cit.*, p. 192.

²³⁶ Cfr: LUCINI CASALES, Ángel. *La vivienda familiar...*, *loc. cit.*, p. 110.

²³⁷ ALGARRA PRATS, Esther. *Reflexiones sobre la protección...*, *loc. cit.*, p. 24.

dóxicamente a consecuencias jurídicas muy diferentes, al menos desde el punto de vista del tráfico externo. En su eficacia frente a terceros, el artículo 1320.2, supone que, rara vez, se conservará la propiedad del inmueble y el artículo 96.4.^a, por el contrario, dispensa tal tuición al derecho de uso atribuido judicialmente al cónyuge custodio que será verdaderamente extraño en la práctica encontrar a alguien que se avenga a adquirir el inmueble, a sabiendas de que está gravado. Además, resta por añadir, que esta última circunstancia sí constará públicamente –frente al carácter familiar de la vivienda en el artículo 1320 CC– pues se permite la inscripción de este derecho de uso *ex* artículo 96 CC en el Registro, lo que permite eliminar la buena fe del tercer adquirente con una facilidad mucho mayor.

Atendiendo a la sistematización del propio Código, llama sobremanera la atención su falta total de simetría, pues la previsión recogida en el segundo párrafo del 1320 CC, que con anterioridad se comentaba, no tiene su correlato en el artículo 96 CC. No hay en él una cláusula semejante a favor de terceros adquirentes y tal vez quepa congratularse de tal omisión²³⁸ pues ha permitido a los tribunales tradicionalmente conferir la atribución del uso de la vivienda al cónyuge custodio sin que dicha concesión se viera menoscabada a través de una enajenación posterior.

Aunque haya sido muy discutida su naturaleza de derecho real y esté lejos de ser un debate cerrado en la actualidad, como evidencian los pronunciamientos de los Tribunales²³⁹, la conceptualización por parte de la jurisprudencia del derecho de uso conferido al cónyuge no propietario en virtud del artículo 96 CC como oponible *erga omnes* hace que despliegue una eficacia considerablemente superior a la de su homólogo 1320 CC. La discusión acerca de su posible concepción como un «iura in re aliena»²⁴⁰, que ha hecho correr ríos de tinta, no ha sido óbice para que la atribución judicial del uso de la vivienda, en virtud del artículo 96, alcance también al tercero del artículo 1320.2.^a CC conforme a la regla general *prior in tempore, potior in iure*.

²³⁸ Por paradójico que pueda resultar, la protección de la vivienda familiar en situaciones de estabilidad matrimonial es menor o más débil que tras haberse afrontado una crisis matrimonial (*vid.* GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. «Relevancia registral de la vivienda familiar y los derechos sobre la misma», en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona, 1986, p. 152; y ESPIAU ESPIAU, Santiago. *La vivienda familiar en el Ordenamiento...*, *op. cit.*, p. 257).

²³⁹ Aunque últimamente el TS se inclina por negarle naturaleza de derecho real. *Cfr.* el FD.º 4.º de la reciente STS de 8 de octubre de 2010 (RJ 7445) y las allí citadas.

²⁴⁰ La STS de 18 de octubre de 1994 (RJ 7722) lo configura como un derecho real familiar de carácter temporal.

El entender que se está ante un derecho oponible a terceros, con eficacia *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad²⁴¹ evita, en mi opinión, buena parte de los problemas semejantes que acarrea el artículo 1320.2.^a CC. Sirva de ejemplo la STS 31 diciembre 1994: «el artículo 96.4 aunque excluya la aplicación del artículo 1320.2.º, en cualquier caso proporciona una protección de la vivienda familiar, atribuida a uno de los cónyuges en bien propiedad del otro, de carácter absoluto, ejercitable «erga omnes» pero limitada a que subsista la ocupación durante todo el tiempo que disponga el Juez de familia que aprobó el convenio, que no impide la enajenación compatible con el uso, una vez disuelto el matrimonio. Serán, en su caso, los adquirentes los que valorarán la incidencia del uso atribuido en el consentimiento, por ellos prestado, en el contrato de adquisición»²⁴².

V. OTRO TIPO DE CAPÍTULOS: LOS «DE DERRIBO»

1. PACTOS DE EXCLUSIÓN Y RENUNCIA PREVISORES DE UNA FUTURA CRISIS MATRIMONIAL

En nuestros días las capitulaciones han adquirido una dimensión desconocida de la que antaño carecían²⁴³ a través de los bautizados como «capítulos de derribo»²⁴⁴, concebidos no en contemplación a la futura convivencia marital, sino en previsión de una hipotética ruptura, principalmente por divorcio, aunque no sólo por esta causa. Quizá la facilidad con la que es dable disolver hoy el vínculo matrimonial, especialmente tras la Ley 15/2005²⁴⁵, haya coadyuvado a generar una mentalidad divorcista en la sociedad española, que se ha tornado, por esta

²⁴¹ Se trata de un derecho oponible a terceros, que se beneficia de la publicidad registral y, como tal, «constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares» [STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 10136)]. Vid. también STS de 4 de abril de 1997 (RJ 2636) y 22 de abril de 2004 (RJ 2713).

²⁴² Vid. STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 10330 RJ), *cfr.* esp. su FD.º 6.º

²⁴³ Su misión principal estribaba en dejar constancia de los bienes aportados al matrimonio.

²⁴⁴ *Cf.*: EGEA FERNÁNDEZ, Joan. «Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. III, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 4551 y ss. y LACRUZ MANTECÓN, Miguel Luis. «El régimen de separación de bienes», *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, p. 152.

²⁴⁵ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

razón, más precavida y desconfiada. Sea como fuere, lo cierto es que «la autonomía privada plasmada en capitulaciones matrimoniales se ha ensanchado al ampliarse la posibilidad del contenido propio del pacto, por la naturaleza disoluble del matrimonio»²⁴⁶.

Los acuerdos prematrimoniales o capítulos otorgados en previsión de una futura ruptura matrimonial, muy extendidos en EEUU²⁴⁷, ya se admitieron sin ambages en el Derecho positivo catalán, merced a un inciso *in fine* del artículo 15 CF, que se ha visto sustituido hoy por el Libro II del CC²⁴⁸, cuyo articulado recoge una previsión casi idéntica²⁴⁹. Desde entonces, han proliferado pactos capitulares de muy variada índole y contenido²⁵⁰, entre los que se incluye la renuncia a derechos que hace veinte o treinta años tal vez se habrían tenido por indisponibles²⁵¹, tales como la pensión compensatoria o el establecimiento de indemnizaciones pecuniarias para los casos en que se contravengan determinadas obligaciones, ya no patrimoniales, sino también de carácter personal²⁵². Todo ello ha contribuido a reabrir el debate acerca de la incidencia de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia y, quizá, a redefinir sus límites²⁵³.

²⁴⁶ Cfr. ROCA I TRÍAS, Encarna. *Autonomía, crisis matrimonial...*, *op. cit.*, p. 2119.

²⁴⁷ Vid. ANGUITA VILLANUEVA, Luis A. «Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia* (Coord. J. Rams Albesa), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 278 y ss.

²⁴⁸ Desde el 1 de enero de 2011 está en vigor el Libro II del CC catalán, según su DF5^a.

²⁴⁹ En los capítulos matrimoniales se puede determinar el régimen económico matrimonial, convenir pactos sucesorios, hacer donaciones y establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial (art. 231-19.1.º CCC).

²⁵⁰ El Derecho catalán ha abierto la veda al no delimitar cuáles son los pactos lícitos que cabe pactar en previsión de una futura ruptura matrimonial, quedando en manos de la discrecionalidad hasta dónde puede llegar la autonomía de la voluntad en este ámbito: excluir o limitar la pensión compensatoria, en razón del trabajo doméstico e, incluso, la atribución del uso de la vivienda familiar (cfr. LAMARCA, Albert *et al.*, *Separación de bienes...*, *loc. cit.*, p. 13] y, a veces, amén de la distribución de la propiedad familiar, pensiones a favor de uno de ellos o de los hijos comunes (*loc. cit.*, p. 15).

²⁵¹ Aunque quizá no sea preciso remontarse tanto tiempo; a pesar de no tratarse de una resolución emanada del TS, la SAP de Asturias de 12 de diciembre de 2000 (JUR. 151) emplea argumentos clásicos para defender la nulidad de pleno derecho de la renuncia anticipada y recíproca que los cónyuges pactaron en capitulaciones matrimoniales a la pensión *ex* artículo 97 CC.

²⁵² Se ha defendido que el contenido puede ser tan amplio como las partes estimen conveniente. Vid. ANGUITA VILLANUEVA, Luis A. *Acuerdos prematrimoniales...*, *op. cit.*, p. 315. A veces resulta controvertido plantearse si se puede establecer un pacto, a modo de pena convencional, por la que una parte se obligue a indemnizar a la otra por divorciarse. Vid. SAP Almería 17 febrero 2003 (AC. 623).

²⁵³ Tanto es así que, en opinión de GARCÍA RUBIO, «tales pactos suponen una nueva vuelta de tuerca en la ardua tarea de definir con claridad el papel de la autonomía de la voluntad en las relaciones matrimoniales y paramatrimoniales y ponen una vez más en evidencia el difícil equilibrio entre lo imperativo y lo dispositivo en la institución matrimonial» (GARCÍA RUBIO, María Paz. «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la

Hace algún tiempo resultaba impensable conducirse de este modo cuando se consideraba que el establecimiento de unas normas liquidatorias distintas de las previstas en el CC en los casos de crisis matrimonial se reputaban nulas por contravenir el orden público²⁵⁴, al igual que acontece con el artículo 1320 CC. No era imaginable que cupiera renunciar anticipadamente al derecho atribuido en el artículo 97 CC pero hoy es visto con total normalidad: tanto el Tribunal Supremo, desde finales de los 80²⁵⁵, como el Centro Directivo se muestran proclives a su admisión, dentro de las normas generales establecidas para cualquier otro caso, a saber el artículo 6.2 CC²⁵⁶ y lo mismo cabría decir de la doctrina, entre la que destacan los trabajos de la la Prof.^a García Rubio²⁵⁷. Es una cuestión que demuestra la volubilidad del propio concepto de orden público, sujeto a variaciones y reformulaciones constantes, como revela el tratamiento efectuado sobre este particular²⁵⁸.

En este ámbito concreto, la exclusión voluntaria de la Ley aplicable ha alcanzado también al artículo 96 CC, paralelo al artículo 1320 CC, pero una vez deshecho el vínculo –se ha dicho que uno responde a situaciones de crisis y el otro a la normalidad matrimonial. En ausencia de hijos, el artículo 96 CC contempla un derecho de contenido netamente patrimonial y, por tanto, disponible, lo que permitiría establecer una compensación económica equivalente al precio de arriendo de la vivienda, fijar unos criterios de atribución basados en la culpabilidad e, incluso, llegar a renunciar totalmente a su uso por parte del cónyuge no titular. Todos estos acuerdos podrían recogerse –y de hecho

libertad y sus límites en el Derecho de familia», *Nous reptes del Dret de família*, Documenta Universitaria, Girona, 2005, p. 120).

Vid. también <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/2/mpgr.htm>

²⁵⁴ Cfr. NAGORE YÁRNOZ, *Doctrina actual...*, op. cit., p. 528.

²⁵⁵ Cfr., p. ej., «la pensión puede ser renunciada (...) al no afectar al sostenimiento o alimentación de la familia, ni la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio» [STS 2 diciembre 1987 (RJ 9174)].

²⁵⁶ Así, la Dirección General salva su posible exclusión voluntaria basándose en «la regla general en nuestro ordenamiento es la renunciabilidad de todo derecho, salvo que con ello se contrarie el interés público o se perjudique a tercero». RDGRN de 10 de noviembre de 1995 (RJ 8086).

²⁵⁷ La doctrina, entre la que cabría destacar los muchos trabajos de la Prof.^a GARCÍA RUBIO, se muestra partidaria de esta posibilidad: GARCÍA RUBIO, María Paz. «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil», *ADC*, 2003, n.º 4, pp. 1653 a 1673.

²⁵⁸ La renuncia a la prestación ex artículo 97 CC ya «no va contra el orden público familiar», y puede ser documentada en capítulos matrimoniales (cfr. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa. *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 56; también EGEA FERNÁNDEZ, Joan. *Pensión compensatoria y pactos en previsión*, op. cit., p. 4569).

en la práctica figuran— entre los pactos capitulares²⁵⁹ como pone de relieve la incesante actividad de los despachos notariales²⁶⁰.

2. LA EXTENSIÓN DEL MODELO A LAS SITUACIONES DE NORMALIDAD MATRIMONIAL

¿Si cabe renunciar anticipadamente a la protección que dispensa el artículo 96 en previsión de una futura crisis conyugal, por qué no iba ser posible hacer lo mismo en situaciones de normalidad matrimonial, en cuyo caso el artículo 1320 CC se vería desplazado por expresa voluntad de los implicados?²⁶¹ Tal vez quepa argumentar que en el supuesto del artículo 96 CC ya no existe propiamente matrimonio y que ha cesado, en virtud del artículo 102 CC, la obligación que tenían los cónyuges de vivir juntos (arts. 68 y 69 CC). Quizá el lazo de unión, así como la protección del hogar familiar, sea menor tras la ruptura que «cuando las cosas van bien»²⁶², aunque ello contradiría los postulados sobre los que se venían asentado las medidas derivadas del divorcio y su progresiva revisión judicial.

Si es posible renunciar a la atribución del uso de la vivienda, en una suerte de convenio regulador, que recoge acuerdos en las propias capitulaciones anticipándose a la situación de crisis matrimonial, lo que entraña el desplazamiento del artículo 96.4 CC por voluntad expresa de los particulares —a quienes principalmente concierne—, no se encuentran ya razones jurídicas de peso para no permitir ese mismo juego de la autonomía privada en una norma paralela, al artículo 96.4 CC, tal como es el artículo 1320.1.^a CC. De poderse excluir previamente, a modo de derogación singular para el caso de un concreto matrimonio, la aplicabilidad del artículo 96.4 CC, decaerían igualmente todos los impedimentos que pudieran existir para trasladar, dentro del

²⁵⁹ Cfr: un ejemplo de capitulaciones con convenio regulador en ÁVILA NAVARRO, Pedro. *Formularios notariales*, T. V. *Derecho de familia. Derecho sucesorio*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 17 y ss.

²⁶⁰ Vid. PAZ ARES, Ignacio. «Previsiones capitulares», en *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y previsiones capitulares* (Asociación Española de Abogados de Familia), Dykinson, Madrid, 2008, pp. 143 y 144.

²⁶¹ El autor, sin embargo, no admite la renuncia preventiva de un cónyuge al derecho de control que le corresponde sobre los actos dispositivos de la vivienda habitual. PAZ ARES, Ignacio. *Previsiones capitulares*, *op. cit.*, p. 124.

²⁶² El Centro Directivo no encuentra impedimentos serios por ejemplo a que el cónyuge titular, que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar, a resultas de un proceso de crisis matrimonial, pueda disponer de ella con entera libertad, sin que sea ya preciso el consentimiento de la antigua pareja, a pesar de existir hijos comunes [cfr. RDGRN de 14 de mayo de 2009 (RJ 3006)].

marco general establecido por los artículos 6.2 y 1255 CC, esa misma posibilidad, en la disposición de la vivienda habitual de la familia constante matrimonio.

Igual que el pacto acerca de la pensión compensatoria puede ser revisado si concurren vicios del consentimiento²⁶³, de la misma forma y por los mismos motivos (art. 1265 CC) cabría examinar si el renunciante no incurrió en un error fatal y excusable (art. 1266 CC), si se captó su voluntad empleando artimañas, palabras o maquinaciones insidiosas del lado de la contraparte (art. 1269 CC) o si se arrancó su declaración abdicativa mediante intimidación, bien del otro capitulante, bien de un tercero que no sea parte en el acuerdo (art. 1267 CC). Sólo entonces se tendría que considerar la eventual invalidez del pacto de renuncia a la facultad que otorga el artículo 1320.1.ª CC al consorte del titular de la vivienda habitual.

Únicamente debería estimarse la nulidad de la cláusula –en nuestro caso de renuncia– cuando «a los pactos alcanzados entre los cónyuges y elevados a públicos (...) se llegara desde una posición de inferioridad; en otro caso, debería estarse al «pacta sunt servanda»²⁶⁴. Pero mientras la abdicación sea fruto de una declaración de voluntad libre, esto es, no viciada porque no ha mediado dolo que moviera al otorgamiento de esas capitulaciones²⁶⁵ o intimidación del lado del otro capitulante²⁶⁶ ni se hubiera tratado de captar la voluntad del renunciante²⁶⁷ no hay razón para impedir que la renuncia surta efectos. De mediar vicios del consentimiento, se habría de acudir a las reglas generales de impugnación como ordena el último precepto dedicado a reglar los capítulos matrimoniales (art. 1335 CC). La apreciación de tales anomalías en el consentimiento debería acarrear una nulidad parcial, sólo de la concreta cláusula capitular sin extenderse, en principio, al resto del *instrumentum*²⁶⁸.

²⁶³ STS de 26 de enero de 1993 (RJ 365).

²⁶⁴ Vid. SAP de Málaga de 20 de junio de 2000 (AC 2000, 99).

²⁶⁵ STS de 9 de septiembre de 1985 (RJ 4247).

²⁶⁶ STS de 15 de enero de 2004 (RJ 202).

²⁶⁷ Este mismo argumento fue empleado en el pasado para tratar de justificar el principio de inmutabilidad del régimen económico, como una parte integrante del orden público, sancionado en el antiguo artículo 1320 CC. Los mismos argumentos podrían repetirse ahora a propósito de la renuncia: «respecto de los posibles abusos de un cónyuge sobre otro, puede decirse que éstos son posibles cualquiera que sean las previsiones legales y que, por otra parte, la promoción de la mujer –considerada la más débil por el Derecho codificado– no hace tan necesaria su especial protección» (LETE DEL RÍO Y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Notas sobre...*, loc., p. 164).

²⁶⁸ Cabría discutir hasta qué punto la renuncia efectuada se pudo realizar condicionada o no a que el otro capitulante realizar alguna concesión en contrapartida. En cuyo caso, la corresponsividad haría, muy probablemente, que decayera, como efecto reflejo, la eficacia de alguna otra cláusula.

VI. LA POSIBLE REMISIÓN EN BLOQUE A OTROS DERECHOS

1. LA FINALIDAD DE LA PROHIBICIÓN

Antes de la primera reforma de la organización económica del matrimonio, en los albores de la democracia, regía lo dispuesto en el artículo 1317 CC, cuya «malquerencia encubierta contra las regiones forales» había sido denunciada ya en el siglo XIX por Durán y Bas, y retomada en el XX por el maestro Lacruz²⁶⁹: «Se tendrán también por nulas y no puestas en los contratos mencionados en los dos artículos anteriores –contratos con ocasión del matrimonio–, las cláusulas por las que los contratantes, de una manera general, determinen que los bienes de los cónyuges se someterán a los fueros y costumbres de las regiones forales y no a las disposiciones generales de este Código»²⁷⁰.

Caído el designio unificador y centralista y su vocación de aplicación general en todo el territorio nacional, que la primigenia versión del Código había heredado del Proyecto de García Goyena²⁷¹, de inspiración francesa, tal prohibición carece de todo sentido en tiempos modernos. Este desiderátum frustrado²⁷² se hace especialmente evidente cuando se asienta el Estado de las Autonomías y las CCAA comienzan su andadura legislativa al amparo del artículo 149.1.8.^a CE²⁷³. Aunque su fracaso ya era previsible tras la reforma del Título Preliminar en 1974 porque la introducción del artículo 13 CC hacía verdaderamente

²⁶⁹ Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de familia*. T. I, Bosch, Barcelona, 1974, p. 176; GARRIDO CERDÁ, Emilio. «La vecindad civil y el régimen económico», *AAMN*, T. XXIII, 1983, pp. 7 a 34 (cit. p. 14/21 Vlex).

²⁷⁰ Art. 1317 en su redacción anterior a la Ley de 1981.

²⁷¹ Al tenor del artículo 1237, «no pueden pactar los esposos de una manera general que sus bienes han de gobernarse por fueros o costumbres que hasta ahora han regido en diferentes provincias o comarcas del Reino». Con él se pretendía, a juicio de su autor, evitar la resurrección de antiguos fueros que frustrarían el objeto del Proyecto: crear una unidad de Código para toda la Monarquía. Apuntaba, después, «si hay en ellos alguna disposición que se quiere que rija, habrán de pactarla especialmente, y transcribirla» (GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, ed. al cuidado de Lacruz Berdejo, Cometa, Zaragoza, 1974, p. 666).

²⁷² Fue el alegado deseo de la futura unificación la que movió a los legisladores a copiar, en el –antiguo– artículo 1317, un precepto del CC francés, que prohibía adoptar el régimen de una «coutume» ahogada para evitar su mantenimiento (NAGORE YÁRNOZ, *Doctrina actual...*, *op. cit.*, p. 529).

²⁷³ Ya nos hemos ocupado en otro lugar de tratar estas cuestiones de política legislativa *Cfr.* BARRIO GALLARDO, Aurelio. «Condicionamientos materiales del Derecho civil foral o especial», Cuadernos «Lacruz Berdejo», 2005, n.º 2: <http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=336>.

difícil la pervivencia en el sistema de un precepto como el 1317 CC –en su versión derogada–, según apuntó De los Mozos²⁷⁴.

La tesis se confirma a la luz del artículo 9.2 CC, al indicar, tras la enumeración de una serie de puntos de conexión, cómo la ley personal compartida por ambos cónyuges permite a los futuros miembros de la pareja que los «efectos del matrimonio –ya personales o reales, según añeja y ya clásica distinción en la doctrina²⁷⁵– se rijan por la ley (...) elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio», instrumento que bien pudiera ser la misma escritura que contuviese los capítulos matrimoniales²⁷⁶. En ocasiones las capitulaciones son empleadas, además, para clarificar el régimen al que quedan sometidos los matrimonios mixtos, como ha subrayado recientemente Lamarca²⁷⁷.

Cabe entender, por tanto, que esa remisión general o en bloque a una disciplina estatuida por alguno de los Derechos forales, proscrita hasta 1975 –hubo ya en el siglo XIX desconfianza y recelo infundados hacia estos Derechos que se acrecentaron bajo la dictadura franquista– es hoy, por el contrario, perfectamente posible y, además, admitida casi sin fisuras por toda la civilística española. El principio de libertad de pacto abarcaría, entre otras posibilidades, la elección de un régimen regulado en un Derecho extranjero, en cualquiera de los Derechos forales o, incluso, en el Derecho derogado de las últimas reformas²⁷⁸ puesto que ha desaparecido la limitación que establecía el antiguo artículo 1317 CC²⁷⁹.

La consulta de la exposición sistemática de la disciplina a través de diversos manuales universitarios pone de relieve que la libertad de estipulación capitular, engloba no sólo la optatividad entre regímenes prediseñados sino también la posibilidad de configurar uno completamente original o «a la carta». Se podrían

²⁷⁴ Vid. DE LOS MOZOS, José Luis. *Comentarios al Código...*, op. cit., 1978, pp. 46 y 47.

²⁷⁵ Esta es la distinción que sigue CASTÁN TOBEÑAS al realizar su exposición: Cfr. GARCÍA CANTERO, Gabriel. *Derecho civil español...*, op. cit., pp. 230 y 260.

²⁷⁶ No son capitulaciones matrimoniales –en el sentido de estipulación capitular– los documentos dirigidos a determinar el régimen económico matrimonial legalmente aplicable por razón del juego de los puntos de conexión establecidos en el artículo 9.2 CC, entre las distintas legislaciones concurrentes, según ha señalado el Centro Directivo (RDRGN de 8 de enero de 2004, RJ 2371); ahora bien, qué duda cabe que el *intrumentum* que documente la estipulación capitular puede, igualmente, contener pactos acerca de la ley rectora de los efectos patrimoniales del matrimonio al amparo del artículo 9.3 CC.

²⁷⁷ LAMARCA, Albert et al., *Separación de bienes...*, loc. cit., p. 17.

²⁷⁸ Aunque debe reconocerse, de otra parte, que se ha discutido abundantemente entre los autores si sería posible recuperar el antiguo régimen dotal, suprimido tras la última reforma en profundidad del régimen económico.

²⁷⁹ Así, DE LOS MOZOS, José Luis. *Comentarios al Código...*, op. cit., 1982, p. 82.

introducir modificaciones en los legalmente preexistentes, como Ley supletiva de la voluntad de los cónyuges, pero también efectuar una remisión a otras normas organizativas de la economía del matrimonio fuera del Código civil, amén de ir incorporando en el clausulado, mediante su transcripción en la escritura, algunos preceptos determinados provenientes de las Compilaciones o, simplemente, señalando que su régimen económico será el sancionado por un Derecho civil propio²⁸⁰.

«Desaparecido del CC, tras la reforma de 1981, el antiguo precepto que prohibía pactar, de una manera general, la sumisión de los cónyuges al régimen económico legal de alguno de los Derechos Forales, se hace posible el pacto que, o bien reproduzca como estipulaciones capitulares las normas de éstos, o bien remita expresamente a una Compilación –o a cualquier legislación extranjera–»²⁸¹. El único peligro que pudiera plantear el trasplante de normas, a través de la transcripción capitular estribaría en que las reglas importadas tendrían que vivir en un hábitat sistemático que no es el suyo y, en ocasiones, pudiera serles muy poco propicio²⁸² al desplegar eficacia en un contexto completamente extraño²⁸³. Estos problemas desaparecen, en parte, cuando se está ante un pacto de ley aplicable cuyo régimen cobra vida propia e irá variando al tiempo que cambie el Ordenamiento de referencia.

La cuestión aquí tratada resultaría en el fondo análoga a otras ya planteadas, al menos, desde la cobertura jurídico-formal del pacto. Eliminado el contenido del antiguo artículo 1317 del CC, que establecía un límite a la autonomía privada e impedía a los contrayentes sometidos en el gobierno de sus uniones matrimoniales al CC acogerse a regímenes contemplados en las regiones forales, esta opción queda a disposición de los particulares. Parece evidente que dentro de la libertad capitular del artículo 1315, principio capital del sistema, como se resalta a

²⁸⁰ La praxis notarial enseña que este señalamiento puede realizarse, bien a uno de los regímenes sancionados en otros Derechos civiles españoles, o en una legislación extranjera, en suma, lo que los internacionalistas denominarían, en expresión, de quizá con mayor fortuna en el ámbito netamente contractual, un «pacto de ley aplicable».

²⁸¹ MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis. «Del régimen económico matrimonial. Arts. 1315 a 1444», *Comentario del Código civil* (Coord. I. Sierra Gil de la Cuesta), T. 7, Bosch, Barcelona, 2000, p. 10.

²⁸² Los problemas de ajuste y armonización son extremadamente complejos. *Vid.* MOREU BALLONGA, José Luis. «Comentario artículo 25», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*. T. I. (Coord. J. L. Lacruz Berdejo), DGA, Zaragoza, 1988, p. 679.

²⁸³ *Vid.* HERRERO GARCÍA, María José. *Comentario...*, *op. cit.*, p. 573; en el mismo sentido, AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. *De las capitulaciones...*, *op. cit.*, p. 1546. También hay quien vea en el antiguo artículo 1317 CC una manera de «cerrar el paso a una fuente bien posible de antinomias jurídicas» (MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel, *RDP*, jun. 1967).

menudo y sostiene pacíficamente la doctrina patria²⁸⁴, entraría hoy sin problemas la «sumisión genérica a otro ordenamiento», sea extranjero o, con mayor razón, uno de los coexistentes dentro del territorio nacional.

Es la voluntad de los cónyuges, máxima expresión de la libertad civil, la que determina el estatuto patrimonial por el que debe regirse cada matrimonio, y no es inusual, sobre todo en los matrimonios mixtos, que se empleen las capitulaciones, precisamente, para realizar un pacto de sumisión expresa y en bloque a una Ley extranjera. Además, cuando se citan los artículos donde se recoge esa disciplina no lo es con ánimo de trasladarlos al CC, sino a los solos efectos de identificar con mayor precisión el concreto régimen al que se refieren. Por ejemplo, tal fue el caso resuelto por la AP de Barcelona en el que un matrimonio, conformado por francés y catalana, se remitía expresamente, en capitulaciones otorgadas ante notario del país vecino, al régimen de separación de bienes regulado por este Derecho, citando los artículos del *Code civil* en los que se hallaba comprendido:

«Lo que no excluye que en este matrimonio el régimen económico sea sin duda alguna el capitular francés de separación de bienes por haberlo así regulado los cónyuges. Nótese que en la escritura prematrimonial celebrada en Beziers el 19-6-90 existe una clara sumisión al régimen de los artículos 1536 a 1541 del *Code civil*. Según nuestro Derecho internacional privado, aplicable siempre de oficio (art. 12.6 CC), el régimen económico resulta (art. 9.3 CC) siempre de los pactos o capitulaciones válidos conforme a la ley que rija los efectos del matrimonio, o a la ley de residencia habitual o nacionalidad de cualquiera de las partes —en este caso, se acordó según la ley francesa del marido—, luego el régimen resultante y no otro es el que debe tenerse en cuenta en este caso»²⁸⁵.

En sentido semejante la R. de 13 de enero de 1999 «consideró que no era defecto que impidiese la inscripción el no haber manifestado el vendedor que no era la vivienda familiar mientras no se hubiese comprobado que la ley aplicable al matrimonio del vendedor exigía el consentimiento de ambos cónyuges para la venta de la vivienda familiar»²⁸⁶. Aunque quizá fuera

²⁸⁴ Es muy significativo de esta orientación que sea el artículo 1315 el que efectúa la apertura del régimen primario, determinando cuál es el criterio capital al establecer el régimen matrimonial: la autonomía de la voluntad. La libertad de determinación y configuración del régimen por los interesados es un principio básico del sistema (cfr. BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. *Régimen económico...*, op. cit., p. 46).

²⁸⁵ SAP de Barcelona de 13 de junio de 2001 (JUR 2001/248005), FD.º 3.º

²⁸⁶ RDGRN de 13 de enero de 1999 (RJ 46).

más correcto y ajustado a Derecho el no practicar la inscripción, caso de haberse realizado la manifestación *ex* artículo 91 RH, hasta que no se verifique si la ley extranjera impone o no tal requisito, como parecía exigir el antiguo artículo 12.6 CC, hoy iterado el artículo 281.2 Lec: «el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación».

Como puede comprobarse, la libertad de elección-configuración del régimen matrimonio es casi omnimoda²⁸⁷, de ahí que se haya hablado, con razón, de una cierta «autonomía de la voluntad conflictual»²⁸⁸ en cuanto a la remisión a otros Derechos, diversos del rector en virtud de la ley personal de ambos cónyuges. Sus restricciones habrían de ser extraídas de la adecuada combinación de los artículos 9.2 y 9.3 CC, y los puntos de conexión que señalan la proximidad del matrimonio con el Ordenamiento jurídico cuyos efectos jurídicos son asumidos como propios. La medida que sirva como límite a la libertad capitular vendrá dada por las reglas de Derecho interregional y en concreto por el artículo 9.3 del CC²⁸⁹ que tal vez, como apunta Díez-Picazo, no impone ninguna especial conexión para el pacto²⁹⁰.

2. EL PECULIAR CASO DEL DERECHO BALEAR

Estas consideraciones tienen una especial trascendencia, en el ámbito que ahora nos ocupa, en el Derecho balear, pues se da la peculiar circunstancia de que entre las diversas leyes autonómicas es la única que no reconoce la necesidad de que el cónyuge no titular de la vivienda familiar consienta la disposición rea-

²⁸⁷ Dentro de la taxonomía perfilada por BALIGAND, según la intervención relativa de la voluntad del legislador y de la de los contrayentes en la determinación de su contenido, el sistema español se situaría cada vez más próximo al «sistema de libertad absoluta», «que permite al individuo crear sus propios modelos realizando él una codificación puramente individual» (*cfr.* LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de Familia*, T. I, Barcelona, 1974, p. 155, n. 1; lo había tratado con anterioridad en LACRUZ BERDEJO, *El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 240 y ss.). «Se llama así –sistema contractual–, explica GARCÍA CANTERO, al que deja en libertad a los cónyuges para estipular, dentro de límites más o menos amplios, su régimen matrimonial». *Vid.* un organigrama general en CASTÁN, José. *Derecho civil...*, *op. cit.*, p. 272.

²⁸⁸ Se faculta a los cónyuges para acordar pactos o capítulos que resulten aceptados por cualquiera de las Leyes a las que se refiere el artículo 9.3 CC. Por tanto, existe una «autonomía de la voluntad conflictual», si bien limitada y oculta (CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. «Comentario al artículo 9.3 CC», en *Jurisprudencia civil comentada*, T. I, *op. cit.*, p. 135).

²⁸⁹ *Cfr.*, FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2007, p. 383.

²⁹⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Comentario a las reformas...*, *op. cit.*, p. 1494.

lizada por su consorte. Y, además, se trata de una omisión consciente, esto es, la mentada exigencia se excluyó premeditadamente por el legislador. Lo prueban los debates parlamentarios y la trayectoria seguida por el Proyecto de Ley, que luego se convertiría en Compilación, en donde se recogía, salvados los matices, una previsión de contenido semejante a lo dispuesto por el artículo 1320 en caso de que los efectos patrimoniales de la unión matrimonial quedaran sujetos al Código civil.

Esta omisión podría dar lugar a interpretaciones varias, entre ellas, que el silencio deliberado reclama el recurso al CC, pues esa pudiera haber sido también la voluntad del legislador: aplicar el Código, como Derecho supletorio y, con él, la exigencia recogida en el artículo 1320 de dicho *corpus* legal²⁹¹. Puede pensarse asimismo que la carencia de dicho contenido normativo estribe justamente en que no se ha querido que, en un Derecho en el que rige la separación de bienes, fuera precisa la aquiescencia del cónyuge no titular para llevar a término actos dispositivos o de gravamen sobre una finca urbana que, aun siendo designada, si fue el caso, como hogar familiar, no deja de ser propiedad exclusiva de uno solo de los miembros de la pareja.

La cuestión terminó en una contienda ante los Órganos jurisdiccionales a partir de un caso cuyo relato fáctico desarrollo sucintamente: El cónyuge titular –propietario– de la vivienda familiar hipoteca la finca urbana, en garantía de un préstamo con una entidad financiera, sin contar con el asentimiento ni la autorización de su consorte. El abogado entiende, a falta de otorgamiento de capítulos, aplicable el régimen de separación de bienes, como supletorio de primer grado en Baleares, e inaplicable, la previsión del artículo 1320 del CC, porque constituye una norma extraña al sistema, a matrimonios cuyos efectos patrimoniales se rijan por el Derecho balear, en virtud de los artículos 9.2 y 13.1 CC. En la instancia se rechaza el planteamiento, concordante con el de parte de la doctrina española tradicional: «por apreciar que el artículo 1320 CC es aplicable a los matrimonios sujetos al Derecho Balear al constituir una regla primaria de aplicación prioritaria, en aras de la defensa constitucional de la vivienda y del interés familiar».

²⁹¹ Dudas se habían planteado también en Cataluña, al decir de ESPIAU ESPIAU, Santiago. *La disposición de la vivienda habitual...*, *loc. cit.*, p. 2/34 VLex. *Cfr.*, con carácter general, sobre la supletoriedad del Código civil en este tipo de casos: BAYOD LÓPEZ, Carmen. «El artículo 149.3 CE: La supletoriedad del código civil como derecho estatal respecto de los derechos civiles autonómicos (en particular el Derecho civil aragonés)», *RDCA*, vol. V, 1999, n.º 2, pp. 75 a 125 (*cfr. esp.* el test ideado por esta Profesora en pp. 124 y 125).

Tras el oportuno recurso de apelación, promovido por el demandante, que había visto desestimadas sus pretensiones, se pronunció la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, con argumentación de tenor semejante al Juez de Primera Instancia, cuya tesis en cuanto al fondo es confirmada, y añade: «Carece de relevancia el dato de que en la tramitación parlamentaria de la reforma de la Compilación Balear fuese rechazada la inclusión en el texto que se reformaba de una norma de contenido idéntico a la del artículo 1320 CC, norma que había figurado en el Proyecto»²⁹².

El pleito llegó hasta al Tribunal Superior de Justicia de Baleares que, en casación foral, dictaminó lo contrario²⁹³. Entre sus razonamientos cabría destacar que eliminada la norma original en la Compilación de 1981, si han transcurrido dieciocho años sin que en ésta se haya operado ningún cambio, parece lógico pensar, que la *mens legislatoris* y la *mens legis* vengán a coincidir hoy en que no existe una protección de la vivienda familiar idéntica al artículo 1320 CC en Baleares, aunque cupiese su reforma en el futuro al amparo del artículo 149.1.8.^a CE. En atribución de las competencias conferidas por la Constitución, podría incluirse una norma semejante al artículo 1320 en el Derecho balear, es cierto y el Tribunal no lo niega, «pero mientras ello no ocurra (si es que llegare a ocurrir), es insoslayable que el artículo 1320 CC y la norma en él contenida son elementos extraños al Derecho mallorquín, como pudieran serlo las normas existentes en el Derecho alemán o el Derecho inglés, reguladoras de la cuestión planteada. Y por ello, obviamente, son inaplicables».

Como consecuencia lógica e inmediata de esta resolución judicial, la mayoría de especialistas²⁹⁴ ha extraído con buen criterio que el artículo 1320 CC no tiene cabida en un matrimonio regido por el Derecho balear. Resulta así notorio –como subraya *v.gr.* Forcada Miranda– que, tras la citada S. de 3 de septiembre de 1998, «el cónyuge titular de la vivienda podrá disponer de ella sin necesidad del consentimiento del otro cónyuge si su régimen matrimonial es el legal de separación de bienes»²⁹⁵. A

²⁹² SAP de Palma de Mallorca de 4 de febrero de 1998, rollo n.º 7/1997.

²⁹³ STSJ de Baleares de 3 de septiembre de 1998 (RJ 1998/8505). *Vid.* asimismo el razonamiento efectuado en el FD 4.º de la SAP de Barcelona de 15 de febrero de 2010 (RJ 146692).

²⁹⁴ DE LA CUESTA realiza, por el contrario, un severo juicio crítico, a la luz del artículo 32 CE, sobre la sentencia dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares: *Vid.* CUESTA SÁENZ, José María de la. *Acerca del llamado...*, *op. cit.*, p. 1156.

²⁹⁵ FORCADA MIRANDA, Francisco Javier *et al.* «La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial», *Actas de los XIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, pp. 24-25.

fecha de hoy, al igual que otros muchos autores, dudo que quepa hacer una interpretación diferente sobre este particular.

Cuestión distinta sería ya el plantearse si es posible extender el régimen del artículo 1320 CC a otros bienes distintos de la vivienda familiar, tema del que también se ha ocupado la doctrina²⁹⁶, o si un matrimonio balear podría incorporar dicho precepto a su régimen económico matrimonial, al amparo de esa misma autonomía privada²⁹⁷. Por mi parte, considero que cualquier pacto de codisposición sobre un bien determinado de la economía doméstica habría de resultar plenamente admisible, aunque los verdaderos problemas se plantearán, no *inter partes*, sino a la hora de establecer la concreta eficacia que cabe otorgarle a esa estipulación frente a terceros, una vez han quedado a salvo los límites usuales que impone el artículo 1317 CC²⁹⁸.

3. ¿ES EXIGIBLE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1320 A MATRIMONIOS NO REGIDOS POR EL CC?

En un principio, la corriente más conservadora y tradicional de los autores españoles trató de defender, «sedes materiae», que la ubicación sistemática del artículo 1320 CC entre las «dis-

²⁹⁶ HERRERO GARCÍA opina que el artículo 1322 debe ceder ante normas convencionales que modalicen la exigencia del consentimiento: «así podría acentuarse la exigencia de conformidad de ambos cónyuges en cualquier régimen, o referido a algunos bienes» mientras operase con reciprocidad (HERRERO GARCÍA, María José. *Comentario...*, *op. cit.*, p. 595).

²⁹⁷ Así, se pregunta P. DIAGO, una vez sentado que dicho precepto no resulta aplicable al régimen de separación de bienes de esta Comunidad Autónoma: «¿Esto significa que una medida como la recogida en el 1320 CC (...) jamás podrá ser tomada en el marco del ordenamiento balear?» A lo que responde: «el Derecho balear consagra la autonomía de la voluntad (...), por tanto, en capitulaciones matrimoniales «los esposos pueden adoptar un régimen diferente al de separación de bienes, que hará que tal medida pueda tomar carta de naturaleza en el supuesto concreto». *Vid.* esta interesante reflexión en DIAGO DIAGO, María Pilar. «La protección de la vivienda familiar: un análisis de Derecho interregional», *AC*, nov. 1999, vol. 42, pp. 1343 a 1363 (*cf.* esp. p. 1359).

²⁹⁸ «La clave de la cuestión –recalcaba RAMS– se encuentra en la dilucidación de una disyuntiva no resuelta satisfactoriamente: la de si los capítulos matrimoniales pueden generar auténticos regímenes matrimoniales» (RAMS ALBESA, Joaquín. *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 25). Ello haría preciso, como ya propugnara LACRUZ, tras realizar un análisis comparatista, importar la experiencia de Suiza y Alemania, países que habían establecido un Registro *ad hoc*, una vez admitida la mutabilidad del régimen matrimonial (*cf.* LACRUZ BERDEJO, José Luis. «Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral», *RCDI*, vol. 424-425, sep-oct. 1963, p. 593). Sin la adecuada publicidad registral, todos los pactos, entre ellos el de renuncia a la facultad del artículo 1320 CC o, a la inversa, el rescate de su régimen para otros bienes distintos de la vivienda familiar, no podrían desplegar la eficacia –frente a terceros– que requiere un sistema desarrollado y moderno, tal como es el de «libertad absoluta» o «sistema de contratación».

posiciones generales», dentro del llamado técnicamente «régimen primario», era de aplicación directa y general a todo matrimonio, es decir, a la propia institución, fuera cual fuera su régimen económico-matrimonial, y hay quien sostiene que incluso a otros Derechos civiles españoles, como pudieran ser los forales²⁹⁹; ello suponía, en la práctica, la extensión del artículo 1320 CC a todos los regímenes matrimoniales, estuvieran regulados dentro o fuera del Código civil.

La práctica totalidad de los expositores entiende hoy, algunos también lo habían manifestado así³⁰⁰ aun antes³⁰¹ de pronunciarse el fallo del TSJ de Baleares³⁰², que el artículo 1320 CC no es de aplicación a aquellos matrimonios en los que su Ley rectora sea distinta del texto normativo que alberga dicha previsión. Cuestión distinta es que el asentimiento del cónyuge acabe siendo finalmente preciso, si no se ha renunciado –a mi entender es posible– o prestado anticipadamente, como ya se ha tratado con anterioridad, para impedir la anulabilidad del acto, pero lo será con apoyo en una norma civil propia³⁰³ y no sobre la base de las disposiciones generales del Código en esta materia, según ha explicitado la mejor doctrina y recoge la investigación más moderna y avanzada³⁰⁴.

²⁹⁹ Vid. un estudio general de esta cuestión en BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. *Régimen económico «Disposiciones Generales»*, op. cit., pp. 45 y 46.

³⁰⁰ Así lo entiende (vid. CUESTA SÁENZ, José María de la. *Acerca del llamado...*, op. cit., p. 1154): «la no aplicabilidad a casos regidos por Derechos forales de los artículos 1315 y ss. CC fue desde el primer momento de las reformas de Derecho de familia de 1981, puesta de relieve por mucho autores».

³⁰¹ Algunos, incluso, gran antelación, al subrayar que el CC sólo es aplicable para determinar la esfera de acción de las Leyes regionales, pero no puede servir, ni siquiera como Derecho supletorio, cuando la aplicación del mismo fuera incompatible con los principios orgánicos de las disposiciones forales (vid. BATLLE VÁZQUEZ, Manuel. «Sobre la determinación del régimen matrimonial de bienes en caso de diversa regionalización de los esposos», *RDP*, 1932, p. 252; o QUÍLEZ ESTREMER, Martín. *La libertad capitular...*, loc. cit., pp. 421 y ss.).

³⁰² Con posterioridad, ha hecho un comentario exhaustivo de esta cuestión FERREL VANDREL, María Pilar. «La problemática de la aplicabilidad del artículo 1320 del Código civil a los ordenamientos civiles territoriales (a la luz de la sentencia de 3 de septiembre de 1998 del TSB)», *RCDI*, vol. 665, 2001, pp. 1079 a 1136.

³⁰³ Ya sea ésta fruto de la Ley 55 del FNN, el artículo 9 del Código de familia catalán, el artículo 8 de Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad, por citar algunos ejemplos, al que se habría de añadir hoy, en último término, el artículo 16 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, modificada por la Ley 8/2009, de 4 de noviembre.

³⁰⁴ «Los artículos 1315 y siguientes no son de aplicación en aquellos Derechos autonómicos (especiales o forales) con competencia para legislar sobre la materia y por tanto con sus propios sistemas de autointegración. En cada caso las disposiciones generales serán las contenidas en sus respectivos textos (desarrollo de las Compilaciones), y en caso de que no existieran tan solo podrían ser aplicadas las del Código (lo que incluye el art. 1320 CC) en caso de que existiera una norma expresa de remisión, pero no por aplicación directa (fuera de los casos en que tal derecho se considere supletorio), ni por analogía» (AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. *La libertad de pacto...*, op. cit., p. 178).

Aunque no siempre fue así y, es probable, que todavía hoy queden algunos resabios del régimen anterior deseosos de extender de forma exorbitante la aplicación del artículo 1320 CC a todo matrimonio³⁰⁵ exigiendo manifestar si el inmueble constituye o no la vivienda familiar del disponente *ex* artículo 91 RH en cualquier caso. Quizá una mezcla ambigua entre comodidad³⁰⁶ y –excesiva– seguridad jurídica haya movido también a parte de la doctrina moderna a considerar que dicha declaración debe efectuarse con independencia de qué Ley rija los efectos del matrimonio. Hoy día es relativamente escaso el número de autores que defiende la aplicación del régimen primario contenido en el Código civil a los Derechos forales³⁰⁷.

Con anterioridad, Camy, cuya posición, tal vez en el contexto de la época, pudo ser razonable, reclamaba la territorialidad del artículo 1320 CC: «Ese carácter de disposición general obligará a sostener lo ineludible de su aplicación a cualquiera de los regímenes matrimoniales en los que existan bienes propios de los cónyuges, tanto en forma absoluta como coetáneos con la existencia de otros comunes. Y dándose esas circunstancias, será indiferente cuál sea la normativa, común o foral, que regule su nacimiento, desarrollo y extinción»³⁰⁸. Estimo que tal tesis es distinta de la que sostiene el citado sector de la moderna doctrina porque, a pesar de la contundencia de sus primeras afirmaciones, añadía un poco más adelante: «habrá de concluirse que el referido precepto será aplicable a todas las regiones forales donde no esté sustituido por otro de idéntico contenido»³⁰⁹.

En la actualidad resultaría harto complicado mantener semejante postura, aunque debe reconocerse que la ausencia de jurisprudencia en este punto concreto animaría, tal vez, a mostrarse algo vacilante³¹⁰. Pero creo que las dudas se disipan si se admite con normalidad que es preciso contar con el asentimiento o, cuando menos, ausencia de oposición por el cónyuge no titular,

³⁰⁵ *Cfr.* sobre esta cuestión, con carácter general, GIMÉNEZ DUART, Tomás. «La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *RDN*, vol. 113-114, jul-dic. 1981, pp. 99 y ss.

³⁰⁶ *Cfr.*, GIMÉNEZ DUART, Tomás. *El artículo 1320 CC...*, *loc. cit.*, p. 201.

³⁰⁷ Entre ellos se contaría MUÑIZ ESPADA (*vid.* MUÑIZ ESPADA, Esther. *El valor y eficacia del régimen...*, *loc. cit.*, pp. 189 y 211) y parece tender a la misma orientación CUESTA SÁENZ, José María de la. *Acera del llamado...*, *op. cit.*, p. 1156.

³⁰⁸ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura. «Protección legal de la vivienda familiar», *RCDI*, vol. 588, oct. 1988, p. 1598.

³⁰⁹ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura. *Protección legal...*, *loc. cit.*, p. 1599.

³¹⁰ El Tribunal Supremo no ha llegado nunca a dictaminar acerca de la aplicación de este precepto a los Derechos forales; quizá porque la reproducción de normas semejantes, en dichos Ordenamientos, lo haya hecho innecesario. Sólo en una ocasión, se dio por supuesta la extensión del artículo 1320 CC a un matrimonio sujeto al régimen legal catalán (*vid.* STS de 7 de octubre de 1985 (RJ 4629)).

para disponer de la vivienda familiar, aunque no por aplicación directa del artículo 1320 CC –lo que sería negar la competencia para legislar en materia de Derecho civil reconocida constitucionalmente (art. 149.1.8.^a CE)– sino fundada en una norma foral o propia, como pudiera ser el artículo 8 Lrem (art. 190 CDFA), u otras análogas en Cataluña, Navarra, País Vasco, Valencia, etc.

La conclusión, precedida de una impecable argumentación, a la que llega Giménez Duart, cuando estudia la aplicabilidad o no el artículo 1320 a un matrimonio de catalanes casados en régimen catalán, nos serviría igualmente, para realizar una valoración de carácter general: «nunca el artículo 1320 CC podrá ser aplicado a estos matrimonios. Ni el estatuto personal (catalán) ni el concreto régimen matrimonial (también catalán) justifican la aplicación de una norma de este tipo»³¹¹.

Es probable que lo más ajustado al orden constitucional a día de hoy sea desechar la visión centralista y ocuparse de matizar que el régimen matrimonial primario «se aplica a todos y cada uno de los (matrimonios) celebrados bajo la disciplina del CC y con independencia de si se rige por un estatuto de comunidad o de separación. No así como regla básica de los restantes regímenes económico-matrimoniales vigentes en España»³¹². De la misma forma que cuando el TS ha declarado, quizá incidentalmente, el «art. 1320 del Código Civil de aplicación general, con independencia del régimen patrimonial del matrimonio»³¹³, hay quien precisa con buen criterio: «hemos de entender que de Derecho común, no foral»³¹⁴.

En realidad, este hilo argumental se halla en plena sintonía con la afirmación de que cuando a un matrimonio le resulte aplicable uno de los varios Derechos civiles territoriales españoles, diversos del Código, el acto realizado bien pudiera ser impugnabile, que ciertamente lo será, a excepción de cuando rija el Derecho balear, pero no sobre la base de los artículos 1320 y 1322 CC sino con apoyo en cada uno de los preceptos que recogen esta exigencia en el Derecho de la respectiva Comunidad Autónoma³¹⁵.

³¹¹ GIMÉNEZ DUART, Tomás. *El artículo 1320 del Código...*, loc. cit., p. 203.

³¹² Es importante este matiz introducido por RAMS ALBESA en los *Elementos* de LACRUZ. Vid. RAMS ALBESA, Joaquín. *Elementos...*, op. cit., 2010, p. 123.

³¹³ Cfr. STS de 31 de diciembre de 1994 (RJ 10330).

³¹⁴ GARCÍA DE BLAS, M.^a Luisa. «El matrimonio, realidad social e institución jurídica», en DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado*. T. IV. Familia. Vol. 1.^o Civitas-Consejo General del Notariado, Madrid, 2001, p. 101.

³¹⁵ Al ocuparse de la nueva Ley valenciana, hace una enumeración de todas las normas civiles españolas que sancionan este requisito ATIENZA NAVARRO, M.^a Luisa. *La vivienda habitual de la familia*, op. cit., p. 135.

Del mismo modo que el silencio deliberado, como ha mantenido con carácter general la mejor doctrina³¹⁶, hace que bajo el régimen de separación de bienes en Aragón (arts. 21 a 27 Lrem; artículos 203 a 209 CDFA), la *praesumptio muciana* del artículo 1442 CC, u hoy el artículo 78.1 LCon, no entren en juego³¹⁷, ni tampoco el computo del trabajo doméstico, en beneficio de uno solo de los cónyuges (art. 1438 CC)³¹⁸ –porque se asume con normalidad que las tareas del hogar deben repartirse entre ambos miembros de la pareja–, ese silencio forzaría, igualmente, a que tampoco se aplicara el artículo 1320 CC a los matrimonios regidos por el Derecho balear, en ausencia de una norma propia como la recogida por el legislador aragonés en el artículo 8 Lrem (art. 190 CDFA).

No hay apenas diferencia entre ambas afirmaciones. Primero habría de determinarse, conforme a los puntos de conexión, que enumeran los artículos 9.2 y 9.3 CC, y de cuya interpretación conjunta se desprende una multitud de leyes rectoras –cinco en total– de los efectos del matrimonio elegibles por los cónyuges³¹⁹ para, después, estudiar el Derecho sustantivo que resulte aplicable. Si en él se encuentra tal exigencia, será preciso contar con el consentimiento-asentimiento, de cuya manifestación ya nos hemos ocupado un poco más atrás; en otro caso, la ausencia de este beneplácito no habría de motivar la anulabilidad del negocio jurídico del que traiga causa la transmisión de propiedad, cuando la enajenación se realice a título oneroso, o su nulidad radical o absoluta, cuando provenga de una liberalidad o disposición a título gratuito, según se establece en el artículo 1322 CC.

4. REFLEJO DE ESTAS TESIS EN EL DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

Esta breve reflexión, de aparente sencillez –puesta, sin embargo, en tela de juicio en tiempo no tan distante al presente–

³¹⁶ Destaca la Ley en su Preámbulo que su finalidad es cerrar el paso a la aplicación supletoria del Código civil estableciendo un sistema autosuficiente que hiciera innecesaria su aplicación. La expresa declaración del legislador –señala LACRUZ MANTECÓN– exime de buscar otras explicaciones (LACRUZ MANTECÓN, Miguel. *El régimen de separación...*, *op. cit.*, p. 145).

³¹⁷ *Vid.* el tratamiento que da a esta cuestión PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles. «Concurso de acreedores y consorcio conyugal», *XIX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 115 y 116.

³¹⁸ *Vid.* SAP de Zaragoza de 24 de enero de 2005 (JUR 2005/44414).

³¹⁹ La tendencia general entre los internacionalistas es acercar las capitulaciones matrimoniales al régimen dispuesto para los contratos y permitir así los pactos de sumisión expresa *ex* artículo 10.5 CC. *Vid.* ABARCA JUNCO, Ana Paloma (Dir.), *Derecho internacional privado*. T. II, Colex-UNED, Madrid, 2003, pp. 134 y 135; y ESPINAR VICENTE, José María. *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, Alcalá de Henares (Madrid), 2008, pp. 531 y ss.

cuadra con la modificación operada tres años después de la Ley 11/1981, de 13 mayo sobre el Reglamento Hipotecario, en virtud del RD 2388/1984, que ha sido estudiada en detalle por Ávila Álvarez³²⁰. La reforma es muestra evidente de la voluntad de cambio del Derecho español, acorde con el signo de los tiempos, en el sentido de abandonar aquella tesis inicial, hoy desfasada, que hacía extensibles las previsiones de los artículos 1315 a 1321 CC a la economía de cualquier matrimonio, estuviera éste sometido o no a la disciplina del Código civil.

Según el vigente artículo 91.1 RH: «*Cuando la Ley aplicable* exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter». Algo semejante sucede a la hora de practicar la anotación de embargo sobre la vivienda familiar cuya titularidad no es conjunta, a la luz del artículo 144.5 RH, que principia de idéntica manera³²¹.

Una diferencia de matiz casi imperceptible en la redacción de la norma que, sin embargo, resulta muy significativa, conociendo estos precedentes, y evidencia la innecesidad de que se haga constar documentalmente, por parte del fedatario autorizante de la operación, que la finca que en dicho momento se enajena no constituye la vivienda habitual del matrimonio. Sin que, además, la ausencia de dicha manifestación –cláusula de estilo habitual en las compraventas de viviendas– hubiera de acarrear ni la impugnación del acto *ex* artículo 1322 CC –o norma autonómica análoga– ni un impedimento para su acceso al Registro de la Propiedad al amparo del artículo 91.1 RH.

En el caso concreto –ya planteado– de un matrimonio integrado por argentino y española, enlace mixto con cónyuges de distinta nacionalidad, la Dirección General, en R. de 13 de enero

³²⁰ Como subraya el mentado autor, con esta «supresión de la aplicabilidad de la norma a cualquier régimen matrimonial», «no se ha tratado de excluir ningún régimen sino de advertir que el citado artículo 1320 y su corolario (art. 91.1) no se aplican a todos los españoles...» [ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro. «La reforma de la reforma (comentarios al Real Decreto 2388/984 de 10 de octubre)», *RCDI*, pp. 1073 a 1082 (cit., pp. 1080-1081)], en tal momento, quizá no imaginara el autor que sí habría un régimen español que no contendría tal estipulación; él probablemente pensara en que se aplicara a los españoles un Derecho extranjero que no la recogiera.

³²¹ «*Cuando la Ley aplicable* exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquél carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado.»

de 1999 señaló: «habrá de concluirse la imposibilidad de invocar como defecto el ahora analizado en tanto no se haya comprobado que la Ley aplicable al matrimonio del vendedor exige el consentimiento de ambos cónyuges para la venta de la vivienda habitual, todo ello sin perjuicio de las facultades del Registrador para exigir la acreditación de la Ley reguladora de los efectos de dicho matrimonio y, en su caso, su concreto contenido»³²².

Probado entonces –sólo en el caso del Derecho extranjero– que no existe una obligación tal como la recogida en el artículo 1320 CC, y resultando otro Derecho, distinto del patrio, aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio, en virtud de la norma conflictual española (arts. 9.2 y 9.3 CC), la Dirección General concluye que no tiene por qué efectuarse declaración como la estipulada en el artículo 91.1 RH. Tales circunstancias deben resultar debidamente acreditadas a juicio del notario autorizante o del registrador calificador, a saber: que debe aplicarse un Ordenamiento extranjero, cuestión que compete de oficio a la autoridad pública española (art. 12.1 CC) y que su contenido sustantivo no recoge esa exigencia, extremo que deberá ser demostrado por los propios interesados (art. 281.2 Lec)³²³.

Tampoco hay obstáculos de fondo, a mi entender, para que esta misma conclusión, alcanzada por el Centro Directivo cuando resulta de aplicación una Ley extranjera, no se extienda, no sólo a otros matrimonios de diversa nacionalidad, sino también, por imperativo del artículo 16 CC, a uniones matrimoniales cuya organización patrimonial quede sometida al Derecho balear, también merced a un pacto de ley aplicable³²⁴ recogido en capí-

³²² Cfr. RDGRN de 13 de enero de 1999 (RJ 1999/46).

³²³ Parecen llegar, sin embargo, a una conclusión distinta los notarios GONZÁLEZ BOU y CARRIÓN GARCÍA DE PARADA. Sostiene E. GONZÁLEZ BOU que, a efectos prácticos, «en todo acto de disposición de una vivienda será necesario que el extranjero manifieste al Notario autorizante de la escritura si la vivienda es familiar habitual», por imperativo del artículo 91 RH, y añade «si lo es, será necesario el consentimiento del cónyuge, y si no lo es, deberá manifestarlo expresamente en la escritura pública» [GONZÁLEZ BOU, Emilio. «La protección de la vivienda familiar en los Ordenamientos jurídicos españoles», en *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* (Dir. J. M. Navarro Viñuales), Civitas, Madrid, 2006, p. 160]. Algo similar mantiene CARRIÓN: «Si se considera que es un principio básico del ordenamiento jurídico español, en general, habrá que concluir que cualquiera que sea el régimen económico matrimonial vigente, y ello vale tanto para españoles como para extranjeros, el vendedor deberá contar con el consentimiento de su cónyuge si declara que es la vivienda familiar y si no lo es deberá manifestarlo así» (CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Pedro. «Regímenes económico matrimoniales», *La Notaría*, vol. 42, 2007, p. 123).

³²⁴ Cabría recordar que en materia contractual, existe la «autonomía de la voluntad conflictual», entendida como la «facultad que se otorga a las partes en un contrato internacional de elegir el Derecho estatal que regulará ese contrato», específicamente prevista en el artículo 3.1 Convenio de Roma 19 junio 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Con este apoyo normativo, afirma CARRASCOSA: «no existe

tulos matrimoniales, según las reglas comentadas ya del Derecho internacional privado, a las que remite el Derecho interregional.

Se advierte, no obstante, una diferencia significativa: en los supuestos de aplicación de otro Derecho civil español ya no será preciso acreditar la inexistencia de una norma homóloga al artículo 1320 CC, como acontece con las Leyes extranjeras, puesto que en virtud del principio «iura novit curia» en su versión para notarios y registradores, según el control de legalidad plasmado en los artículos 145 RNot y 18 LH, respectivamente, vendrán estos funcionarios obligados a conocer el contenido de sus previsiones y podrán denegar su función esgrimiendo que tales circunstancias no han quedado debidamente acreditadas por los interesados³²⁵.

Por consiguiente, si fuera el Ordenamiento balear el aplicable, cuya disciplina legal en este punto no contiene norma pareja al artículo 1320 CC, decaería la previsión del artículo 91.1 RH y no sería preciso anotar tal mención en la escritura pública que documentara el acto transmisivo; si la organización económica del matrimonio se gobierna por la Ley balear, se podrá enajenar la vivienda habitual se haya hecho o no constar tal carácter en la escritura pública por la que vaya a disponer de ella: ni será preciso indicar que la finca urbana no revista tal carácter ni siéndolo habrá que recabar el asentimiento del cónyuge del propietario. Lo mismo cabría predicar quizá cuando resulte aplicable al matrimonio otro Derecho, también extranjero, que no contenga esta previsión.

5. UN PASO MÁS ALLÁ EN EL RAZONAMIENTO

Con este marco general y en un futuro inmediato, no debería extrañar que, de no permitirse la renuncia anticipada al artículo 1320 CC –mejor en escritura pública o, al menos, revestida de cierta solemnidad y garantías³²⁶, a lo que ciertamente contribu-

ningún argumento definitivo que aconseje impedir que los cónyuges redacten sus pactos y capitulaciones matrimoniales con arreglo a la Ley estatal que prefieran (*op. cit.*, p. 135); CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho internacional privado*. T. II, Comares, Granada, 2009, p. 141].

³²⁵ Según tiene declarado la Dirección General una de las finalidades que tiene el precepto –en alusión al artículo 91 RH– es evitar que ingresen en el Registro actos impugnables [RDGRN de 10 de noviembre de 1987 (RJ 8733)]; conviene recordar que la inscripción en el Registro no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes, como indica el artículo 33 LH.

³²⁶ Se trata de una libertad que, de ordinario, va a conocer plasmación por medio de un instrumento que reúne todas las garantías, como es el notarial (art. 1327 CC). *Vid.* sobre

ye la intervención notarial³²⁷— un buen número de parejas acordara, en capítulos prenupciales, antes de la celebración del matrimonio que los efectos de su futuro enlace se rigieran en adelante por el Derecho balear³²⁸. ¿Y por qué no? ¿Acaso existen motivos fundados para negarles esta posibilidad? Siendo así, ¿qué razones impiden articular una renuncia previa o anticipada?

Civilistas que han estudiado recientemente y en profundidad esta cuestión han empezado a mostrar su extrañeza cuando indagan acerca de la naturaleza jurídica del régimen matrimonial primario, importado a nuestro país desde la doctrina francesa³²⁹, y comienzan a cuestionarse su absoluta indisponibilidad. Se cuestionan el porqué de no permitir el libre e irrestricto juego de la autonomía de la voluntad en este campo, como en otros tantos de la vida privada, dejando que cada cual decida libremente cómo desea gobernar la economía de su matrimonio³³⁰. Y, además y si lo estimara preciso, tampoco existiría inconveniente a permitir el juego de exigencias recíprocas y mutuas concesiones, entre las que cabría la exclusión de algunos derechos que pudieran asistirle, mientras la renuncia se ubique dentro de los

la incidencia de la libertad civil en el Derecho de familia y su canalización a través de la escritura pública como instrumento vehicular, con carácter general, GARRIDO MELERO, Martín. *Aplicaciones del principio...*, loc. cit., pp. 31 a 45; y SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. *Las nuevas orientaciones...*, loc. cit., pp. 43-44 y 47-48; NAVARRO VIÑUALES, José María. «La tendencia desjudicializadora en el nuevo Derecho de familia», en *El nuevo Derecho...*, op., pp. 253 y ss.

³²⁷ Los documentos públicos constituyen una verdadera garantía para quienes emiten su consentimiento unilateral o contractual. Vid. la opinión de RAMS ALBESA, Joaquín. «Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez», *RDCI*, vol. 723, 2011, p. 273.

³²⁸ Autores recientes se han planteado si «sería posible, saliendo del régimen de separación de bienes del Código, optar en capitulaciones por un régimen en el que no se recogiera la limitación a la disposición de la vivienda familiar, como el de absoluta separación de Baleares» (AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. *La libertad de pacto...*, op. cit., p. 185).

³²⁹ La imperatividad del precepto, el régimen del consentimiento dual, la autorización judicial supletoria, la anulabilidad del acto en caso de ser preterido el consentimiento del cónyuge no titular y otros elementos esenciales sobre los que se construyó el sistema de protección de la vivienda familiar en la España de 1981 provienen del Derecho francés (vid. CUESTA SÁENZ, José María de la. *La protección de la vivienda familiar en los Derechos...*, loc. cit., pp. 138 y ss.). Ahora bien, como el propio autor puntualiza en otro ensayo, la especificidad del caso español radica, en cuanto al régimen primario, en que se ha puesto en duda la extensión de algunos de sus aspectos a cualquier régimen matrimonial y, en lo que a la vivienda familiar se refiere, se ha concluido por afirmar su no aplicabilidad a los matrimonios regidos por los Derechos forales (vid. CUESTA SÁENZ, José María de la. *Acerca del llamado...*, op. cit., p. 1154).

³³⁰ «Se piensa que, siempre que actúan con libertad, son los interesados quienes mejor pueden establecer la reglamentación de intereses a la cual haya de ajustarse su posterior conducta» (DÍEZ-PICAZO, Luis. *Comentario...*, op. cit., p. 1492); puesto que ellos conocen mejor que nadie sus condicionamientos y saben cuáles son sus preferencias y expectativas.

límites generales, es decir, en tanto no se derive de ello ningún perjuicio para terceros.

Se ha publicado hace muy poco una reflexión de gran interés sobre este asunto, obra de C. Amunátegui Rodríguez, donde se ponen de manifiesto algunas de las contradicciones e incoherencias del propio sistema³³¹: cómo una vez acordada la separación de bienes no es posible la expulsión de determinados pactos si a un tiempo se admite la configuración o el diseño de un régimen matrimonial atípico o es posible acogerse a otro Derecho existente en el territorio nacional que no contiene dicha regla. El fragmento que sigue lo ilustra perfectamente: «muchos entienden la necesidad de consentimiento para enajenar la vivienda habitual a la que se refiere artículo 1320 CC es una regla de carácter imperativo, pero no dudan al mismo tiempo en afirmar la validez de un pacto por el que una pareja –por ejemplo castellana– pudiera acogerse al régimen de separación de las Islas Baleares, en el que, hoy por hoy, no existe norma paralela»³³².

Más adelante desarrolla esta argumentación y la lleva hasta sus últimas consecuencias: «si los cónyuges pueden, en ejercicio de su autonomía, adoptar cualquiera de los regímenes existentes en el territorio nacional, habrá que cuestionarse que renunciar al consentimiento para enajenar la vivienda familiar sea una cuestión de orden público³³³, pues el propio ordenamiento nos dispensa un cauce adecuado para eludir el mencionado consentimiento, no pudiendo afirmarse que el orden público en las Islas Baleares sea diferente al del resto del territorio, o la inversa»³³⁴.

¿Qué motivo de peso hace que se siga considerando el artículo 1320 CC norma inderogable, de *ius cogens* si el propio pacto, principio rector de esta materia, a través de la remisión a este Derecho foral, hace que las partes, por su sola voluntad, puedan desplazar su aplicación? ¿Se ha legitimado, entonces y

³³¹ Vid. las reflexiones de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. *La libertad de pacto...*, op. cit., pp. 150-151 y 179-180. El ensayo aborda otras muchas cuestiones de interés acerca de la incidencia de la autonomía de la voluntad en el régimen matrimonial y, en entre ellas, la que es objeto de estudio en este trabajo.

³³² AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. *La libertad de pacto...*, op. cit., pp. 150-51.

³³³ Así se venía considerando, salvo en las contadas excepciones ya apuntadas (v.gr. GARCÍA-GRANERO, Juan. *Op. cit.*, pp. 188 a 190) siendo esta calificación su principal obstáculo para permitir el pacto en contrario. La contravención del orden público, el perjuicio a terceros, siendo estos terceros los hijos que ocupan la vivienda, o formar parte del régimen primario o estatuto imperativo de base, eran citas recurrentes entre la doctrina para ponerle frenos a la autonomía privada (cfr. ELORRIAGA, Fabián. *La protección de la vivienda...*, loc. cit., p. 187), pero hoy –estimo– ya no habría de sonar tan «duro» que una norma como ésta quedase sujeta a la de la voluntad los particulares (cfr. en contra, ELORRIAGA, loc. cit., p. 186), sobre todo, una vez conquistada la igualdad real entre sexos.

³³⁴ AMUNÁTEGUI, RODRÍGUEZ, Cristina. *La libertad de pacto...*, op. cit., p. 180.

por hechos consumados, lo que antaño pudo ser visto como un fraude de ley (art. 12.4 CC) o se está ante un simple acto de libertad? ¿Es una maniobra elusiva de una norma imperativa³³⁵ o la puesta en práctica del ejercicio de la autonomía privada, sobre un régimen que ha perdido en buena parte su carácter necesario, y puede ser desplazado por voluntad de lo cónyuges?

De tenerse por absolutamente inderogables reglas como verbigracia la recogida en el artículo 1320 CC –así se las consideraba antaño–, el hecho de pactar la remisión a un Derecho que no contempla previsión semejante, podría aparecer como una conducta constitutiva de un fraude de ley, no residenciada en el artículo 6.4 CC, sino entendida como elusión del Derecho aplicable con anclaje legal en el artículo 12.6 CC, a saber: el empleo de una norma de conflicto, alterando el punto de conexión, para obtener un resultado prohibido por la norma a los particulares³³⁶. Ahora bien, una vez que tal conducta ha dejado de integrar el orden público español y hay una parte de los nacionales a los que ese límite a las, de otro modo, irrestrictas facultades dominicales del cónyuge propietario no resulta aplicable, la aproximación o el enfoque tiene que ser distinto³³⁷.

Este precepto –el artículo 1320– en su primera proposición –y posiblemente todo el antiguo «estatuto de base»– quizá haya perdido, cuando menos, una buena parte de su carácter imperativo y, en general, todo lo que en él pudiera haber de «orden público», desde el momento en que una legislación civil española, tal es el caso de la balear, no contempla como Derecho propio previsión análoga al artículo 1320 CC. en lo atinente a la disposición de los derechos relativos a la vivienda familiar. Debe decaer, por tanto, su conceptualización como límite de orden públi-

³³⁵ Cfr. la explicación dada por DIAGO DIAGO, María Pilar. *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, p. 132.

³³⁶ A la vista del cambio de circunstancias, quizá fuera más preciso hoy puntualizar que el resultado se prohíbe sólo a determinados particulares –los que no guarden ningún vínculo de unión con el Derecho balear– pero no a todos, lo que contradice la incorporación del artículo 1320 CC y asimilados, al orden público español.

³³⁷ Cristina de AMUNÁTEGUI se aparta de la calificación de este acuerdo como defraudatorio ley y cree que sería «más aceptable propugnar una interpretación adecuada del precepto que podría dirigirse a no mantener su indisponibilidad bajo ningún concepto, pudiendo modalizarse el contenido de la norma conforme al principio de autonomía de la voluntad, pues, sin duda, se trata de una regla de régimen económico matrimonial» (AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. *La libertad de pacto...*, op. cit., p. 151). Algo más avanzado su ensayo sostiene que el permitir a los cónyuges la opción la opción por cualquiera de los regímenes existentes en España, sabiendo que el Derecho balear no establece ninguna traba para disponer de la vivienda habitual y, además, constituir la sede del artículo 1320 del CC el Libro IV del Código y no las reglas del matrimonio elimina la posibilidad de que pueda plantearse un fraude de Ley» (AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. *La libertad de pacto...*, op. cit., p. 180).

co, pues dicho concepto, amén de su relatividad y temporalidad, en consonancia con la ética dominante³³⁸, que lo ha hecho ir variando a lo largo del tiempo³³⁹ hasta llegar a fechas más próximas al presente, no puede existir dentro de un mismo territorio, con acepciones diferentes, por imperativo de los artículos 12.3 y 16.2 CC.

Así, pactar en capítulos, sean ante o posnupciales, la remisión al régimen balear para evitar que entre en juego el citado precepto del Código civil podría ser visto, con ojos de jurista que miran más al pasado que al futuro, como un fraude de ley³⁴⁰. Pero estimo que sería hoy más adecuado interpretarlo, por el contrario, como la permisón de un mayor margen de acción a la libertad civil a través del instrumento notarial que contiene las capitulaciones. La existencia de otros españoles en cuyos matrimonios no rige el artículo 1320 CC, ni norma análoga, tampoco tiene por qué ser considerado como una experiencia traumática ni indeseable sino, más bien, la evidencia de que el carácter imperativo de este precepto se ha ido atenuando progresivamente. Se abre así un portillo a la libertad civil que transige con que la autonomía privada penetre en un ámbito que hasta ahora se reputaba virgen.

VII. CONCLUSIONES

I. El artículo 1320, como tantas otras reglas de Derecho de familia, es hijo de su tiempo, y trata de responder a una serie de inquietudes y carencias de la sociedad española en un momento determinado que, sin embargo, no se dan ya en el presente y es muy difícil, además, que puedan volver a reproducirse. La incorporación de muchas de estas normas, incluidas en un régimen primario, importado de la experiencia francesa, introducía una serie de límites aplicables imperativamente a cualquier matrimonio. Se

³³⁸ Los límites a la autonomía de la voluntad carecen de una fijeza absoluta, son líneas fluctuantes y variables que están en función de las coordenadas históricas vigentes. De ahí el papel relevante que asume la autoridad judicial como intérprete o portavoz de las corrientes sociales. *Vid.* Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...* T. I, *op. cit.*, p. 381.

³³⁹ Un claro ejemplo de evolución del orden público sería el tránsito del principio de inmutabilidad del régimen económico a una total apertura en el CC después de 1975, en consonancia con la permisón de los Derechos forales o especiales.

³⁴⁰ El Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial [COM(2006) 400 final], en su apartado 2.2.2 afirma que «la mayoría de los Estados miembros admiten la elección por los cónyuges de la ley aplicable en materia de regímenes matrimoniales».

Vid. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0400:FIN:ES:PDF>

establecieron, de una parte, por la desconfianza generada por el régimen de separación de bienes, que era visto con recelo por cuanto de disonante pudiera tener con la concepción tradicional del matrimonio y, de otra, por temor a que una apertura excesiva de la autonomía de la voluntad devolviera a la mujer a la situación inmediatamente precedente, haciendo que las antiguas normas, ya derogadas, pudieran subsistir y ser rescatadas por la vía del acuerdo capitular.

Superadas las dificultades iniciales para operar la transición de un modelo jerárquico de familia a otro democrático en que la paridad conyugal pase de anhelo a realidad consumada, treinta años vista (1981-2011) ha sido todo un éxito. La conquista de la igualdad conyugal y la inexistencia de desequilibrios demandan la redefinición del concepto de orden público matrimonial dotándolo de una nueva dimensión, en la que no se vieran integradas normas como el artículo 1320 CC, ni acaso operase tampoco, con frialdad aritmética, el límite general del artículo 1328 CC, permitiendo que fueran los propios cónyuges, como sujetos libres e iguales, quienes establecieran, mediante la libertad de pacto, plasmada en una escritura pública notarial, que garantice un consentimiento libre, cómo van a organizar su matrimonio, contribuir a las incumbencias comunes o distribuir internamente sus competencias.

Incorporada hoy la mujer al mundo laboral, ganando por sí su propio sustento, y, con posibilidades de auto-mantenerse, emprender actividades empresariales muy arriesgadas y lucrativas en igualdad de condiciones que el hombre, y acaso rivalizando abiertamente con él, sin verse obligada a acudir al matrimonio como medio de garantizar su subsistencia, una regla como el artículo 1320 CC pierde la justificación que históricamente pudo tener. Desaparecido el temor a la existencia de una relación de dependencia económica entre los cónyuges o, al menos, a una que fuera muy distinta de la que pudiera haber entre otros dos ciudadanos que desean contratar entre sí, ya no es necesario, ni quizá tampoco aconsejable, imponer restricciones a la llevanza de la economía doméstica. Carece de todo sentido hoy dispensar a uno solo de los cónyuges una sobreprotección, como la recogida en el artículo 1320 CC, que no merece y que con algo de esfuerzo es capaz de obtener por sí mismo, pudiendo incluso resultar vejatorio para la propia persona que el legislador dispusiera otra cosa.

II. El régimen de invalidez de los actos dispositivos, en los que el consentimiento-asentimiento *ex* artículo 1320 CC se ha obviado, no los convierte en nulos de pleno derecho sino en meramente anulables puesto que producen efectos en el tráfico

hasta que son impugnados y, además, son susceptibles de confirmación. Ello faculta al destinatario de la norma, en el fondo, para disponer de ella decidiendo cuándo entrarán o no en acción sus consecuencias prácticamente, a su entera voluntad, hecho que prueba los efectos muy relativos de la contravención del precepto, que sólo dudosamente podría ser conceptualizado como de orden público.

Tal flexibilidad lleva a pensar que la facultad del artículo 1320.1.^a CC pueda ser renunciada por parte del único sujeto tutelado por la norma, el cónyuge no titular, e invita a reflexionar seriamente sobre su carácter de *ius cogens*, pues únicamente despliega eficacia plena cuando así lo quiere el interesado, dejándose, en última instancia, su operatividad práctica a juicio de uno solo de los miembros de la unión conyugal que, por regla general, no habrá contribuido, además, a la adquisición de la vivienda mediante ninguna aportación económica, algo que sería lo deseable en una sociedad como la actual en la que, garantizada la igualdad de oportunidades, cada cual debería procurarse el propio sustento a través del desarrollo de una actividad lucrativa.

Este desarrollo de los acontecimientos se sucede, además, independientemente de que existan o no hijos a cargo, en tanto que el individuo sea un sujeto sea casado. A un matrimonio sin prole se le aplicaría el artículo 1320 CC, mientras que en una unión paraconyugal, *v.gr.* una pareja de hecho, no entrará en juego la norma a pesar de haber concebido descendencia y de la protección que el texto constitucional dispensa a todo tipo de familia, también a otros modelos de convivencia distintos de la tradicional, lo que hace ciertamente complicado entender que los terceros perjudicados que impiden dar curso a la exclusión voluntaria de esta norma pudieran ser los hijos.

Hecho que se corrobora al contrastar la virtualidad real del precepto, al ponerse en relación ambos apartados del propio artículo 1320 CC y comprobar con asombro, amén de que no existe una previsión correlativa en el artículo 96 CC, cómo ese supuesto interés familiar, superior al individual de los cónyuges, cede con facilidad ante la seguridad del tráfico jurídico y se subordina a ella en beneficio del tercer adquirente. En el caso de que verdaderamente la norma pretendiese la protección real y efectiva del grupo familiar, cuando exista, y no primordialmente la del cónyuge no titular, quizá huelgue una previsión normativa como la contenida en el artículo 1320.2.^a CC.

Si el artículo 1320 CC sólo tiene por misión tutelar los intereses —quizá antaño muy legítimos, hoy no tanto— del cónyuge no titular,

no se atisba por qué el mismo portador de dichos intereses no puede excluir, con carácter general, su aplicación; permisión que no fuerza a renunciar por sistema el asentimiento para disponer de la vivienda habitual en todo matrimonio, sino tan sólo a dejar tal decisión al criterio juicioso de los cónyuges, quienes probablemente serán los mejores conocedores de sus expectativas y proyecto de vida común, pudiendo llegar a acuerdos que impliquen una renuncia a lo dispuesto en este precepto, quizá como contrapartida a alguna concesión del cónyuge titular.

III. El juego que ofrece la prestación del asentimiento y su muy variada modalización en la práctica, a través de pactos diversos, fuerza de nuevo a plantearse el porqué de impedir dar un paso más allá en la incidencia de la autonomía privada sobre el régimen de la vivienda familiar y consentir que se pueda desplazar anticipadamente y para un concreto matrimonio lo dispuesto en este precepto, dentro del marco general de la renuncia a cualquier derecho, sabiendo, además, que el artículo 1320 CC ya no puede reputarse integrante del orden público matrimonial español con total seguridad desde el pronunciamiento judicial del TSJ de Baleares habido en 1998.

Si se llega al extremo de permitir que el asentimiento requerido para disponer de la vivienda familiar se preste aun antes de haberse establecido la ubicación del domicilio conyugal, otorgándolo con ocasión de unos capítulos prematrimoniales, la posibilidad de entenderlo, a veces, también implícito en apoderamientos más amplios y generales para realizar actos dispositivos sobre los bienes privativos del otro cónyuge o sobre los gananciales y, en general, se transige con cualquier prestación no coetánea al acto sino muy anterior al hecho mismo que desencadenaría la eventual anulabilidad del acto dispositivo, no se aprecian mayores inconvenientes a la exclusión del artículo 1320 mediante acuerdo entre los cónyuges, sin que quepa atacar la validez por esta misma razón.

En caso de conferir tal licencia en capítulos o también en una escritura separada, a modo de poder notarial, y llegar a disociar por completo el momento de realización del acto dispositivo con del otorgamiento de la autorización *ex* artículo 1320 CC, cuya manifestación puede haberse retrotraído incluso años y aun incluso antes de haberse celebrado el matrimonio, la misión de un hipotético control que la norma le encomienda al consorte del titular, en beneficio de toda la familia, se habrá desvanecido desde que se le permite transigir de antemano la enajenación del derecho sin conocer previamente las concretas circunstancias que rodean al acto

dispositivo y sin tener en consideración a otros que pudieran miembros de la familia que pudieran nacer más adelante.

Se hace muy difícil no ver cierta equiparación, al menos a efectos prácticos, entre prestar un consentimiento previo y general para disponer de la vivienda habitual, desvinculado de la perfección del negocio jurídico y a una renuncia previa: en ambos casos se deja en manos del cónyuge titular adoptar esta decisión; cualquier finalidad de control que pudiera haber ejercido su consorte se disipa por completo. Admitir, entonces, la renuncia cuando se concede ya esta posibilidad no sería muy diferente a dar mayor cobertura jurídica, y quizá mayores garantías merced a la intervención notarial, a una situación que de hecho ya venía aconteciendo en la actualidad.

IV. La actividad de los estudios notariales ha puesto de relieve, además, cómo va aflorando toda una amalgama de pactos en previsión de una futura crisis matrimonial, que permiten a los cónyuges componer sus intereses como les plazca y normar una situación futura en casi absoluta libertad, incluso, renunciando de forma anticipada a determinados derechos cuya exclusión antaño pudo haber sido muy discutible, pero hoy se entiende comprendida en la autonomía de la voluntad. Entre ellos, destacan no sólo la renuncia a la pensión compensatoria (art. 97 CC), sino también a la atribución del uso de la vivienda habitual (art. 96 CC) para después de haber sobrevenido la crisis matrimonial.

No se encuentran razones de peso para impedir que, en circunstancias semejantes, ese mismo margen dado a la autonomía privada, ese juego de concesiones recíprocas y renunciaciones mutuas, la más de las veces plasmado en la misma escritura de capítulos (art. 1327 CC), que es admitido con ocasión de una futura crisis, no pueda extenderse análogamente entre personas adultas y formadas, y quizá con mayor razón, cuando se proceda al establecimiento del gobierno de los asuntos domésticos desde su vertiente económica, es decir, para organizar con una mayor eficacia y equilibrio la familia también en las situaciones de normalidad matrimonial.

V. Afirmar, finalmente, que se puede configurar un régimen patrimonial propio, que se puede diseñar un régimen matrimonial, autónomo, único e irrepetible, al regir en España un sistema de libertad pura o convencional y, no obstante, impedir el juego de la autonomía de la voluntad, excluyendo la aplicación del artículo 1320 CC, no se corresponde a cabalidad con la proclamación, al mismo tiempo, del principio de libertad capitular como principio rector en esta materia (art. 1325 CC).

Desde el momento en que desaparece la proscripción general de remitirse en bloque a una legislación foral, más allá de limitarse

a la mera transcripción literal de alguno de sus preceptos, y un Derecho civil español, como el balear, no contempla, entre sus normas, previsión análoga al artículo 1320 CC, sin que quepa el recurso a su aplicación supletoria, para matrimonios sujetos a esta Ley, parece que el propio sistema arbitra suficientes mecanismos a fin de que los cónyuges que así lo deseen puedan excluir el asentimiento para la disposición de la vivienda familiar pactando el régimen de separación de bienes, de la susodicha Comunidad Autónoma, que cada vez goza de mayor predicamento y acogida entre los cónyuges sujetos al CC.

Resultaría, además, extremadamente complicado continuar calificando la previsión del artículo 1320 CC de límite de orden público, como ha sido común a la doctrina tradicional, máxime sabiendo que no puede existir esta clase de limitaciones dentro de un mismo Estado, merced a las reglas generales de Derecho interregional hoy vigentes en España. La omisión de esta exigencia es propiamente una supresión deseada y, acaso bien meditada, por el legislador, que teniendo oportunidad de reintroducir este límite, sin embargo, no ha querido hacerlo, como puso de relieve el TSJ de Baleares en 1998. Ello lleva a la consideración de que tampoco cabría la aplicación supletoria del Código civil a matrimonios regidos por el Derecho balear so pena de cometer una injerencia injustificada en el ámbito legislativo ajeno (art. 149.1.8.^a CE).

Quizá antes de enarbolar el estandarte de la comisión de un eventual fraude de Ley (art. 12.4 CC) e invocar que se emplea indebidamente la libertad capitular para soslayar la aplicación de una norma de carácter imperativo, como había venido entendiendo tradicionalmente el artículo 1320 CC, se debería reflexionar si, a la vista de las consideraciones aquí expuestas y los cambios experimentados por la sociedad española, dicho precepto no habría perdido ya una buena parte de su cariz *de ius cogens* y no se estaría, más bien, ante un mero ejercicio y puesta en práctica de la libertad individual, que entraña naturalmente su posible autolimitación por parte del propio sujeto, en vez de ante la perpetración de un ilícito civil.

Si el libre juego de la autonomía de la voluntad, mediante la remisión en bloque al Derecho balear, permite la exclusión del artículo 1320 CC, tal vez pudieran acortarse pasos intermedios y entender, directamente, que cabe dejar expuesto este precepto a la autonomía de la voluntad de los cónyuges para que lo dejen subsistente o pacten en contrario. Al objeto de mantener hoy viva la indisponibilidad del precepto, probablemente sería precisa una reafirmación del carácter imperativo de la norma por el propio CC, como ha

sucedido ya con otros Derechos como el catalán o el aragonés, en la que así se indicara expresamente o se advierta de que tal modo de proceder ya no es posible. En otro caso, existirían dudas más que razonables para impedir que la autonomía privada pudiera desplegar en este campo toda su virtualidad.

VI. Hoy por hoy creo que el único límite razonable que puede encontrar a la autonomía privada en una sociedad moderna, en la que la igualdad entre sexos es ya una realidad, sería garantizar una mínima protección a los terceros de buena fe que desconocen el contenido de los pactos conyugales y no han tenido forma alguna de averiguarlo, probablemente por deficiencias inherentes al propio sistema de publicidad registral. Así, en el plano de la tutela de los derechos adquiridos y de la inoponibilidad a los no intervinientes de lo recogido en las capitulaciones matrimoniales, es donde, muy particularmente, deberían incidir las normas de carácter imperativo, las únicas restricciones que cabría ver operar en obsequio a la seguridad del tráfico como último reducto del régimen matrimonial primario o estatuto de base (art. 1317 CC).

La posible renuncia al artículo 1320.1.º CC o su desplazamiento por voluntad de los cónyuges, se vea enmarcada dentro del instrumento capitular o recogida en una escritura pública separada distinta de las capitulaciones (art. 1327 CC), habría de ser perfectamente admisible como lo es cualquier otra declaración abdicativa siempre y cuando se respeten los límites generales (art. 6.2 CC). No se trataría más que de la manifestación particular, en un caso concreto y determinado –la vivienda familiar (art. 1320 CC)– de la exclusión voluntaria de la ley aplicable (art. 6.2 CC) y, en tal caso, habrían de operar idénticos límites: evitar que se irrogaran perjuicios a terceros (art. 1317 CC). Si el daño a tercero deriva de su colisión con un derecho adquirido posteriormente, su eficacia debería depender de que el Estado arbitrara un sistema de publicidad eficaz del contenido de las capitulaciones, del que España por desgracia hoy todavía carece; a tal fin sería muy recomendable la creación de un Registro *ad hoc*.

Entre cónyuges, como media entre cualesquiera otras partes contractuales, si la declaración de voluntad se ha formado correctamente y es emitida en libertad, aunque se trate de una renuncia a los propios derechos, se debería estar y pasar por lo manifestado, aunque resulte perjudicial al renunciante, y hacerse guardar como una *lex privata inter partes* (art. 1069 CC). Caso de que en la declaración de renuncia hayan mediado, sin embargo, circunstancias que puedan viciar la voluntad (art. 1265 CC), habría de quedar expedita la vía para acudir a los remedios generales y tutelar la

libertad del declarante a través de la acción de anulabilidad contractual recogida en los artículos 1300 y ss. CC, pudiendo subsistir el resto de los pactos cuya eficacia inmediata y directa no se hubiera supeditado al otorgamiento de la renuncia.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA JUNCO, Ana Paloma (Dir.), *Derecho internacional privado*. T. II, Colex-UNED, Madrid, 2003.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho civil*. IV. *Derecho de familia*, 8.^a ed., Bosch, Barcelona, 1997.
- ALGARRA PRATS, Esther. «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros (Comentarios al hilo de la STC 106/2002, de 6 de mayo)», *Derecho privado y Constitución*, vol. 16, 2002, pp. 7 a 40.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar. «La disposición de la vivienda familiar en el derecho español. Problemática que plantea», en *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia* (Coord. Carlos Lasarte Álvarez, Araceli Donado Vara, María Fernanda Moretón Sanz, Fátima Yáñez Vivero), 2004.
- ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan José. «Aspectos imperativos de la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular», *Revista de Derecho Notarial (RDN)*, 1981, n.º 2, pp. 7 a 56.
- AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. «De las capitulaciones matrimoniales», en *VV.AA, Comentarios a las reformas de Derecho de familia*. Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1515 a 1569.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia* (Coord. J. Rams Albesa), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 117 a 272.
- ANGUITA VILLANUEVA, Luis A. «Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia* (Coord. J. Rams Albesa), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 273 a 330.
- ATIENZA NAVARRO, Luisa. «La vivienda habitual de la familia», en *El régimen económico matrimonial de la Comunidad valenciana* (Coord. M.^a Dolores Mas Badía), Tecnos, Madrid, 2010, pp. 131 a 186.
- ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro. «El régimen económico matrimonial en la reforma del Código civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 587, nov-dic. 1981, pp. 1373 a 1405.
- «Inscripción de bienes de ausentes, de los cónyuges y de la sociedad conyugal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 555, 1983, pp. 273 a 312.
- «La reforma de la reforma (comentarios al Real Decreto 2388/984 de 10 de octubre)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, 1985, pp. 1073 a 1082.
- ÁVILA NAVARRO, Pedro. *Formularios notariales*, T. II. *Compraventa y donación*, Bosch, Barcelona, 2005.
- *Formularios notariales*, T. V. *Derecho de familia. Derecho sucesorio*, Bosch, Barcelona, 2005.

- BALLESTER COLOMER, Juan Enrique, «El protocolo familiar», en el *Nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* (Dir. J. M.^a Navarro Viñuales), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 193 a 206.
- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel y Rosa María. «Gestión de la comunidad», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Dir. M. Albaladejo), T. XXXIII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1990, pp. 1 a 50.
- BARCELÓ DOMÉNECH, Javier. «Régimen económico del matrimonio: Disposiciones generales», en *El régimen económico del matrimonio. Comentarios al Código civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 41 a 106.
- BARRIO GALLARDO, Aurelio. «Condicionamientos materiales del Derecho civil foral o especial», *Cuadernos «Lacruz Berdejo»*, 2005, n.º 2: <http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=336>.
- BAYOD LÓPEZ, Carmen. *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1995.
- «El artículo 149.3 CE: La supletoriedad del código civil como derecho estatal respecto de los derechos civiles autonómicos (en particular el Derecho civil aragonés)», *Revista de Derecho Civil Aragonés (RDCA)*, vol. V, 1999, n.º 2, pp. 75 a 125.
- BELDA SÁENZ, María del Carmen. «Notas para un estudio del artículo 1320 del Código civil español», *Revista de Derecho Privado (RDP)*, abr. 1985, pp. 331 a 348.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- BLACKSTONE, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*. Vol. I, Garland Pub., New York, 1978.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. «Del régimen económico matrimonial. De las capitulaciones matrimoniales», *Comentario del Código civil*. T. II. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 602 a 615.
- CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA, González. *Derecho internacional privado*. T. II, Comares, Granada, 2009.
- CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la. «El nuevo artículo 1413 del Código civil», *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, 1959, vol. XII, n.º 2, pp. 451 a 479.
- CAMPO GÜERRI, Miguel Ángel. «Resolución de 21 junio de 2004 (“BOE” de 8 de septiembre de 2004)», *La Notaría* (desde 1995), n.º 9/2004, septiembre 2004, pp. 150 a 154.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura. «Protección legal de la vivienda familiar», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 588, oct. 1988, pp. 1583 a 1626.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio. *El poder irrevocable*, Bosch, Barcelona, 1998.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, María. «La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código Civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 582, 1987, pp. 1431 a 1462.
- *Las capitulaciones matrimoniales*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1993.
- CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Pedro. «Regímenes económico matrimoniales», *La Notaría*, vol. 42, 2007, pp. 71 a 148.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel. *La bendición-maldición del pensamiento*, Trotta, Madrid, 2009.

- CUESTA SÁENZ, José María de la. «La protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español. Estudio de Derecho Comparado», *Revista de Derecho Notarial (RDN)*, 1983, n.º 4, pp. 219 y ss.
- «Acerca del llamado régimen económico matrimonial primario», *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T. I, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2004, pp. 1151 a 1162.
- CUTILLAS TORNS, José María. *Las capitulaciones matrimoniales. Estudio de sus ineficacias y de sus acciones impugnatorias*, Revista General del Derecho, Valencia, 2000.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. «Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 29, 2006, pp. 195 a 218.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, y PARRA LUCÁN, María Ángeles. *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005.
- DIAGO DIAGO, María Pilar. *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999.
- «La protección de la vivienda familiar: un análisis de Derecho interregional», *Actualidad Civil (AC)*, nov. 1999, vol. 42, pp. 1343 a 1363.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. «El negocio jurídico del Derecho de familia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ)*, jun. 1962, pp. 769 a 792.
- «Capacidad de la mujer casada y economía conyugal», *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, vol. 28, 1975, n.º 4, pp. 859 a 873.
- *Comentario a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984.
- *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho civil*. T. IV, 9.ª ed., Tecnos, Madrid, 2004.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan. «Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. III, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 4551 a 4574.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. «La protección de la vivienda del matrimonio. Antecedentes y comentarios de la Ley 55 del Fuero Nuevo de Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 14, 1992, pp. 177 a 194.
- *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- ESPIAU ESPIAU, Santiago. *La vivienda familiar en el Ordenamiento jurídico civil español*, Promociones y Publicaciones Universitaria, S.A. (PPU), Barcelona, 1992.
- ESPINAR VICENTE, José María. *Tratado elemental de Derecho internacional privado*, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones, Alcalá de Henares (Madrid), 2008.
- FERNÁNDEZ CABALEIRO, Eugenio. *El régimen económico-matrimonial legal en Europa*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1969.
- «Los regímenes económicos matrimoniales y la Comunidad Europea», en *Estudios de Derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, vol. 4, Eunsa, Pamplona, 1969, pp. 313 a 376.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2007.
- FERREL VANDREL, María Pilar. «La problemática de la aplicabilidad del artículo 1320 del Código civil a los ordenamientos civiles territoriales (a la luz de la sentencia de 3 de septiembre de 1998 del TSB)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 665, 2001, pp. 1079 a 1136.

- FORCADA MIRANDA, FRANCISCO JAVIER *et al.* «La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial», *Actas de los XIV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, pp. 5 a 77.
- GARCÍA CANTERO, GABRIEL. «El estatuto jurídico del alojamiento familiar en el Derecho español», *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, n.º 4, 1978, pp. 709 a 728.
- «Notas sobre el régimen matrimonial primario», *Documentación Jurídica, Monográfico dedicado a la reforma del Derecho de familia de 1981*. Vol. 1.º, enero a diciembre de 1982, vol. I, pp. 299 a 312.
- Revisión de Castán Tobeñas, José. *Derecho civil español, común y foral*. T. V. *Derecho de familia*. Vol. 1.º *Relaciones conyugales*, 10.ª ed., Reus, Madrid, 1983.
- «Modelos de matrimonio y Derecho de familia en el siglo XXI», en *Homenaje Cuadrado Iglesias*, T. I, Civitas, Madrid, 2008, pp. 581 a 607.
- GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, MARÍA LUISA. «El matrimonio, realidad social e institución jurídica», en Delgado de Miguel, Juan Francisco (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado*. T. IV. Familia. Vol. 1.º Civitas-Consejo General del Notariado, Madrid, 2001.
- «La vivienda familiar en situaciones de normalidad y de crisis», en Garrido Melero, Martín y Fugardo Estivill, Josep Maria. *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 195 a 266.
- GARCÍA GARCÍA, MARÍA ÁNGELES. «El deber de actuar en interés de la familia», *Revista de Derecho Privado (RDP)*, mar. 1984, pp. 243 a 277.
- GARCÍA GOYENA, FLORENCIO. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, ed. al cuidado del Prof. Lacruz Berdejo, Cometa, Zaragoza, 1974.
- GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ. «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil», *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, 2003, n.º 4, pp. 1653 a 1673.
- «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la libertad y sus límites en el Derecho de familia», *Nous reptes del Dret de família*, Documenta Universitaria, Girona, 2005, pp. 95 a 121.
- GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, JUAN. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XXXVI. Vol. 1.º (Dir. Manuel Albaladejo), Edersa, Madrid, 1990.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Coord. F. Sancho Rebullida). T. XXXVI, Vol 1.º *Leyes 42 a 81 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Edersa, Madrid, 2005.
- GARRIDO CERDÁ, EMILIO. «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *Revista de Derecho Notarial (RDN)*, vol. 115, 1982, pp. 106 y ss.
- «Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro», *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, T. XXV, 1982, pp. 143 a 176.
- «La vecindad civil y el régimen económico», *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, T. XXIII, 1983, pp. 7 a 34.
- GARRIDO DE PALMA, VÍCTOR M. «Las capitulaciones matrimoniales y los regímenes económico-matrimoniales después de la reforma del Código civil de 2 de mayo de 1975», *Revista de Derecho Notarial (RDN)*, jul-dic. 1976, pp. 7 a 65.
- «Capitulaciones matrimoniales y régimen económico matrimonial», en Delgado de Miguel, Juan Francisco (Coord.). *Instituciones de Derecho Privado*.

- T. IV. Familia. Vol. 1.º Civitas-Consejo General del Notariado, Madrid, 2001, pp. 199 a 268.
- GARRIDO MELERO, Martín. «Aplicaciones del principio de libertad civil: la escritura pública como valor de libertad», *La Notaría*, 9-10, 2003, pp. 31 a 46.
- GIMÉNEZ DUART, Tomás. «La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981», *Revista de Derecho Notarial (RDN)*, vol. 113-114, jul-dic. 1981, pp. 73 a 122.
- «El artículo 1320 del Código civil ¿es aplicable en Cataluña?», *Revista Jurídica de Catalunya (RJC)*, vol. 81, 1982, n.º 1, pp. 193 a 210.
- GIMENO GÓMEZ-LA FUENTE, Luis. «Consideraciones sobre el artículo 91.1 RH y concordantes», en *Estudios en homenaje a Tirso Carretero*, Colegio de Registradores, 1985, pp. 803 y ss.
- GINEBRA MOLINS, M. Esperança. «La disposición de la vivienda familiar y de los muebles de uso ordinario en Derecho catalán», en *Los regímenes económico matrimoniales en los Derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 349 a 364.
- GOMÁ SALCEDO, Enrique. *Derecho notarial*, Dykinson, Madrid, 1992.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael. «Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 526, jun. 1978, pp. 493 a 516.
- GÓMEZ LAPLAZA, Carmen y DÍAZ GARCÍA, Helena. *Leyes Hipotecarias*, 8.ª ed., Aranzadi, El Cano (Navarra), 2003.
- GONZÁLEZ BOU, Emilio. «La protección de la vivienda familiar en los Ordenamientos jurídicos españoles», en *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* (Dir. J. M. Navarro Viñuales), Civitas, Madrid, 2006, pp. 157 a 192.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio. «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia», *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, 1982, pp. 1132 a 1340.
- HERRERO GARCÍA, María José. «Del régimen económico matrimonial. Disposiciones Generales», *Comentario del Código civil*. T. II. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 571 a 602.
- IGLESIA PRADOS, Eduardo de la. «La publicidad del régimen económico matrimonial pactado en capitulaciones matrimoniales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 689, may-jun. 2005, pp. 809 a 832.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción. «Vivienda familiar y concurso de acreedores», *Familia y concurso de acreedores* (Coord. M. Cuenca Casas), Civitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 259 a 317.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. «La reforma del régimen económico del matrimonio», *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, T. XXXII-2, 1979, pp. 343 a 369.
- *El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963.
- «Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 424-425, sep-oct. 1963, pp. 593 a 608.
- «La economía del matrimonio», en *El nuevo régimen de la familia*. T. II. *Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, pp. 121 a 184.
- «Capitulaciones matrimoniales y estipulación capitular», en *Estudios de Derecho Privado común y foral*. T. II. *Familia*, Reus, Madrid, 1962, pp. 3 a 56.
- *Elementos de Derecho civil*. IV. *Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1984.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Derecho de familia*. T. I, Bosch, Barcelona, 1974.
- *Derecho de familia, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981. Fascículo segundo. Edición experimental*, Bosch, Barcelona, 1982.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel Luis. «El régimen de separación de bienes», *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, pp. 144 a 152.
- LAMARCA, Albert; Farnós, Esther; Azagra, Albert y Artigot, Mireia. «Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña: ¿Un modelo pacífico sujeto a cambio?» *InDret*, 2003, n.º 4: http://www.indret.com/pdf/dc07_es.pdf.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Curso de Derecho patrimonial*, 15.ª ed., Tecnos, Madrid, 2009.
- LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio. «Disposiciones generales», en *Manual de Derecho matrimonial aragonés* (Coord. J. L. Merino Hernández), Los Fueros, Zaragoza, 2007, pp. 19 a 51.
- LETE DEL RÍO, José Manuel. «La disposición de la vivienda habitual por el cónyuge titular», *Actualidad Civil (AC)*, 2003, n.º 4, pp. 1055 a 1072.
- LETE DEL RÍO, José Manuel, y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. «Notas sobre la mutabilidad del régimen económico del matrimonio en el derecho común», *Revista de Derecho Privado (RDP)*, 1977, pp. 163 a 195.
- LLOPIS GINER, Juan Manuel. «Un régimen económico para cada matrimonio: el ejercicio de la libertad», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. III, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 4727 a 4746.
- LUCINI CASALES, Ángel. «La vivienda familiar en el régimen del Código civil reformado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, 1990, vol. 596, pp. 87 a 119.
- MANRESA Y NAVARRO, José María. *Comentarios al Código civil español*. T. I. *Artículos 1 a 312*, Reus, Madrid, 1987.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa. *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- MÁRQUEZ MUÑOZ, «Resumen de algunas normas del Código civil», *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, vol. 180, junio 1982.
- MARTÍNEZ CALDERADA, Luis. *El nuevo Derecho de familia*, T. I., 2.ª ed., Madrid, 1981.
- MARTÍNEZ CORTÉS, Jesús. «El régimen de separación de bienes», *Instituciones de Derecho Privado*. T. IV. *Familia*. Vol. 2.º, Civitas, Madrid, 2002.
- «El régimen económico matrimonial de separación de bienes», *Actas de los XIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, pp. 89 a 143.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos. *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Rialph, SA, Madrid, 1996.
- *Curso de Derecho civil*. IV. *Derecho de familia*, Colex, Madrid, 2007.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, Luis. «Del régimen económico matrimonial. Arts. 1315 a 1444», *Comentario del Código civil* (Coord. I. Sierra Gil de la Cuesta), T. 7, Bosch, Barcelona, 2000.
- MOLINER NAVARRO, Rosa. «Comentario a la Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano», en *Los regímenes económico matrimoniales en los Derecho civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 873 a 922.

- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves. «La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial», *Revista Xuridica Galega*, vol. 33, 2001, pp. 91 a 119.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.^a Luisa. «Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 634, 1996, pp. 849 a 942.
- MOREU BALLONGA, José Luis. «Comentario artículo 25», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*. T. I. (Coord. J. L. Lacruz Berdejo), DGA, Zaragoza, 1988.
- MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis de los. *La reforma del Derecho de familia, en España, hoy*, Universidad de Valladolid, 1981.
- «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dir. M. Albaladejo). T. XVIII. Vol. 1. Artículos 1315 a 1391, 1.^a ed., Edersa, Madrid, 1978.
- «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dir. M. Albaladejo). T. XVIII. Vol. 1. Artículos 1315 a 1343, 2.^a ed., Edersa, Madrid, 1982.
- MUÑIZ ESPADA, Esther. «El valor y eficacia del régimen económico matrimonial primario», *Revista Jurídica del Notariado (RJN)*, vol. 44, 2002, pp. 187 a 216.
- MUÑOZ DE DIOS, Mariano. «La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1320 del Código Civil», *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, T. XXVII, 1987, pp. 217 a 242.
- MURCIA QUINTANA, Emilio. *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar: (artículo 1.320 del CC)*, Civitas, Madrid, 2002.
- NAGORE YÁRNOZ, Javier. «Doctrina actual sobre las capitulaciones matrimoniales en Derecho común y foral», en *Estudios de Derecho Civil en honor al profesor Castán Tobeñas*, vol. 4, Eunsa, Pamplona, 1969, pp. 505 a 550.
- NAVARRO VIÑUALES, José María. «La tendencia desjudicializadora en el nuevo Derecho de familia», en en el *Nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* (Dir. J. M.^a Navarro Viñuales), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 253 a 292.
- O'CALLAGHAN, Xavier. *Compendio de Derecho civil*. T. IV, *Derecho de Familia*, 6.^a ed., Edersa, Madrid, 2006.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles. «Reflexiones sobre algunas tendencias en instituciones y relaciones del Derecho de la persona y de la familia», *Anales de la Facultad de Derecho*, vol. 19, 2002, pp. 139 a 158.
- «Concurso de acreedores y consorcio conyugal», *XIX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 105 a 188.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel. *Jurisprudencia civil comentada. Código civil* (Dir. M.), 2.^a ed., T. III. *Artículos 1315 a 1976*, Comares, Granada, 2009.
- PAZ ARES, Ignacio. «Previsiones capitulares», en *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y previsiones capitulares* (Asociación Española de Abogados de Familia), Dykinson, Madrid, 2008, pp. 99 a 145.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. *Tratado de Derecho de familia*. T. II. *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- *Tratado de Derecho de familia*. T. V. Vol. 1.^o *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- PÉREZ SANZ, Antonio. «Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales», *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, T. XXVI, 1985, pp. 7 a 34.

- PLANIOL, RIPERT & BOULANGER. *Traité élémentaire de droit civil*, T. III, Librairie General de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1951.
- PUENTE DE ALFARO, Fernando de la. «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, n.º 698, 2006, pp. 2359 a 2380.
- PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho civil*. T. IV. *Familia. Matrimonio. Divorcio...*, Bosch, Barcelona, 1985.
- QUÍLEZ ESTREMEIRA, Martín Antonio. «La libertad capitular y los artículos 1.328, 1.320 y otros del Código Civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 549, abr. 1982, pp. 361 a 427.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: familia*, Dykinson, Madrid, 2001.
- RAMS ALBESA, Joaquín. *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992.
- «Gestión de la comunidad», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* (Dir. J. L. Lacruz Berdejo y J. Delgado Echeverría), vol. 2.º, DGA, Zaragoza, 1993, pp. 222 a 276.
- *Elementos de Derecho civil*. T. V. *Sucesiones*, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2010.
- RAMS ALBESA, J., y MORENO MARTÍNEZ J.A. (Coords.), *El régimen económico del matrimonio: (Comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Dykinson, Madrid, 2005.
- ROCA I TRÍAS, M.ª Encarnación. «Familia, familias y derecho de la familia», *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, 1990, n.º 4, pp. 1055 a 1092.
- «Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis», *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 2107 a 2140.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Félix. «Notas sobre la vivienda habitual de la familia (en turno de rectificación)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, vol. 553, 1993, pp. 1599 a 1626.
- ROJAS MONTES, Luis. «Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones», *Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN)*, T. XVI, 1985, pp. 295 a 332.
- SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo. «El régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón», *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, pp. 47 a 81.
- SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. «Las nuevas orientaciones del Derecho civil y su referente al Notariado», *La Notaría*, vol. 11-12, 2004, pp. 27 a 49.
- SERRANO GÓMEZ, Eduardo. «Los protocolos familiares», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia* (Coord. J. Rams Albesa), Dykinson, Madrid, 2010, pp. 331 a 416.
- SIMÓ SANTONJA, Vicente. *Compendio de regímenes matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- TAMAYO CARMONA, Juan Antonio. *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de Derecho civil español*, T. IV. *Parte especial de Derecho de familia*, 4.ª ed., Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1938.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Régimen económico del matrimonio (Ley 11/1981, de 13 de mayo)*, Edersa, Madrid, 1982.

Pactos de atribución particular *post mortem*. Ámbito del artículo 1271, ap. 2.º, del Código civil *

XAIME MANUEL REQUEIXO SOUTO

Profesor de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

El Tribunal Supremo mantiene una doctrina según la cual los pactos de atribución de un bien particular, existente en el patrimonio del otorgante, para ser efectiva después de su muerte no infringen la prohibición de contratar sobre la herencia futura que impone el artículo 1271, ap. 2.º, del Código civil, porque para que esto se produzca es necesario que el objeto del contrato sea una universalidad y no bienes concretos. En el presente trabajo se pretende aclarar si está justificada la interpretación del Tribunal Supremo.

PALABRAS CLAVE

Herencia futura, legado, pacto sucesorio, negocios de atribución post mortem, libertad de testar.

ABSTRACT

According the doctrine of the Spanish Supreme Court, agreements of attribution of a particular good existing in the grantor's property and that will be effective after his death, do not violate the prohibition to contract

* El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de Investigación Ref. DER2010-15162 (subprograma JURI), subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el FEDER. Cuenta también con una Ayuda del Programa de consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas subvencionado por la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia y el FEDER.

about future inheritance imposed by article 1271, p. 2, Civil Code. Its reasoning is that this prohibition affects to contracts about an universal asset, but not in the case of a specific object. This paper aims to clarify if this interpretation of the Supreme Court is justified.

KEYWORDS

Future inheritance, legacy, succession agreement, attribution agreements post mortem, testamentary freedom.

SUMARIO: I. *Objeto de estudio.* 1.1 La norma general prohibitiva del artículo 1271, ap. 2.º, CC. 1.2. Contexto de la prohibición. Tipos de pactos sucesorios, razones de la prohibición y excepciones en el Código civil.–II. *Desarrollo.* 2.1 Caracteres de esta doctrina jurisprudencial. A) Se recoge en pocas sentencias. B) Su origen es anterior al Código civil. C) Se aplica a una diversidad de negocios. 2.2 Caracteres de los negocios a los que se aplica esta jurisprudencia. A) Irrevocabilidad. B) Onerosidad. C) Efectos en vida. 2.3 Comparación de los negocios permitidos por esta jurisprudencia con otras figuras. A) Con los pactos sucesorios regulados como excepción en el Código civil. B) Con el legado de cosa determinada propia del testador. 2.4 Validez de los negocios de atribución patrimonial *post mortem*. 2.5 Libertad de testar y herencia futura.–III. *Casos conexos.* 3.1 Pactos sobre la herencia de un tercero. 3.2 Pactos sobre la herencia tras la apertura de la sucesión.–IV. *Recapitulación y apéndice jurisprudencial.*

I. OBJETO DE ESTUDIO

1.1 LA NORMA GENERAL PROHIBITIVA DEL ARTÍCULO 1271, AP. 2.º, CC

El Código civil enuncia el principio de la prohibición de los contratos sobre la herencia futura en el artículo 1271, ap. 2.º: «sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056». Este precepto suscita críticas, tanto en cuanto la regla general prohibitiva no se considera adecuada, como porque la excepción que contempla no es tal, ya que la partición realizada por el testador constituye un acto unilateral, revocable y, en consecuencia, no tiene naturaleza de contrato, incluso si

concurrer a ese acto los favorecidos y prestan su asentimiento¹. En el caso de que el testador, además de la partición, realice donaciones entre vivos diferidas al momento de su muerte, la transmisión se produce con la perfección de la donación y no hay una disposición sobre la herencia futura².

El Tribunal Supremo mantiene una doctrina sobre esta prohibición del Código civil cuyo tenor es que «se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia (...), pero no cuando el pacto se refiere a bienes conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del compromiso en el dominio del causante» (S. de 22 de julio de 1997, RJ/1997/5807). La formulación de esta doctrina, que se repite casi con los mismos términos, lleva a algunos autores a interpretar que los pactos sucesorios de atribución particular están permitidos por la jurisprudencia. Según ellos el Tribunal Supremo realiza una interpretación restrictiva de la expresión «herencia futura» contenida en este artículo, al considerar que se refiere a la universalidad, y no a bienes determinados, del haber hereditario. En efecto, la posibilidad de admitir la sucesión contractual a título particular en el régimen del Código civil suscita la alarma de los comentaristas: «No se ve motivo legal que permita mantener la eficacia de obligaciones que tengan por objeto regular una sucesión, bien sea de la totalidad de la herencia, bien de bienes concretos de ella»³; «un contrato no deja de ser sucesorio aun cuando verse sobre bienes concretos y determinados»⁴; o que «lo decisivo para determinar cuándo el pacto ha de calificarse como sucesorio no es el objeto universal o singular lo que debe estar en el punto de mira; de hecho, los Tribunales no explican los motivos que llevan a

¹ Sobre las posiciones doctrinales acerca de la excepción *cf.* GARCÍA RUBIO, M.^a P., y HERRERO OVIEDO, M., «Pactos sucesorios en el Código Civil y en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, dir.^a Gete-Alonso, M.^a del C., t. I, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 1269-1270; sobre la conveniencia de reformar la regla, pp. 1283 y ss.

² En este sentido LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, vol. V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch, 1981, p. 383. Volveremos sobre este tipo de donaciones. La STS de 13 junio 1903 (JC, 1903, 174) declara que una mera partición hecha, ya entre los interesados, ya con la intervención del dueño del caudal, lo mismo si se ajusta a un testamento que a las reglas de un abintestato, en ningún caso puede por su índole producir la menor coartación en la libre facultad de este para testar en cualquier tiempo, variando o modificando sustancialmente las condiciones de dicha partición, por ser esta facultad inherente a la testamentifacción activa y porque semejante coartación implica un verdadero pacto sobre la herencia futura que imposibilitaría atender a necesidades imperiosas y legítimas de familia que surjan con posterioridad, debiendo, por lo tanto, limitarse los efectos del contrato al momento en que por defunción del dueño del caudal hereditario deba referirse la partición convenida a un estado de derecho que no esté en oposición con ella.

³ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, 10.^a ed., Tecnos, 2006, p. 467.

⁴ PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, t. VI, *Sucesiones, Pirámide*, 1976, p. 687, n. 28; en esta fecha también LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Sucesiones*, t. I, *Parte general, Sucesión voluntaria*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 467.

admitir los pactos sobre bienes concretos y tampoco aclaran por qué las causas que llevan a negar validez a los pactos cuyo objeto es una universalidad de bienes no son aplicables a los pactos que tienen por objeto cosas singulares; interpretar la expresión “herencia” del artículo 1271 CC como universalidad de bienes futuros no es más que una de las posibles opciones»⁵. Otros autores, en cambio, consideran que esta doctrina tiene la ventaja de la claridad práctica, pues se trata de verificar en el caso qué características tiene el objeto del contrato en función de la concreción sobre cosas individualizadas o una cuota; en este último caso el contrato sería nulo, y no así en el primero⁶.

Por ello, la pretensión de este trabajo es aclarar si está justificada esta doctrina jurisprudencial y, en tal caso, por qué motivos.

1.2 CONTEXTO DE LA PROHIBICIÓN. TIPOS DE PACTOS SUCESORIOS, RAZONES DE LA PROHIBICIÓN Y EXCEPCIONES EN EL CÓDIGO CIVIL

Los pactos sucesorios se clasifican en tres categorías. El pacto institutivo o de suceder es el de designación de un heredero o legatario: un contratante instituye heredero al otro, o ambos se instituyen recíprocamente o lo hacen en favor de personas que no son parte del mismo. El pacto renunciativo o de no suceder es el que aborta un llamamiento hereditario; el ejemplo más extendido es la renuncia anticipada a la legítima⁷. Y, por último, el pacto dispositivo sobre la herencia de un tercero que, en realidad, no tiene carácter sucesorio porque, al no intervenir el causante, no afecta a su libertad para testar⁸. Todos ellos, en principio, están prohibidos en el Código civil.

La razón principal de la prohibición del artículo 1271, ap. 2.º, CC es evitar la limitación de la libertad dispositiva *mortis causa* del causante, por la cual puede revocar en todo momento el testa-

⁵ GARCÍA RUBIO, M.ª P., y HERRERO OVIEDO, M., *Pactos sucesorios...*, cit., t. I, p. 1269.

⁶ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La sucesión contractual en el Código civil*, Secretariado de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1999, pp. 58 y 59. Se muestra comprensivo con esta jurisprudencia HERNÁNDEZ GIL, A., *Dictámenes*, II, Madrid, 1968, pp. 463 y 465.

⁷ En la práctica los pactos adquisitivos y los abdicativos suelen combinarse formando un negocio jurídico complejo: el pacto principal de institución de heredero y uno o varios abdicativos que lo posibilitan (cfr. BARRÓN ARNICHEs, P., *El pacto de renuncia a la legítima futura*, Cedecs, pp. 217 y 222).

⁸ ROCA TRÍAS, E., «Los contratos sucesorios», en *Derecho civil*, V, *Derecho de sucesiones*, coord. Capilla Roncero, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 294.

mento. La jurisprudencia considera esa libertad un bien tutelable por mandato del artículo 1271 CC (además de por otros preceptos, como el art. 669 CC que prohíbe el testamento mancomunado y, en especial, por los arts. 737 y ss. CC)⁹. Hay, además, una razón moral; se pretendería evitar el nacimiento del deseo de la muerte del futuro causante (*votum mortis*). En general esta razón es minusvalorada por la doctrina porque muchas figuras hacen depender una prestación a favor de otro de la muerte de una persona, como la renta vitalicia, en la que el aleas de la duración de la vida del beneficiado determina lo oneroso de la prestación del obligado, o los seguros sobre la vida. No es, sin embargo, desdeñable su influencia porque con anterioridad al Código civil, continuando la tradición justinianea, el contrato sobre la herencia de un tercero era válido si el causante prestaba su asentimiento y lo mantenía hasta su muerte (v. STS de 10 de febrero de 1961, *RJ*, 1961, 885) y, además, el Tribunal Supremo suele aludir a esta causa. Por último, se aduce una razón de carácter socio-político con origen en la Revolución Francesa. Se trataría de evitar que mediante contratos se reprodujesen las vinculaciones patrimoniales y los mayorazgos que caracterizaron el Antiguo Régimen. Esta última argumentación no está en el fondo de las decisiones del Tribunal Supremo, ni es una prohibición de orden público; y para alcanzar ese objetivo existen otros medios como las legítimas o la prohibición de establecer sustituciones fideicomisarias ilimitadas (*cfr.* art. 781 CC)¹⁰.

Pese a la rotundidad de la prohibición, reforzada por otros preceptos¹¹, el Código civil regula supuestos específicos de pactos

⁹ La STS de 20 de noviembre de 1915 (*JC*, 1915, 96) considera que el párrafo segundo del artículo 1271 CC «prohíbe los pactos sucesorios, aparte de otras razones de orden moral, por la principal de que derogan el principio jurídico sancionado en el 737, de que todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables». Nos situamos, entonces, en el ámbito de los pactos institutivos, porque para justificar la prohibición de los pactos de renuncia se aducen otras razones, como la de evitar un consentimiento bajo presión, lo que provoca la crítica de que no se acierta a ver por qué se precisa de una protección especial del derecho a suceder, incluso contra la voluntad de su titular [GARCÍA RUBIO, M.^a P., y HERRERO OVIEDO, M., «Las disposiciones generales sobre pactos sucesorios en el libro IV del Código civil de Cataluña. Apertura, innovación y alguna perplejidad», en AA.VV., *El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya (Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Documenta Universitaria, Gerona, 2009, p. 469].

¹⁰ Se considera que la razón de contener el Código civil napoleónico esta prohibición fue para evitar que la aristocracia pudiera mantener una posición dominante en materia de propiedad rústica y, en general, que prevaleciese la casa o algún tipo de corporación familiar sobre los individuos; resultando irrelevante el argumento moral de evitar el deseo de la muerte del otorgante (RAMS ALBESA, J., «Comentario a los artículos 1271 y 1272 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs. Albaladejo García, M., y Díaz Alabart, S., t. XVII, vol. 1-B, arts. 1261 a 1280 del Código civil, EDERSA, 1993, p. 465). *Cfr.* sobre las sustituciones fideicomisarias los artículos 869 y ss. del *Code civil* francés y los artículos 692 y ss. del *Codice civile* italiano.

¹¹ Con una finalidad similar el artículo 658 CC establece que la sucesión voluntaria se defiende por testamento y el artículo 667 CC llama testamento al acto por el cual una

sucesorios¹². La doctrina de modo unánime acepta como tales los siguientes:

i) La promesa de mejorar o no mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero, dado que es irrevocable (*cf.* arts. 826 y 827 CC). Fuenmayor¹³ señala cuatro especies de mejora por vía paccionada: 1) Mejora realizada en capitulaciones matrimoniales, 2) Mejora por vía de donación ínter vivos, 3) Mejora por contrato oneroso celebrado con un tercero¹⁴, y 4) Promesa de mejorar en capitulaciones matrimoniales, que consiste en realizar más adelante la mejora a favor de alguno de los descendientes.

ii) La donación de bienes futuros, solo para el caso de muerte, hecha en capitulaciones por los futuros esposos (art. 1341, ap. 2.º, CC). Es una excepción al artículo 635 CC, el cual establece que la donación no puede comprender los bienes futuros, que define como aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación¹⁵.

persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, ambos preceptos excluyendo implícitamente la sucesión contractual. El artículo 816 CC declara la nulidad de toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre quien la debe y sus herederos forzosos (luego toda renuncia, tanto la unilateral como la bilateral, *cf.* TORRES GARCÍA, T. F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La legítima en el Código Civil (I)», en *Tratado de legítimas*, coord.ª TORRES GARCÍA, T. F., Atelier, Barcelona, 2012, p. 36), lo cual para LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones*, t. II, Bosch, 1973, p. 40, no es debido a la futuridad del derecho, sino al aspecto de contrato sucesorio del negocio, lo que ha impulsado al legislador a prohibirlo y no contempla el supuesto de la renuncia contratada entre los coherederos porque es un negocio nulo de pleno derecho que, por tanto, no presenta ninguna singularidad. Ya GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza y con una nota preliminar del Prof. LACRUZ BERDEJO, 1974, p. 350, consideraba que la renuncia o transacción sobre la legítima futura del artículo 646 del Proyecto de Código civil de 1851 podría entenderse comprendida en la prohibición de los pactos sobre la herencia futura previsto por el artículo 994 del Proyecto, aunque no holgase en el primero. También el artículo 991 CC prohíbe aceptar o repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien se haya de heredar; y, por último, el artículo 1674 CC establece que en la sociedad universal de todos los bienes presentes puede pactarse la comunicación recíproca de cualesquiera otras ganancias, pero no pueden comprenderse los bienes que los socios adquieran posteriormente por herencia, legado o donación, aunque sí sus frutos.

¹² ROCA SASTRE, R. M.ª, *Estudios de Derecho Privado*, t. II, *Sucesiones*, presentados por Garrido de Palma, V., Thomson Reuters, 2009, p. 397, dice que «en la práctica carecen de importancia y los casos legalmente exceptuados de la norma general prohibitiva obedecen casi todos al interés que tuvieron los codificadores por sentar las bases de la unidad legislativa civil».

¹³ FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «La mejora en el sistema sucesorio español», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XXII, Universidade de Coimbra, 1946, p. 263.

¹⁴ O sea, pacto dotal o nupcial, indica ROCA SASTRE, *Estudios...*, *cit.*, t. II, p. 406.

¹⁵ La donación de bienes futuros singularmente considerados es válida configurando la donación como obligacional, es decir, celebrar ahora el contrato por el que se regala algo que el donante asume la obligación de transmitir después, figura admitida por la doctrina y distinta de la promesa de donación que no admite la jurisprudencia; entonces, el artículo 635 CC habrá que interpretarlo como la prohibición de donar todos los bienes presentes y los futuros, que equivaldría a dejar ya al donatario la herencia futura (NIETO

Los pactos sucesorios entre esposos o futuros esposos se justifican por prevalecer el favorecimiento del matrimonio sobre otros intereses. Además es habitual referirse a los pactos sociales. El supuesto más recurrido es el artículo 1704 CC por el que se pacta que al morir uno de los socios la sociedad continuará entre los sobrevivientes, y los herederos solo tendrán derecho a una compensación del valor económico de la participación social. Es un caso dudoso y muy debatido por los autores¹⁶.

II. DESARROLLO

2.1 CARACTERES DE ESTA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El estudio de las sentencias en que se plasma esta línea interpretativa que parece autorizar los pactos sucesorios referidos a atribuciones particulares nos permite establecer un marco de la cuestión conformado por la dimensión, el origen y el objeto de esta doctrina, que exponemos a continuación.

A) Se recoge en pocas sentencias

No obstante la claridad de la fórmula jurisprudencial y el recelo que suscita en un sector de la doctrina por cuanto parece admitir la sucesión a título particular en el ámbito del Código civil, en realidad son muy escasas las sentencias del Tribunal Supremo que aplican esta doctrina para resolver la cuestión objeto del litigio y, además, las pocas que se han dictado son antiguas. Solo podemos indicar las sentencias de 4 de mayo de 1910 (*JC*, 1910, 2), 8 de octubre de 1915 (*JC*, 1915, 28), 16 de mayo de 1940 (*RJ*/1940/416 bis) y 25 de abril de 1951 (*RJ*, 1951, 1615); y las de 3 de marzo de 1964 (*RJ*/1964/1254) y 22 de julio de 1997 (*RJ*/1997/5807) que la citan *obiter*. No por ello esta doctrina deja de tener importancia, los Tribunales inferiores continúan aplicándola en casos recientes; así,

ALONSO, A., «Com. artículo 635 CC», en *Código Civil Comentado*, dirs. Cañizares Laso, A., *et al.*, vol. II, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 138). La expresión «bienes futuros» del artículo 1341 CC puede asimilarse al concepto de «herencia futura» (BARRÓN ARNICHES, P., *op. cit.*, p. 251).

¹⁶ El artículo 15 de la Ley 2/2007 de sociedades profesionales y el artículo 110 de la Ley de sociedades de capital (RDLeg. 1/2010) regulan supuestos similares. Las posiciones doctrinales pueden verse en GARCÍA RUBIO, M.ª P., y HERRERO OVIEDO, M., *Pactos sucesorios...*, *cit.*, t. I, pp. 1278-1280; en particular sobre el llamado pacto de tontina [de L. Tontii, banquero italiano del s. XVII inventor de esta clase de operaciones (diccionario RAE)], supuesto en el que los socios pactan la atribución de las participaciones sociales tras la muerte del socio entre los supervivientes, sin correspectivo alguno para los herederos.

como veremos, la SAP de A Coruña de 26 de abril de 2002 (AC/2002/2225) o la de Cuenca de 30 de octubre de 2009 (JUR/2009/497002). Por su parte, la Dirección General de los Registros y el Notariado mantiene esta tesis en la Resolución de 21 de enero de 1991 (RJ/1991/592) y admite la compraventa con pacto de supervivencia (Resolución de 19 de mayo de 1917, *Anuario DGRN*, 1917, p. 191).

Debe destacarse que el Tribunal Supremo repite esta doctrina con una connotación formularia, sin fisuras, y en otros tribunales se reitera igualmente con cita casi ritual de estas pocas sentencias, incluso no ajustándose siempre al supuesto de hecho que consideramos (p. ej., tratarse de una herencia ya causada).

B) Su origen es anterior al Código civil

La expresión utilizada por el Tribunal Supremo de que la prohibición de los contratos sobre la herencia futura «se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia (...), pero no cuando el pacto se refiere a bienes conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del compromiso en el dominio del causante» (Sentencia de 22 de julio de 1997, RJ/1997/5807) tiene un origen anterior al Código civil; el Alto Tribunal la utiliza, al menos, para resolver un caso anterior a su entrada en vigor.

En efecto, la Sentencia de 4 de mayo de 1910 (*JC*, 1910, 2) trata sobre un pacto contenido en una escritura de 30 de mayo de 1888 referido a Cataluña, donde regía la legislación romana, por el cual dos hermanas sujetaron a reversión recíproca y para después de su muerte unos bienes determinados. La recurrente alega que el pacto coarta su libertad de testar. La Sala razona que para coartar la libertad de testar no basta con el solo hecho de someter el cumplimiento de una estipulación a una condición determinada; que no cabe atribuir a tal convención el concepto jurídico de pacto sobre sucesión futura porque para llegar a esa calificación de tanta transcendencia es necesario que se trate «no de un grupo o conjunto parcial de bienes propios sino de herencia no diferida, de una universalidad patrimonial». El Tribunal Supremo afirma que estos principios informan la legislación romana recogida en la de Castilla, especialmente en la ley 33, tít. 11, Partida 3.^a (*sic*¹⁷). Considera,

¹⁷ El tít. 11 de la Partida 3.^a solo tiene 29 leyes (*cf.*: *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio cotejadas con varios códigos antiguos por la Real Academia de la Historia*, t. II, Ediciones Atlas, Madrid, 1972, p. 811); tal vez la cita se refiera a la misma ley y título de la Partida 5.^a, que tiene por título «Cómo la promisión et el pleyto que facen los homes entre sí que hereden unos los bienes de los otros, non vale, fueras ende en casos señalados». Esta última prohíbe el contrato sobre la herencia universal salvo que lo «feciesen dos caballeros

asimismo, que la excepción de herencia no causada no se puede dar cuando se trata de «bienes adquiridos o con realidad presente, no por adquirir»; que es lícito contratar sobre cosas y hechos futuros; y que la libertad contractual permite estas estipulaciones que tienen un propósito lícito y moral.

Por tanto, de esta Sentencia sacamos la conclusión de que la doctrina de no considerar herencia futura los pactos con efectos *post mortem* sobre bienes determinados existentes en el patrimonio del otorgante no deriva del texto codificado en 1889, sino de la legislación de origen romana de aplicación con anterioridad a su entrada en vigor.

C) Se aplica a una diversidad de negocios

No hay un único tipo de negocio de atribución de bienes a título particular objeto de esta jurisprudencia. Unos son negocios de división y adjudicación de una herencia ya causada en la que los herederos pactan la atribución de bienes a uno de ellos sometiéndola a determinadas condiciones, como el supuesto anterior de la Sentencia de 4 de mayo de 1910 (*JC*, 1910, 2), en el que a una escritura de inventario y división de bienes se incorpora el pacto por el que las dos hermanas sujetan a reversión recíproca los bienes adjudicados para el caso de fallecer sin hijos en edad de testar. Es también el supuesto de la Sentencia de 8 de octubre de 1915 (*JC*, 1915, 28) en el que mediante un contrato privado los dos únicos herederos, Manuel Calvo y Antonia Barcia, convienen que a esta le corresponden dos fincas rústicas y a Manuel el resto del capital, pactando que este transmitiría en testamento los bienes sobrantes, después de pagar las deudas, a favor de una sobrina, hija natural de Antonia, y que a los demás sobrinos, hijos también de Antonia, les reconocería alguna cosa. El Tribunal Supremo reconoce la validez del pacto porque «se refiere a bienes conocidos y determinados existentes cuando tal compromiso se otorgó, y no a la universalidad de la herencia que, según el artículo 659 del citado Código civil, se determina a la muerte del causante». Otro negocio es el de renta vitalicia al que se incorporan estipulaciones con efectos *post mortem*. La Sentencia de 16 de mayo de 1940 (RJ/1940/416 bis), para algunos el *leading case* de esta jurisprudencia, trata sobre un contrato por el que se transfiere un capital formado por diferentes bienes a cambio de la obligación de entregar una renta anual durante toda la vida, al que se incorporan las estipulaciones de pagar deter-

entre sí, queriendo entrar en alguna batalla ó en hacienda, si alguno dellos moriese en aquel lugar, el otro que fincase heredarle lo suyo si non dexase el muerto hijos legítimos» y, en el caso de sobrevivir ambos, era revocable (*op. cit.*, t. III, p. 272).

minados créditos de un hermano, y la de dar a la muerte de este determinada distribución de una cantidad igual al importe del capital que se recibe, con deducción de las deudas y gastos del mismo. La cuestión debatida es si la entrega de la cantidad igual al importe de los bienes recibidos a las personas que se indican en el contrato, al fallecer el causante, constituye un pacto sucesorio prohibido por el artículo 1271 CC. El Tribunal Supremo aplica la doctrina que estudiamos y concluye que «no está comprendido en la prohibición aludida, pues se dispuso de bienes conocidos y determinados propios con bastante anterioridad al contrato». En concreto razona el Alto Tribunal: «lo concertado en la cláusula discutida no fue la distribución entre sus hermanos, de no tener hijos, de los bienes cuyo dominio había perdido desde la fecha del contrato, sino la obligación que se aceptó de repartir una cantidad igual al importe de dichos bienes de su propio peculio»¹⁸.

La Resolución de 19 mayo 1917 (*Anuario DGRN*, 1917, p. 191) declara válido el pacto por el que dos esposos compradores por partes iguales y proindiviso de una finca establecen que a la muerte del primero el superviviente adquiere la totalidad de la finca. Es una compraventa con pacto de sobrevivencia, en la actualidad prevista por el legislador estatal¹⁹. Aunque referido a Cataluña, la Resolución se fundamenta en el Código civil: «no es aplicable al caso presente el (...) artículo 1271 del Código civil, que prohíbe celebrar contratos sobre la herencia futura, porque en la recíproca cesión otorgada por los compradores indicados, de igual manera que en la constitución de rentas vitalicias, alimentos, seguros, retiros, usufructos o combinaciones tontinas para auxilios a la vejez, se establecen pactos aleatorios que sin comprender directamente la herencia futura ni estar inspirados en un concepto técnico o vulgar de sucesión hereditaria, ni asumir el carácter odioso del pacto corvino²⁰, se refieren a la muerte como punto de arranque de derechos y obligaciones o de la

¹⁸ ESPEJO, *op. cit.*, p. 188, nn. 227 y 228, considera que los casos contemplados en las Sentencias de 4 mayo 1910, 8 octubre 1915 y 16 mayo 1940 no son pactos sucesorios prohibidos; también está de acuerdo en que no hay pacto sucesorio SÁNCHEZ ARISTI, R., *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Comares, 2003, pp. 15 a 17

¹⁹ El artículo 78.3, ap. 1.º, de la Ley 22/2003 concursal dispone que «los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado». El precepto se refiere básicamente a la institución de la compraventa con pacto de sobrevivencia regulada en el Derecho catalán y supone que la declaración de concurso viene a determinar la extinción del pacto de sobrevivencia (*cf.* DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Com. artículo 78», en *Comentarios a la legislación concursal*, dirs. Sánchez-Calero, J., y Guilarte Gutiérrez, V., Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 1599 y 1600).

²⁰ La denominación de *pactum corvinum* o pacto de los cuervos hace referencia a cómo estos animales se reparten los despojos del muerto (LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, V, *cit.*, 1981, p. 382). Es propio del pacto sobre la herencia de un tercero.

adquisición de derechos reales». La Dirección General razona que la reciprocidad de la cesión aleatoria implica la irrevocabilidad de los derechos constituidos por lo que es una condición resolutoria legal; y que «no cabe alegar que aquellos ven disminuida su capacidad para disponer por testamento, pudiendo enajenar fácilmente los bienes propios en perjuicio de los herederos forzosos, porque la constitución de un derecho real sobre bienes determinados, en consideración a la supervivencia, es un convenio entre vivos, cuyos desarrollos propios se encuentran en el derecho de contratación y en el de cosas, sin que la entrega del objeto o el goce de una facultad *post mortem* sea más que una mera modalidad del convenio, nunca bastante para desnaturalizar el carácter de los actos entre vivos». Incluso dice, admitida la existencia de dos tipos de donaciones *mortis causa*, unas con entrega inmediata de bienes sujetas a condición resolutoria, otras realizadas en atención a la muerte sin entrega de bienes bajo condición suspensiva y para prevenir los efectos de la sucesión hereditaria, que no cabe incluir en este último grupo tal pacto, entre otras razones, por la creación de derechos reales irrevocables por la mera voluntad²¹.

2.2 CARACTERES DE LOS NEGOCIOS A LOS QUE SE APLICA ESTA JURISPRUDENCIA

Nos interesa ahora conocer cuáles son los elementos comunes a los negocios objeto de las sentencias que estudiamos para después poder compararlos con figuras que tengan una naturaleza sucesoria incuestionable. Exponemos a continuación los siguientes rasgos: la

²¹ Esta cláusula fue considerada un pacto prohibido por la jurisprudencia francesa hasta la sentencia de la Corte de Casación de 3 febrero 1959, momento en el que la admite al calificarla como una adquisición bajo la condición de supervivencia y no como una cláusula de acrecimiento, según HERRERO OVIEDO, M., «Los pactos sucesorios en el Código civil francés», en AA.VV., *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Aranzadi, 2009, pp. 455 a 457, que expone esta evolución con las construcciones doctrinales elaboradas para que la cláusula escapara a la prohibición. La aleatoriedad derivada del desconocimiento de quién fallecerá primero, que permite fundar la onerosidad del pacto, se difumina si entre los compradores existe una gran diferencia de edad o uno sufre una enfermedad grave (*op. cit.*, p. 457, n. 71). En el Derecho español es admisible configurar la adquisición con sujeción a dos condiciones simultáneas: una resolutoria de premoriencia y otra suspensiva de supervivencia, de modo que la producción del evento (la muerte del primero) produce la adquisición del todo por el sobreviviente, retroactivamente, desde el día de la compra; el automatismo se refleja registralmente en que basta una nota marginal para hacer constar el cumplimiento del evento (art. 23 LH), sin necesidad de nueva inscripción a favor de quien corresponda, porque ese ya tenía inscrito su derecho, aunque suspensivamente (NÚÑEZ IGLESIAS, A., «La práctica francesa del pacto de tontina entre coadquirentes: utilidad y posibilidad», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. IV, Thomson Civitas, 2003, pp. 5442 y ss.).

irrevocabilidad, la onerosidad y la producción de efectos en vida del otorgante.

A) Irrevocabilidad

El carácter irrevocable opone los negocios objeto de la jurisprudencia que nos ocupa a las disposiciones de última voluntad, que son esencialmente revocables. Estas o se establecen en testamento, que es el acto unilateral por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos o parte de sus bienes (art. 667 CC), o en contrato, constituyendo entonces una donación por causa de muerte. En relación a estas últimas, el Código civil determina que las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y se rigen por las reglas de la sucesión testamentaria (art. 620 CC). Producir efectos por muerte del donante significa que la transmisión de la propiedad opera a causa de su muerte²². La aplicación de las reglas de la sucesión testamentaria a las donaciones *mortis causa* supone que son revocables; que el donatario debe sobrevivir al donante, al igual que el heredero para serlo al causante; y, por último, exige el cumplimiento de las formalidades de los testamentos²³. La STS de 9 de junio de 1995 (RJ/1995/4912) se refiere a una donación de un padre en favor de un hijo de parte de una finca, con reserva de la facultad de disponer por cualquier acto y en cualquier tiempo respecto a la totalidad o parte de la finca, en cuyo caso quedaría revocada la donación; además, el donatario no podía enajenar ni gravar la finca durante la vida del donante sin contar con autorización expresa de este. La Sala califica esta donación de *mortis causa* porque solo ha de tener efectos después de

²² ESPEJO, *op. cit.*, p. 26, califica la donación *mortis causa* como contrato sucesorio sobre bienes concretos. En cualquier caso, repárese en que la categoría dogmática de contrato sucesorio sobre bienes concretos es más amplia, pues abarca también los realizados a título oneroso.

²³ Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 9.ª ed., Tecnos, 2001, p. 319, con jurisprudencia que cita sobre la exigibilidad de estas formalidades. La STS de 28 de julio de 2003 (RJ/2003/6961) declara ineficaz una donación de 15 millones de pesetas de madre a hija porque, tratándose de una *mortis causa*, no cumple los requisitos de la plasmación de una voluntad en testamento, ni siquiera en el ológrafo, ya que el documento fue redactado sin autografía total, requisito indispensable. Sin embargo, VALLET entiende que los requisitos de forma que exige el Código civil para las donaciones entre vivos son suficientes para las *mortis causa* y que las reglas establecidas para la sucesión testamentaria tendrán plena vigencia en cuanto al régimen, es decir, a la regulación de la donación *mortis causa* una vez haya sido otorgada (VALLET DE GOYTISOLO, J., *Estudios sobre donaciones*, Montecorvo, Madrid, 1978, pp. 153 y 154; *cfr.* una nota crítica a su tesis en FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «Sobre una revisión de las donaciones *mortis causa* en nuestro Código civil», en *Anuario de Derecho Civil*, 1951, pp. 1082-1095, para quien la naturaleza *mortis causa* de estas donaciones pide imperiosamente para ellas, no solo el régimen, sino incluso la forma de las disposiciones testamentarias).

morir el donante, sin transmisión de presente de la propiedad, ni siquiera a plazo que haya de transcurrir mientras viva, disponiendo para después de la muerte de algo que le pertenece. Considera que ello lleva consigo la sujeción de la donación a las disposiciones de última voluntad, sin cuyo cumplimiento no es válida, y la declara carente de validez. En consecuencia, todo negocio de atribución patrimonial a título gratuito cuyo resultado se produce por el fallecimiento de quien lo realiza ha de asimilarse a la donación *mortis causa*. Como dice Lacruz, el artículo 620 CC se aplica a las liberalidades que no producen ningún efecto antes de la muerte del causante²⁴. De esta manera el artículo 620 CC considera un supuesto de hecho correlativo al artículo 621 CC; el primero se refiere a «las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante» y el segundo a «las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos»²⁵.

B) Onerosidad

Los pactos que estudiamos no constituyen liberalidades con efectos *post mortem*, sino negocios onerosos de atribución de bienes con modulación de los efectos en previsión de la muerte de uno de los otorgantes. La atribución de un bien particular a título gratuito que produce el efecto de la transmisión de la propiedad con motivo de la muerte del otorgante, como hemos dicho, debe calificarse de donación *mortis causa* con las consecuencias del artículo 620 CC; con transmisión de presente y posposición de la entrega de la posesión o del usufructo a la muerte del otorgante debe calificarse de donación entre vivos y regirse por las solemnidades que determina el artículo 633 CC, principalmente la de escritura pública cuando recaiga sobre un bien inmueble. Sin embargo, en las SS. de 8 de octubre de 1915 (*JC*, 1915, 28) y de 5 de junio de 1985 (*RJ*/1985/3095) el pacto se formaliza en un documento privado, la SAP de Cuenca de 30 de octubre de 2009 (*JUR*/2009/497002) se refiere a un documento privado y, en general, en los supuestos

²⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, V, *cit.*, 1981, p. 201.

²⁵ El antecedente del actual artículo 620 CC en el Proyecto de Código civil de 1851 era el artículo 942, que decía: «Las donaciones hechas para después de la muerte del donador que consistieren en una cosa específica, no fungible, pueden hacerse entre vivos, y se regirán por las disposiciones de este título; pero si tuvieren por objeto el todo o una parte alícuota de los bienes del donador, o una cantidad de cosas fungibles, no podrán otorgarse sino en testamento, y se gobernarán por las reglas de las últimas voluntades». GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias...*, *cit.*, p. 464, considera que el que dona todo o una parte alícuota de los bienes que deje al morir dispone de los bienes futuros en contra del tenor del artículo 953 de ese texto, y en el comentario a este artículo señala que la donación de bienes futuros es una especie de pacto sucesorio, prohibido por el artículo 944 (p. 470).

de estas sentencias no interesa la forma solemne porque no se está ante donaciones ínter vivos, sino ante otros negocios que no tienen causa de liberalidad, sino onerosa, como la división y adjudicación de una herencia ya causada (SS. de 8 de octubre de 1915, *JC*, 1915, 28, y 5 de junio de 1985, *RJ/1985/3095*).

C) Efectos en vida

En la Sentencia de 5 de junio de 1985 (*RJ/1985/3095*) los herederos de Cecilio, dos hijos y la viuda, pactan que el bazar Colón se atribuya a la madre, estipulando, tras consignar que la titularidad como arrendataria correspondería a la hija María del Carmen, que en el momento del fallecimiento de la madre, la hija adquiriría la propiedad de dicho establecimiento; y en tal momento se llevaría a efecto tasación pericial y la hija debería compensar a su hermano José Luis según lo que resultase. El Tribunal Supremo considera que no es un pacto sobre la herencia futura de la madre porque esta no adquiere el bien con libre disposición, sino con la condición de revertirlo a su muerte a favor de la hija. Y de modo extremo, rozando la contradicción en los propios términos, es el motivo por el que la Sentencia de 8 de octubre de 1915 (*JC*, 1915, 28) llega a decir: «se consigna el compromiso del Calvo de testar en la forma que se expresa y que podrá llevar a efecto hasta su muerte, llegada la cual es cuando nacerá el derecho de doña Peregrina Barcia de reclamar contra los sucesores del mismo si aquel no hubiese cumplido tal convención». En esta sentencia el derecho nace de la convención y no del testamento. Es decir, si no testa en conformidad con la convención, el testador en cuanto a esa parte estaría disponiendo de bienes que no le pertenecen, por lo que el legítimo propietario podría reivindicarlos. No se trataría de una limitación a la libertad de testar, sino que el testamento tendría por objeto bienes que ya no le pertenecen al causante porque dispuso de ellos en vida. En puridad la cláusula testamentaria sería un reconocimiento o ratificación de una transmisión anterior²⁶.

Es aquí donde hay que situar las atribuciones de bienes determinados existentes en el patrimonio del otorgante, cuya transmi-

²⁶ De esta opinión es ESPEJO, *op. cit.*, p. 59: que la Sentencia de 8 de octubre de 1915 (*JC*, 1915, 28) estime que no contraviene la prohibición el obligarse a dejar por testamento a determinada persona un conjunto de bienes determinados, propiedad ya de quien se obliga, no conduce a considerar válida la obligación de testar en un determinado sentido, sino a dar validez al contrato en cuanto que, al referirse a bienes concretos y determinados, ni precisa que exista el testamento para hacerlo valer, ni en realidad constituye un pacto sobre la sucesión, sino sobre bienes concretos. En la n. 59 nos ocupamos de la invalidez de la promesa de testar.

sión es irrevocable aun posponiendo su eficacia a la muerte del otorgante. No vulneran la prohibición del artículo 1271, ap. 2.º, CC porque los bienes a los que se refieren no llegan a formar parte del caudal relicto del otorgante.

2.3 COMPARACIÓN DE LOS NEGOCIOS PERMITIDOS POR ESTA JURISPRUDENCIA CON OTRAS FIGURAS

Cabe preguntarse cuál es la diferencia entre los contratos que estudiamos sobre bienes determinados existentes en el patrimonio del otorgante en el momento de su celebración y otros negocios que tienen carácter sucesorio incuestionable; por una parte, con los pactos sucesorios admitidos en el Código civil y, por otra, con el legado de cosa propia del testador, respecto al cual aquellos pactos comparten el carácter determinado de su objeto.

A) Con los pactos sucesorios regulados como excepción en el Código civil

Las excepciones del Código civil (arts. 826-827 y 1341) a la regla de la prohibición de los contratos sobre la herencia futura permiten que el objeto del pacto sea una universalidad y consista en bienes futuros, mientras que la jurisprudencia parece excluir, como estamos viendo, de la prohibición del artículo 1271 CC los pactos que tienen por objeto bienes determinados y existentes en el momento de su otorgamiento. En efecto, sobre los artículos 826 y 827 CC se considera que «en el supuesto de que el mejorante no señale la cuantía de la mejora, habrá que entender que será de un tercio siempre y cuando en el momento de hacer realidad la promesa no se señale otra cosa», y sobre el artículo 1341 CC «la tesis mayoritaria opta por entender de forma amplia la expresión, incluyendo tanto bienes concretos, como una cuota de ellos, así como la totalidad del patrimonio»²⁷.

²⁷ GARCÍA RUBIO, M.ª P., y HERRERO OVIEDO, M., *Pactos sucesorios...*, cit., t. I, pp. 1273 y 1277 respectivamente. Por lo demás es discutido si la promesa abarca solo el tercio de mejora o puede extenderse también al tercio de libre disposición [v. argumentos y jurisprudencia en TORRES GARCÍA, T. F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La legítima en el Código Civil (II)» en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, dir.ª Gete-Alonso, M.ª del C., t. II, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 1916 y 1917, que se posicionan a favor de que tal facultad quede referida al tercio de mejora].

Téngase presente que la mejora contractual tiene origen en el Derecho histórico español con la Ley 17 de Toro en 1505, mientras que la mejora testamentaria aparece en la *Lex Visigothorum*, introducida por Chindasvinto (BLASCO GASCÓ, F. de P., *La mejora irrevocable*, Tirant lo Blanch, 1990, p. 15). La referida ley de Toro prevé tres supuestos excepcionales de irrevocabilidad de la mejora entre vivos: la realizada con entrega de bienes,

¿Qué interés se protege prohibiendo un pacto sobre la universalidad? La institución contractual de un heredero no elimina la libertad del instituyente para disponer en vida de sus bienes, solo *mortis causa*. El favorecido adquiere una posición similar a la del legitimario: tiene derecho a una cuota de los bienes relictos si queda alguno. Es una mera expectativa. En cambio sí limita la libertad de testar porque supone una reglamentación para después de la muerte, momento hasta el cual no se puede determinar²⁸, y es irrevocable, pues de no serlo estos negocios se equipararían a las donaciones *mortis causa*²⁹.

En consecuencia, un contrato relativo a una cuota de la herencia, si es oneroso, está prohibido por el artículo 1271, ap. 2.º, CC, salvo las excepciones que acabamos de ver; por el contrario, si es gratuito, podría asimilarse o recalificarse como donación *mortis causa*, pues conforme al artículo 620 CC queda protegida la libertad de testar al conferirle el carácter de revocable propio de los testamentos.

No se puede donar una cuota del patrimonio en vida porque este solo es transmisible por la muerte, sin embargo podría admitirse la validez de una donación *mortis causa* de una cuota porque conforme al artículo 620 CC se regirá por las reglas de la sucesión testamentaria³⁰. La Resolución de 6 de marzo de 1997 (RJ/1997/2033)

haber entregado la escritura ante escribano y haber realizado la mejora en un contrato oneroso celebrado con un tercero (*op. cit.*, pp. 28 y ss.).

²⁸ El contenido de la institución de heredero excede lo patrimonial y limita la libre determinación del causante sobre la sucesión en aspectos de su esfera personal. El heredero –puntualiza LACRUZ– no continúa la personalidad del causante, pero sí, en parte, su esfera estrictamente personal, que pasa a ser suya, y el testador, que tiene facultad de nombrar heredero, en cambio no puede impedir, una vez nombrado, que se haga cargo de todas sus relaciones transmisibles por herencia, salvo los bienes y derechos patrimoniales transmisibles ínter vivos de que hubiere dispuesto a título de legado (LACRUZ BERDEJO, J. L., *Estudios de Derecho privado común y foral*, t. II, *Obligaciones y Sucesiones*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales-Bosch, Barcelona, p. 407).

²⁹ GARCÍA RUBIO, M.ª P., y HERRERO OVIEDO, M., *Pactos sucesorios...*, *cit.*, t. I, p. 1276, remarcan que no todas las hipótesis que el artículo 827 CC califica de mejora irrevocable son pactos sucesorios; en la entrega de bienes de presente mediante un contrato atributivo gratuito con pacto de mejora, no hay contrato sucesorio porque los bienes salen del patrimonio del mejorante y no formarán parte de su herencia; solo hay una orden de imputar esta entrega a la mejora. BLANCO GASCÓ, F. de P., *op. cit.*, p. 150, considera que la mejora en cosa determinada sin entrega de presente conlleva que el mejorado haya adquirido un derecho que integra su patrimonio y pueda transmitirlo a sus herederos y negociar con él (no con el título de mejora, sino con su objeto) y se halla facultado para impugnar los gravámenes posteriores y los actos de disposición sobre este; por su parte, el mejorante debe conservar la cosa con la diligencia del artículo 1094 CC.

³⁰ El objeto propio del Derecho sucesorio es la universalidad de la herencia, que no equivale al patrimonio en cualquier momento distinto de la muerte (ESPEJO, *op. cit.*, p. 87). Para algunos autores es imposible un contrato de donación que se refiera a la herencia futura en su conjunto no solo por el artículo 1271, ap. 2.º, CC sino por el artículo 635 CC (ibídem, p. 187 y n. 225), mientras que otros, partiendo de que no les son aplicables a las donaciones *mortis causa* los artículos 634 y 635 CC, sostienen que son posibles las donaciones *mortis causa* cuyo objeto fueran los bienes existentes a la muerte del donante (VALLET, *op. cit.*, pp. 151 y ss.).

trata sobre una donación entre esposos, ambos españoles, ante un notario francés del lugar de residencia, por la cual el esposo dona a la esposa, en el caso de que le sobreviva, la plena propiedad de todos los bienes y derechos que compongan su sucesión cualquiera que sea el lugar en el que estén situados. La Dirección General considera válido el contenido del pacto por las siguientes razones: *i)* No media ninguna contraprestación causalizadora que a favor del donante asuma el beneficiario³¹; *ii)* La disposición efectuada es revocable *ex* artículo 620 CC pese a concurrir la aceptación del beneficiario, dado que es una donación que ha de producir sus efectos a la muerte del donante; *iii)* La aplicación del régimen de la sucesión testamentaria determina la irrelevancia jurídica de la aceptación anticipada del donatario (*cf.* art. 991 CC); y *iv)* La presencia del beneficiario en el otorgamiento del testamento no es causa de nulidad. La Dirección General concluye que no hay razón para ignorar jurídicamente la voluntad dispositiva del causante, considerándolo un auténtico negocio testamentario, si reúne las exigencias de forma previstas para la validez de los testamentos, cuestión que no entra a valorar³².

B) Con el legado de cosa determinada propia del testador

Un contrato sucesorio puede definirse como «aquella ordenación *mortis causa* en la que la voluntad del ordenante queda vincu-

³¹ De haberla, sería un contrato a título oneroso prohibido por el artículo 1271, ap. 2.º, CC al tratarse de una disposición de la universalidad de los bienes.

³² Porque no está relacionada directamente con la nota impugnada (art. 117 Reglamento hipotecario). CHECA MARTÍNEZ, M., «Nota a la Resolución DGRN de 6 de marzo de 1997», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, 1998-1, pp. 325 y 326, dice que tanto sea aplicable el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 para determinar la ley aplicable, como en su defecto el artículo 11.1 CC, el resultado es la alternatividad entre la ley española y la francesa, salvo que el artículo 11.2 CC se interprete como excepción al anterior y no como mera previsión complementaria, en cuyo caso sería la ley española en exclusiva. La ley francesa establece la validez de las donaciones *mortis causa* sin necesidad de que adopten la forma de las disposiciones testamentarias, y el notario francés no ha de cumplir los requisitos exigidos por el Reglamento notarial español; de aplicarse la ley española, este autor se inclina por considerar suficiente la forma solemne exigida para las donaciones, es decir, escritura pública para los inmuebles, sin necesidad de revestir la forma de las disposiciones testamentarias, pues en otro caso no se distinguiría en la práctica la donación *mortis causa* del legado.

Como hemos indicado antes, la existencia de las donaciones *mortis causa* tras el Código civil depende de si le son aplicables los requisitos formales de los testamentos, en cuyo caso desaparece como donación y sólo es posible como disposición testamentaria, por tanto unilateral (*cf.* los argumentos y relación de sentencias en ALBALADEJO GARCÍA, M. y DÍAZ ALABART, S., *La donación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 607 y ss., que se suman a la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria de su actual desaparición como norma general). Por excepción, el artículo 1341, ap. 2.º, CC es la única donación *mortis causa* prevista en el Código civil, pues se otorga para bienes futuros que existan al morir el donante, que por donación dispone de ellos para cuando muera (*ibídem*, p. 616).

lada a otra voluntad, no pudiendo revocarse dicha ordenación, por tanto, por el causante de modo unilateral»³³. Parece exigirse un cierto contenido irrevocable; en otro caso, no habría vinculación y, por tanto, no tendría carácter contractual³⁴. En cuanto a «ordenación *mortis causa*», supone el establecimiento de reglas para distribuir el caudal relicto, el cual solo se determina a la muerte del testador. En nuestra opinión, para poder hablar de contrato sucesorio su objeto tiene que llegar a formar parte del caudal relicto, y si el contrato recae sobre un bien existente en el momento de celebrar el acuerdo, pero que no llega a integrarse en la herencia porque en el momento de la muerte ha dejado de pertenecer al causante y no se transmite a sus sucesores, no habrá pacto sobre la herencia futura. En contra se podría aducir que en el legado de cosa determinada propia del testador con la muerte del causante se transmite la propiedad y los riesgos al beneficiario, aunque no su posesión (*cfr.* art. 882 CC), y nadie discute que esta figura tiene carácter sucesorio³⁵. Por ello nos interesa ver qué es lo que diferencia a los contratos que estudiamos de este tipo de legado. Podemos señalar los siguientes caracteres distintivos:

i) El contrato sobre una cosa determinada existente en el patrimonio del disponente si es oneroso, no se computa para el cálculo

³³ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Sucesiones...*, I, *cit.*, p. 464.

³⁴ FUENMAYOR CHAMPÍN, A., *La mejora...*, *cit.*, p. 269, considera que el pacto sucesorio no exige esencialmente la irrevocabilidad, sino que simplemente habrá pacto sucesorio cuando para conocer quién es heredero o legatario debamos acudir a un contrato. Es más, algunos autores parten de que no hay pacto sucesorio cuando desaparece la capacidad de disposición *inter vivos* del otorgante, mientras que es una premisa para su existencia la limitación de la capacidad de disposición *mortis causa* al vincularla a la voluntad del otro otorgante, de tal modo que un testamento posterior no puede dejar sin efecto el pacto sucesorio (*cfr.* GARCÍA RUBIO, M.^a P., y HERRERO OVIEDO, M., *Pactos sucesorios...*, *cit.*, t. I, p. 1281). SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. IV, 2.^a ed., Madrid, 1899, p. 213, considera que «la justicia (...), conforme al Derecho natural, de los pactos sucesorios es evidente» y su único peligro pueden ser las cesiones lesivas, por lo que defiende establecer como precaución para su validez, no recursos rescisorios por lesión, sino que en nada limite la disposición *inter vivos* al otorgante de pacto sobre su herencia futura, la enajenación a un tercero que de su expectativa pueda hacer aquel en cuyo favor se otorgó. De forma expresiva, refiriéndose al heredamiento o pacto de institución, dice ROCA SASTRE, R. M.^a, *Estudios...*, *cit.*, t. II, p. 400, «el instituyente no abdica de su soberanía, sino que sigue siendo dueño de su patrimonio; solo queda limitado para donar, nombrar nuevo heredero o vender de manera fraudulenta».

³⁵ En este legado se produce un doble efecto: el real, por el traspaso *recta via* de la cosa o derecho legado desde el patrimonio del causante al del legatario (el legado se adquiere con la delación; ni un solo momento ha estado la cosa en dominio del heredero, decía la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861), y el obligacional, con un doble contenido, por una parte transferir la posesión, accesorios y frutos, y por otra custodiar la cosa conforme dispone con carácter general el artículo 1094 CC (GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La distribución de toda la herencia en legados*, Civitas, 1989, pp. 160 y 164). En todo caso, el legatario tiene una acción real a su favor sin necesidad de adquirir la posesión porque el artículo 609 CC no exige tradición en la sucesión testada (*cfr.* REQUEIXO SOUTO, X. M., «Clases de legados», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, dir.^a Gete-Alonso, M.^a del C., t. I, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 1153).

de las legítimas, mientras que cualquier tipo de legado, por su carácter de liberalidad exige la computación. En consecuencia, los legados están sujetos a la posible reducción para satisfacer la legítima (art. 817 CC), a diferencia de los bienes objeto de los pactos de atribución particular *post mortem*, que no lo estarán. El distinto régimen radica en la onerosidad pues, si se tratase de una donación computaría igual que los legados y estaría también sujeta a la eventual reducción; en cuanto a la prelación, las donaciones se respetan mientras pueda pagarse la legítima reduciendo o anulando las mandas testamentarias (art. 820 CC).

ii) El legatario de cosa determinada está sujeto a responsabilidad por las deudas de la herencia. En la herencia beneficiaria «el administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores» (art. 1027 CC); si pagados los legados aparecieran otros acreedores, estos solo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedar en la herencia bienes suficientes para pagarles (art. 1029 CC)³⁶. Por el contrario, los contratos que estudiamos tienen por objeto bienes que no están sujetos a la responsabilidad por deudas hereditarias, mientras que las donaciones ínter vivos responden del pago de la legítima y no de las deudas, salvo que se haya tratado de enajenaciones en fraude de acreedores³⁷.

iii) Tanto en el legado de cosa propia del testador como en un pacto de atribución *post mortem* de un bien existente en el patrimonio del otorgante, el efecto de la transmisión-adquisición puede fijarse en el momento de la muerte del disponente, por la ley en un caso y por la voluntad en el otro. Lo que necesariamente se produce en momentos distintos es el nacimiento de ese derecho. En el legado testamentario coincide también con la muerte del testador, momento en el cual es eficaz el testamento; mientras que en el pacto, si la atribución es pura, el nacimiento del derecho se produce al tiempo de perfeccionarse el negocio³⁸.

³⁶ Preceptos de aplicación a cualquier procedimiento de liquidación hereditaria; la subordinación de los legatarios respecto de los acreedores responde al principio *nemo liberalis, nisi liberatus* (GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La distribución...*, cit., p. 204). Obsérvese que en los pactos de que nos ocupamos en este trabajo el beneficiario más apariencia presenta de poder ser calificado a la muerte del otorgante como acreedor que como legatario.

³⁷ La Corte de Casación francesa en Sentencia de 6 de febrero de 1996 declaró nulo un pacto de reconocimiento de deuda que se pagaría a la muerte del deudor con un quinto de su herencia. Fue decisivo que la cantidad de la deuda hubiera de determinarse dependiendo del caudal relicto; si la cantidad fuera el equivalente a la quinta parte de sus bienes actuales, habría sido considerado como un pacto *post mortem* válido, por haber un derecho nacido en vida del deudor del que solo se retardaba su exigibilidad (HERRERO OVIEDO, M., *Los pactos...*, cit., p. 456, n. 69).

³⁸ El legatario de cosa propia del testador goza de las acciones que correspondían al testador y de una personal *ex testamento* frente a la persona gravada dirigida a exigir el

iv) Si el legatario premuere al testador, el legado queda vacante y se integra en la herencia: cuando el legado no tiene efecto por cualquier causa se refunde en la masa de la herencia, fuera de los casos de sustitución y derecho de acrecer (art. 888 CC). En los pactos que estudiamos el derecho se transmite ínter vivos al patrimonio del beneficiario y, por tanto, en caso de su muerte a sus eventuales herederos.

Desde un punto de vista dogmático, se considera que el contrato sucesorio tiene como causa la muerte del otorgante, por lo que nada adquiere el llamado antes de este evento, ni por tanto, si le premuere³⁹. Lo que no impide, al igual que en la institución de heredero testamentario voluntario, que en el contrato sucesorio puedan preverse sustitutos para el caso de que el instituido no llegue a tener la condición de heredero.

v) El beneficiario de un pacto de atribución patrimonial *post mortem* tiene derecho a la posesión desde la muerte del otorgante. Como el bien no forma parte del caudal relicto del otorgante, no se transmite la posesión al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia (posesión civilísima, *cfr.* art. 440 CC). En cambio, en el legado de que tratamos el favorecido no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o persona facultada para darla (v. art. 885 CC). Esto se explica, además de por la adquisición de la posesión civilísima de la herencia por parte del heredero (art. 440 CC), por el respeto a la integridad de las legítimas y demás derechos de posibles interesados⁴⁰.

cumplimiento de la disposición amparada en el artículo 885 CC (v. GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La distribución...*, *cit.*, p. 158, con jurisprudencia). En los supuestos que comparamos ambos gozarán de las acciones reales correspondientes al propietario y de las personales derivadas respectivamente del testamento y del contrato. El testamento crea un legatario y el contrato un acreedor de la herencia.

³⁹ Cfr. ESPEJO, *op. cit.*, p. 28, n. 14. Este autor considera que los Derechos civiles autonómicos admiten la modalidad del pacto sucesorio con efectos actuales o inmediatos debido a que su regulación es una evolución a partir de la donación, por lo cual no se ajustan a una estricta dogmática (*ibídem*).

⁴⁰ La Resolución de 25 de mayo de 1971 (RJ/1971/3402) establece que en el caso de un legado de la esposa en favor del esposo con autorización de que tome la posesión de la finca sin que haya de pedírsela a los herederos, tal autorización no puede tener aplicación en el supuesto de que existan legitimarios, dado el carácter imperativo de las normas que protegen sus derechos.

Es indiferente que se sostenga que por el artículo 440 CC se transmite la posesión al heredero, la llamada civilísima (*cfr.* STS de 3 de junio de 1947, RJ, 1947, 902), o que no se transmite la posesión, que es un hecho, sino solo las consecuencias jurídicas de la posesión del causante (*cfr.* ROCA SASTRE, R. M.^a, «La adquisición hereditaria de la posesión», en sus *Estudios sobre sucesiones*, t. I, Instituto de España, Madrid, 1981, pp. 167 y ss.); lo que nos interesa es contrastar la diferente posición jurídica del beneficiario del pacto y del legatario en relación al heredero.

En definitiva, supuesto que legado contractual será lo que diga el legislador que es en cada ordenamiento concreto que lo regule, cabe plantearse si los caracteres de la figura del legado testamentario pueden darse en un contrato dentro de un sistema que no lo contempla de forma específica como el Código civil. De entrada, un contrato a título gratuito por el que se atribuye una cosa propia en favor de otro para el momento de la muerte del otorgante-causante, que es el negocio jurídico que reflejaría esta hipótesis, debe ser calificado, conforme al artículo 620 CC, como una donación *mortis causa* y declararse esencialmente revocable⁴¹.

2.4 VALIDEZ DE LOS NEGOCIOS DE ATRIBUCIÓN PATRIMONIAL *POST MORTEM*

El Código civil admite los contratos traslativos de facultades patrimoniales que producen sus efectos con la muerte del otorgante; p. ej., las donaciones con cláusula de reversión a favor del donante o de terceros (art. 641 CC), las condicionadas a la supervivencia del donatario, las realizadas reservándose el usufructo vitalicio o las que contienen una cláusula de retención hasta la muerte. En todos estos casos hay una transmisión *inter vivos* irrevocable y solo se pospone a un momento futuro la entrega de la posesión o de facultades del dominio (v. g., el usufructo)⁴². Pero hemos de insistir en que los bienes objeto de estos negocios no llegan a formar parte del haber hereditario del otorgante y, por ello, no son contratos sobre la herencia futura⁴³.

La Resolución de 21 enero 1991 (RJ/1991/592) contiene una explicación clara sobre este punto. Un esposo con el consentimiento del cónyuge –los disponentes son, por tanto, los dos cónyuges

⁴¹ ESPEJO dice que los posibles contratos sucesorios sobre bienes concretos no cabrían más que a través de la donación o de liberalidades con efecto equivalente. Si surten efectos desde que se concluyen no son propiamente contratos sucesorios; y si no los surten, deben regirse por las normas de la sucesión testamentaria por no existir en nuestro ordenamiento otra forma de disponer de los bienes *mortis causa*. No hay un régimen propio de los contratos sucesorios, ni tampoco de las donaciones *mortis causa* (*op. cit.*, pp. 187 y 188, n. 226).

⁴² GÓMEZ LIGÜERRE, C., «Donaciones por causa de muerte», en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, dir.^a Gete-Alonso, M.^a del C., t. I, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 1222. En la donación con reserva de usufructo pueden aumentarse los derechos del usufructuario en el título constitutivo conforme autorizan los artículos 467 y 470 CC.

⁴³ En las donaciones con cláusula de reversión a favor de un tercero cumplida la condición o el plazo no nace para el donatario una mera obligación de entregar sino que se opera un cambio de dominio *ipso facto* en virtud de la realización del hecho reversional (NIETO ALONSO, A., «Com. artículo 641 CC», en *Código...*, *cit.*, vol. II, pp. 176 y 177). Cuando el hecho reversional es la muerte del donatario la transmisión también es automática, sin que sus herederos adquieran facultades dominicales sobre el bien. Lo mismo ha de entenderse que sucede en los pactos que estudiamos.

(*cf.* art. 1378 CC)–, dona la nuda propiedad de dos fincas gananciales a la hija «reservándose para sí el usufructo vitalicio, conjunto y sucesivo con su esposa». El registrador inscribe la donación y deniega la del pacto de atribución sucesiva del usufructo porque al tratarse de un bien ganancial –argumenta– debería extinguirse con la sociedad de gananciales. Afirma que la única calificación que admite este pacto es de donación entre cónyuges *mortis causa* y, por tanto, la denegación de la inscripción se impone por imperativo de los artículos 620 y 1271 CC. Por su parte la Dirección General rechaza la calificación de donación *mortis causa* porque en esta el objeto donado no queda vinculado en vida del donante, conservando la libre disposición; explica que existe una donación entre vivos en la que hay una situación de pendencia dado que la muerte es en la intención del donante término del pago: «como ya decía Antonio Gómez para nuestro Derecho histórico, hay donación entre vivos cuando el donante expresa “te doy tal cosa o tal dinero que han de ser pagados después de la muerte”, “te doy tal finca reteniendo el usufructo durante su (*sic*) vida”». La Dirección General indica que cabe una donación entre vivos no solo cuando se confiere la nuda propiedad a una persona y el usufructo a otra (art. 640 CC), sino también cuando el donante de la nuda propiedad retiene para sí el usufructo (*cf.* arts. 492 y 634 CC) o cuando el donante confiere el usufructo a otra persona, pero solo para después de la muerte del donante, que queda como primer usufructuario. En general cabe cualquier combinación parecida siempre que haya intención de producir un desprendimiento actual e irrevocable de derechos aunque se convenga que solo puedan hacerse plenamente efectivos a la muerte del disponente. En relación al artículo 1271 CC la Dirección General es terminante: «no cabe hablar en la hipótesis del caso de contrato sobre herencia futura, pues nada se estipula en relación con llamamientos hereditarios o con el conjunto patrimonial que una persona deje al morir, sino solo sobre bienes concretos y ya existentes. Si su titular podía disponer de ellos enteramente con no menor razón podrá disponer solo de derechos limitados, aunque su plena efectividad quede condicionada o aplazada a la muerte del disponente. En estos casos, como ocurre con la donación de nuda propiedad, la transmisión se produjo en vida del disponente y la muerte solo significa la actualización de las potencialidades del derecho ya transmitido»⁴⁴.

⁴⁴ Dice RIVERO HERNÁNDEZ, F., a propósito de esta resolución («Comentario a la Resolución de la DGRN de 21 de enero de 1991», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n.º 26, 1991, p. 381) que el usufructo conjunto es un solo usufructo, aunque tenga varios titulares actuales, con la principal particularidad de que, fallecido uno de los titulares, continúa en la cabeza del otro u otros; porción del fallecido que pasa en virtud de lo previsto

El Código civil permite hacer, como estamos viendo, donaciones con una clara finalidad sucesoria. La donación con reserva del usufructo o la de entrega *post obitum* tienen el objetivo de distribuir los bienes para después de la muerte. Las funciones son similares a la de los pactos sucesorios y el ordenamiento las admite –nótese– sin recelo⁴⁵.

En esta línea la STS de 27 de marzo de 1957 (*RJ*, 1957, 1573) califica de donación entre vivos la realizada en capitulaciones matrimoniales, originando un crédito desde el otorgamiento, de exigibilidad diferida hasta la muerte de ambos donantes, por lo que constituye una deuda de la herencia, precisando que «no dejaría de ser deuda de la herencia porque solo fuera exigible después de la muerte del deudor, circunstancia que no exonera de serlo, ya que al ocurrir ese acontecimiento, la transmitió a sus herederos [la deuda]». En definitiva, a los efectos de este estudio, podemos concluir que el instituido en un pacto sucesorio a título particular en el régimen del Código civil ejercerá su derecho en la sucesión en una posición similar a la de los legatarios testamentarios, mientras que el beneficiario de una atribución patrimonial *post mortem* la ejercerá contra la herencia en su condición de acreedor.

2.5 LIBERTAD DE TESTAR Y HERENCIA FUTURA

Las objeciones a los pactos que nos ocupan se centran, como hemos dicho, en la posible limitación de la facultad dispositiva del testador. Hay que decir que la libertad de testar se concibe, en una primera aproximación, como la permisión para disponer por testamento del propio patrimonio sin reserva de bienes o equivalente a favor de determinadas personas; en un sentido técnico, implica asimismo la libertad de donar y desprenderse de los propios bienes en vida sin contraprestación⁴⁶. Esta concepción se obtiene al contraponer la libertad de testar con su límite legal más evidente, que son las legítimas⁴⁷. Es decir, la legítima es un límite para todas las dis-

en el título constitutivo, con el régimen específico del artículo 521 CC, y «excluida, por tanto, del régimen sucesorio *mortis causa* a que esté sujeta la herencia del fallecido».

⁴⁵ ALBÍEZ DOHRMAN, K. J., *Negocios atributivos post mortem*. Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 24 y 25, partiendo de que la razón de ser de los negocios de atribución *post mortem* es permitir que su objeto no entre después en el caudal relicto del otorgante, al contrario de la sucesión por causa de muerte que implica una reglamentación del caudal relicto, destaca –y desarrolla– dos vías contractuales para lograr este efecto sin que entre en colisión con el sistema sucesorio: la donación entre vivos condicionada a la supervivencia del donatario y la estipulación a favor de tercero a causa de muerte.

⁴⁶ Cfr: LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, V, *cit.*, 1981, p. 420.

⁴⁷ La condición de legitimario tiene en principio origen legal porque no depende de la voluntad del causante, con la particularidad de que en los casos de fecundación *post*

posiciones gratuitas, tanto *mortis causa* como ínter vivos, porque el patrimonio sobre el que se calculan es la suma del activo líquido hereditario más las atribuciones gratuitas realizadas en vida (*relictum* más *donatum*, v. art. 818 CC⁴⁸). Esto no implica que el testador que haya entregado en vida bienes, a su juicio, suficientes para pagar a sus legitimarios, tenga libertad absoluta para disponer en su testamento, debido a que el cálculo de sus legítimas debe hacerse referido al momento de su muerte, y entre el otorgamiento del testamento y su fallecimiento puede haber incrementos patrimoniales que eleven la cuantía de las legítimas, convirtiendo en inoficiosas sus disposiciones testamentarias patrimoniales⁴⁹. Pese a este

mortem, al requerir el consentimiento del varón causante, se transmuta en un supuesto que puede considerarse voluntario (v. TORRES GARCÍA, T. F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La legítima en el Código Civil (I)» en *Tratado de Derecho de Sucesiones*, dir.^a Gete-Alonso, M.^a del C., t. II, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 1844 y 1845). Por lo demás, a efectos prácticos, hay otras limitaciones a la libertad de testar en cuanto que la ley puede prever que bienes del difunto pasen necesariamente a otras personas; son el derecho de reversión del artículo 812 CC, la reserva troncal del artículo 811 CC y la reserva binupcial de los artículos 968 y ss. CC (ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil, V. Derecho de sucesiones*, 9.^a ed., Edisofer, 2008, pp. 400 y ss., que las titula «otras limitaciones a la libertad de disponer *mortis causa*»). Existe, con todo, una diferencia importante en relación a las legítimas: las reservas recaen sobre bienes determinados. Aceptando el criterio que seguimos en este trabajo de que para hablar de pacto sobre la herencia futura es necesario que tenga por objeto un bien que forme parte del caudal relicto, como en estos casos los bienes no se llegan a integrar en el *relictum* del reservista, en puridad no se limitaría su libertad de testar (cfr. supra STS de 5 de junio de 1985, RJ/1985/3095); en cambio, en las legítimas sí porque se fijan por cuotas. Dice LACRUZ BERDEJO, J. L. et al., *Elementos de Derecho civil, V. Sucesiones*, 4.^a ed. revisada por RAMS ALBESA, J., Dickinson, 2009, comparando reserva y legítima, que esta no recae sobre los bienes singulares, sino sobre el patrimonio personal general del causante; se calcula no sobre los bienes que pueda ganar o perder durante su vida, sino sobre lo que resta a su muerte más el *donatum*, mientras que en la reserva unos bienes individualizados y concretos quedan vinculados a ciertos sucesores y con una obligación superior a la de la legítima, como la obligación de conservar los inmuebles (p. 447); y aun que el reservatario «recibe el caudal reservable, en principio, como procedente del causante de la reserva, y por tanto con responsabilidad por sus deudas y no por las del reservista» (p. 450).

⁴⁸ La tendencia actual es limitar temporalmente las donaciones computables para el cálculo de la legítima; el artículo 451-5 del Código civil de Cataluña las restringe a las otorgadas por el causante en los diez años anteriores a su muerte (cfr. GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Las legítimas en la Ley 2/2006 de Derecho Civil de Galicia», en *Tratado de legítimas, cit.*, pp. 219 y 220, que resalta esta línea en la legislación alemana, la cual tras la reforma en 2009 del parágrafo 2325.3 BGB mantiene la computación de las donaciones hechas en los últimos diez años, pero reduciendo el importe de la computación a razón de un diez por ciento cada año transcurrido desde la donación).

⁴⁹ Se ha planteado si la legítima tiene entidad para constituir una tercera forma de llamamiento al lado de la testamentaria y la intestada dado que el texto del Código civil solo alude a estas últimas como modo de adquirir los derechos reales (art. 609) y en el artículo 658 se refiere a la sucesión voluntaria, que llama testamentaria, y a la dispuesta por la ley, que llama legítima, de acuerdo con TORRES GARCÍA, T. F., «Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)», en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2006, pp. 183 y ss., donde expone las diferentes posiciones doctrinales y para quien el sistema legitimario del Código civil no tiene sustantividad propia para construir con carácter general una especie de sucesión legal entre la testada y la intestada; si bien, sí como título específico de adquisición *mortis causa* en los casos de incumplimiento de la legítima, pues la vocación legitimaria, a

significado, cuando en este trabajo nos planteamos que un pacto relativo a un bien determinado pueda limitar la libertad de testar es desde otra perspectiva. No se trata de determinar la cuota sobre la que tiene libertad de disposición el testador, sino si es lícito que sobre un bien que el causante conserva en su patrimonio hasta su muerte no tenga facultad para regular su atribución por testamento porque ya ha dispuesto de él con anterioridad en un contrato. Como acabamos de ver, la respuesta afirmativa a esta cuestión viene dada por la validez de las atribuciones patrimoniales *post mortem*.

Abundando en esta última perspectiva suele destacarse el carácter formal de la libertad de testar, que se manifiesta en la posibilidad de revocar las disposiciones de última voluntad (art. 737 CC). El testador es libre, se dice, porque en un momento futuro puede establecer otro régimen para su herencia, luego un contrato que en vida le impida esa mudanza aparece como contrario a la libertad de testar. Y este es el origen de una confusión: la mutabilidad de una ordenación patrimonial es un presupuesto de la existencia de los actos de última voluntad que, dada su valoración positiva, tiende a extenderse a los actos *inter vivos* si los efectos se suspenden hasta el momento del fallecimiento del otorgante; cuando es justamente el principio contrario, la inmutabilidad, lo que hace posible la existencia de los contratos y, por ende, de la libertad de contratación⁵⁰. Por lo tanto, una donación entre vivos o un contrato oneroso de atribución de bienes no limitan la libertad de testar por el hecho de que el patrimonio que pueda ser distribuido por testamento sea menor. Estos negocios están amparados por la libertad de pactos (art. 1255 CC), que implica la posibilidad de vincularse en vida tanto con entrega de presente como *post mortem* al momento del fallecimiento.

La admisibilidad de los pactos que estudiamos en esta jurisprudencia suscita, además, otras cuestiones. En la doctrina es frecuente afirmar que un contrato no deja de ser sucesorio cuando versa sobre bienes determinados⁵¹. Aceptando que este aserto dogmático se pueda aplicar al régimen dispuesto por el Código civil, una tesis justifica la jurisprudencia que es objeto de estudio

diferencia de la abintestato, llama al perjudicado y no a los restantes sucesores legales, además se abre en la medida del perjuicio, manteniéndose el testamento en lo restante; casos de vocación legitimaria que se amplían con las sucesivas reformas legislativas (*cf.* TORRES GARCÍA, T. F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La legítima en el Código Civil (I)», en *Tratado de legítimas*, cit., pp. 32-34). La jerarquía de normas en sede sucesoria es, en cualquier caso, rigurosa: legítima, sucesión voluntaria y abintestato (TORRES GARCÍA, T. F., *Legítima, legitimarios...*, cit., p. 190).

⁵⁰ Los contratos son obligatorios desde su perfección (art. 1258 CC) y su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC).

⁵¹ V. *supra* ap. 1.1.

en este trabajo mediante el argumento de que la prohibición del artículo 1271, ap. 2.º, CC no se refiere al contrato sucesorio en general, sino al contrato sobre herencia futura⁵². Es un criterio diferente al de los autores que comprenden dentro de la expresión «herencia futura» tanto un objeto particular como uno universal. Por estos motivos nos interesa precisar qué se ha de entender por «herencia futura».

El calificativo de «futura», sin duda, es pertinente porque excluye de la prohibición la herencia ya causada, respecto a la cual no se debate la admisibilidad de todo tipo de pactos; así, p. ej., el ya heredero puede vender su cuota hereditaria⁵³. Es por tanto el término «herencia» el que debe ser objeto de interpretación para determinar si la prohibición sobre su contratación hace referencia solo a un objeto universal o comprende también uno particular. De entrada la palabra «herencia» es utilizada, entre otros, por los artículos 33 CE, 658 y 1271 CC. En la norma fundamental se reconoce el derecho a la herencia cuyo contenido se delimitará por la función social, de acuerdo con las leyes. El contenido esencial de este derecho constitucional es la libertad de testar o, en su caso, de contratar *mortis causa*, y el derecho a suceder de los parientes, que puede ser delimitado por el legislador⁵⁴. No se duda de que el término «herencia» en la Constitución de 1978 equivale a sucesión *mortis causa* en general, abarcando el título universal y el singular⁵⁵. El Código

⁵² ESPEJO, *op. cit.*, pp. 56 y ss., considera que el artículo 1271, ap. 2.º, CC prohíbe el acto contractual cualificado objetivamente: el referido a la herencia futura, puesto que solo habla de «herencia» y no de bienes concretos y determinados que se encuentren en el patrimonio del contratante. Con todo, advierte que «tener un objeto singular no garantiza que un contrato sea *inter vivos*, pues para ser tal debe tener alguna efectividad en vida del disponente, aunque no debe exigirse la producción *ante mortem* del efecto propio y típico del contrato, sino que basta la producción de algunos efectos, aunque sean los propios del negocio condicional o a término suspensivos, y aunque la condición sea potestativa para el disponente, del tipo no revocar o no disponer» (*op. cit.*, p. 189).

⁵³ «El concepto de herencia futura viene referido a aquella en que no se ha producido la muerte del causante» dice la STS de 15 de abril de 2011 (RJ/2011/2313), que se estudia en el ap. 3.2. El artículo 1067 CC regula el derecho de retracto entre herederos y el artículo 1531 CC la venta de herencia.

⁵⁴ LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «La sucesión en general», en *Derecho civil*, V, *Derecho de sucesiones*, coord. Capilla Roncero, F., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 31 y 32; es decir, entre las contradicciones del Derecho sucesorio polarizadas alrededor del individuo, la familia y el Estado, la garantía constitucional de la herencia preserva al individuo un ámbito de poder sobre sus bienes más allá de su muerte (*id.*, «La garantía institucional de la herencia», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 3, 1994, p. 50); véase del mismo autor, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988. Esta referencia constitucional es interpretada como garantía de la propiedad privada, que seguirá siendo privada cuando fallezca el propietario y se convierta en herencia (DELGADO ECHEVERRÍA, J., «El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte», *Diario La Ley*, n.º 7675, 2011, p. 1).

⁵⁵ CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª, «El Derecho de sucesiones y las normas constitucionales», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis LACRUZ BERDEJO*, vol. II, Bosch, Barcelona, 1993, p. 1150.

civil en las disposiciones generales sobre las sucesiones presenta en el artículo 659 una definición de herencia como objeto de la sucesión: «todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte»⁵⁶. Este concepto de herencia se identifica con el patrimonio del causante, la universalidad o conjunto de derechos y obligaciones que son objeto de la sucesión⁵⁷. El término «herencia» con el significado de universalidad está presente en el artículo 1674, ap. 2.º, CC, que prohíbe que los socios pacten que se hagan comunes los bienes adquiridos posteriormente *por herencia, legado o donación*, diferenciando, pues, entre adquisición por herencia y por legado. Por tanto es defendible la interpretación de que el artículo 1271, ap. 2.º, CC prohíba solo la contratación sobre la universalidad del *relictum*, lo cual, sin embargo, a nuestro juicio no es suficiente para aceptar la validez de los contratos sucesorios sobre bienes particulares en el ámbito del Código civil porque otros preceptos los vetan, como veremos a continuación.

En efecto, es mayoritaria la tesis según la cual la nulidad del pacto institutivo en una cuota o en un bien particular de la herencia, además de la prohibición del artículo 1271 CC, proviene de que el Código civil fija un sistema de delación de la herencia que desconoce el llamamiento voluntario que no sea testamentario, salvo las excepciones vistas, conforme a la letra del artículo 658, ap. 1.º, CC: «la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley»⁵⁸. Esto

⁵⁶ Definición de herencia que acoge el diccionario de la RAE: «conjunto de bienes, derechos y obligaciones que, al morir alguien, son transmisibles a sus herederos y legatarios». Advierte LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*, *Elementos...*, V, *cit.*, 2009, p. 26, que el artículo 659 CC no está dirigido a fijar el contenido de la herencia, sino el ámbito del fenómeno hereditario.

⁵⁷ Una cosa es que la concepción de la herencia como *universitas iuris*, en el sentido de una entidad que trasciende a la pluralidad de las relaciones que la componen, sea rechazable y otra que no sea un patrimonio que se somete a un mismo régimen jurídico para su administración, aceptación o para diferenciarlo del patrimonio del heredero con el cual no se confunde cuando se acepta a beneficio de inventario (DÍEZ-PICAZO, *Sistema...*, IV, *cit.*, 2006, p. 297). Por su parte ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso...*, V, pp. 10 y 11, distingue cuatro acepciones de la palabra «herencia»: *i*) Patrimonio del difunto, dejando fuera los derechos y las obligaciones que se extinguen al morir el titular, *ii*) Patrimonio que va a los herederos, dejando fuera los legados, *iii*) La parte activa o, en su caso, el saldo hereditario, excluyendo el pasivo que se concibe como carga de la herencia, y *iv*) En el sentido de sucesión *mortis causa*. En las tres primeras acepciones la herencia es la masa o conjunto, el objeto, mientras en la cuarta es el hecho de suceder.

⁵⁸ ESPEJO, *op. cit.*, p. 62, considera que la inadmisibilidad de un pacto sucesorio a título particular no puede derivarse del artículo 1271, ap. 2.º, CC. De los preceptos citados supra en la n. 11 puede extraerse el principio general de prohibición de los pactos sobre la herencia tanto a título universal como particular en el Código civil (*cf.*: arts. 1.1 y 1.4 CC sobre la aplicación de los principios generales del Derecho). Para CAÑIZARES LASO, A., «Com. artículo 667 CC», en *Código Civil Comentado*, dirs. Cañizares Laso, A., *et al.*, vol. II, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 284 y ss., el artículo 667 CC, según el cual el acto por el que una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de

nos hace concluir que los pactos sobre bienes determinados que estudiamos o no son sucesorios o, de serlo, deberían considerarse nulos⁵⁹.

Una opinión de menor peso en contra de la admisión de la sucesión contractual a título universal considera que no es defendible la creación de un título irrevocable de contenido incierto. Según este criterio, la institución de heredero o el legado de cuota no pueden contractualizarse en el sistema del Código civil porque son contrarios al principio de que la determinación del objeto del contrato no pueda depender de la voluntad de uno solo de los contratantes. Sin embargo, esta tesis es difícil de sostener porque no explica que el Código civil prevea excepciones en las que admite los contratos sucesorios (arts. 826, 827 y 1341 CC), ni que los ordenamientos autonómicos puedan permitir los contratos sucesorios cuando siguen la misma regulación sobre el objeto del contrato que el Código civil. Este argumento advierte, con todo, de la posibilidad de fraude por parte del otorgante, para lo que pueden preverse remedios⁶⁰.

ellos se llama testamento, no contiene una definición de testamento, sino una auténtica norma que expresa que el único cauce para disponer de los bienes para después de la muerte en el Derecho estatal es el testamento, a diferencia de aquellas Autonomías que admiten también los pactos sucesorios y las donaciones *mortis causa*, en conexión con el artículo 658 CC que establece que la sucesión se defiere por testamento o por ley.

⁵⁹ Un contrato por el que una persona se obliga a testar en determinada forma debe considerarse nulo. Sin necesidad de acudir al artículo 1271 CC, la prohibición general de los pactos sucesorios que se deduce del articulado del Código civil, salvo las excepciones vistas de los artículos 826-827 y 1341 CC, conduce a esta solución. El Tribunal Supremo ha abordado la validez de la promesa de instituir heredero (tal vez legatario) en las Sentencias de 16 de noviembre de 1932 (*RJ*, 1932, 1289) y 8 de octubre de 1915 (*JC*, 1915, 28), esta que ya conocemos (v. aps. 2.1.C y 2.2.C). En la primera se trataba de la promesa de instituir heredero a quien había sido previamente designado heredero en un testamento ológrafo ineficaz a causa del ahora promitente. El Tribunal Supremo dice que no concede relevancia a la promesa «ora se estime como una determinación libérrima, ora como un propósito de desagravio y reparación en favor del heredero instituido en el testamento ológrafo indebidamente retenido por el supuesto oferente, constituye (...) un pacto sobre herencia futura, prohibido». La contradicción entre las dos sentencias es aparente, pues en la primera se pretendía dotar de consecuencias jurídicas a una promesa genérica de institución, mientras que en la segunda supone que hay unos bienes cuyo destino se predetermina para cuando el otorgante fallezca, «si bien el pacto se formaliza incorrectamente como obligación de testar en un determinado sentido» (ESPEJO, *op. cit.*, pp. 62 y 63). Consecuentemente, el pacto por el que uno se obliga a instituir legatario en un bien existente sería válido si de ese pacto se deriva un derecho actual. En cambio, ¿por qué la promesa genérica es ilícita? La protección de la libertad para testar en todo momento se traduce en la validez del último testamento pese a que contravenga la promesa genérica, salvo en el caso de la promesa de mejorar o no mejorar de los artículos 826 y 827 CC. Diferente es el planteamiento en el Derecho inglés, donde si T incumple el contrato con P de dejarle una propiedad específica en su testamento, P no puede evitar que T revoque su testamento presentando una demanda por incumplimiento, pero está legitimado para reclamar los daños de T o, después de su muerte, de los herederos por la pérdida del beneficio prometido (PARRY & KERRIDGE, *The law of succession*, 12.^a ed., Thomson Reuters, Londres, 2009, p. 96).

⁶⁰ V. BLANCO GASCÓ, F. de P., *op. cit.*, pp. 146 y ss., donde estudia los actos del mejorante que el mejorado irrevocablemente en cuota conforme a los artículos 826 y 827 CC podría impugnar por considerarlos perjudiciales a su derecho.

Téngase en cuenta, por lo demás, que un legado testamentario no implica siempre sucesión en una relación jurídica. En el legado de renta anual o en el de cosa ajena el legatario no sucede en un derecho del testador, sino que se crea *ex novo* una relación obligatoria por la aceptación del heredero⁶¹. El carácter sucesorio –en sentido amplio, no literal– de estos legados no es puesto en duda porque se presupone que la persona gravada satisface esas prestaciones con cargo a los bienes relictos ya que, en otro caso, no tendría interés en aceptarlo⁶². Este esquema es trasladable a los contratos, lo que nos permite apreciar su *carácter sucesorio*. La creación por pacto de la obligación de realizar una prestación *post mortem* en favor de un tercero es válida. La única objeción se produce si la satisfacción de la prestación es a cargo del *relictum*. Un legado contractual de pensión con cargo a los bienes de la herencia cae bajo la prohibición general de los contratos sucesorios del Código civil; en cambio con cargo a bienes transmitidos en vida del otorgante, no (v. *supra* Sentencia de 16 de mayo de 1940, RJ/1940/416 bis). Una diferencia, de nuevo, es el momento en que se constituye el derecho de pensión: en el legado después de la muerte del testador y en el pacto de atribución *post mortem* a un tercero en el de la perfección del contrato, si es puro; mas lo determinante del carácter sucesorio es que en el contrato se reglamente el caudal relicto⁶³.

⁶¹ Una obligación que no está en la herencia, destaca Díez-PICAZO, *Sistema...*, IV, *cit.*, 2006, p. 297. Refiriéndose al Derecho catalán NAVAS NAVARRO, S., «Libertad de testar versus libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción (Aproximación desde el Derecho de sucesiones catalán)», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIV, fasc. 1, 2011, p. 69, n. 97, diferencia entre pactos sucesorios de atribución particular de eficacia real y de eficacia obligatoria; solo los primeros implican que se instituya a un sucesor, mientras en los segundos el instituido es un adquirente de un derecho de crédito. Si el testador constituye vía testamento un derecho real sobre una cosa de la herencia a favor del legatario, no hay sucesión tampoco, porque ese derecho no existe antes de la aceptación del legatario, si bien no tiene carácter obligacional porque el artículo 609 CC declara la sucesión testada como modo de adquisición de la propiedad y demás derechos reales sin necesidad de tradición (REQUEIXO SOUTO, X. M., «Clases de legados», *cit.*, p. 1190).

⁶² Si el designado en testamento acepta por un mero deber de gratitud para con el testador, sin contraprestación patrimonial, p. ej., dar una determinada formación artística a un sobrino del testador en agradecimiento a la recibida de este, no podría tener la condición de legatario, porque en nada sucedería, y el artículo 660 CC define al legatario como el que *sucede* a título particular. Desde otra perspectiva, la atribución de una ventaja económica no constituye un elemento indispensable de la disposición a título de legado; en apoyo de tal criterio se cita el legado gravado con otro legado, condición, carga o modo que absorba el íntegro valor de la atribución originaria (GARCÍA RUBIO, M.^a P., *La distribución...*, *cit.*, pp. 132 y 133); no obstante, en este caso, al margen de la desventaja económica, hay sucesión en bienes o derechos del caudal relicto.

⁶³ No todas las titularidades del difunto se atribuyen por la sucesión hereditaria. Hay relaciones que se transmiten por reglas propias como los títulos nobiliarios que, conforme a su legislación especial, se desvinculan del fenómeno sucesorio, o el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos que por medio del derecho de predetracción se atribuye al sobreviviente y no integra el caudal relicto (MARTÍN PÉREZ, J. A., «Com. artículo 659 CC»

III. CASOS CONEXOS

3.1 PACTOS SOBRE LA HERENCIA DE UN TERCERO

Los pactos sobre la herencia de un tercero, como si A vende a B lo que le corresponda en la herencia futura de C, que todavía está vivo, están también afectados por esta doctrina del Tribunal Supremo diferenciadora en cuanto a la prohibición del artículo 1271, ap. 2.º, CC entre bienes determinados y universalidad de bienes. Presentan, además, la particularidad de que el fundamento de la prohibición de estos pactos dispositivos no puede encontrarse en la protección de la libertad de testar: es pacífica la precisión de que no constituyen en rigor pactos sucesorios, en la medida en que no coartan la libertad para testar del causante porque no es parte en el contrato, si bien puede prestar su asentimiento⁶⁴. Por tanto la única razón real de su prohibición, entre las tres que indicamos, es la de evitar el llamado *votum mortis*.

En el Derecho anterior al Código civil esta convención era válida si intervenía el tercero en el contrato prestando su asentimiento y lo mantenía hasta su muerte. La STS de 10 de febrero de 1961 (RJ, 1961, 885) en relación a unas escrituras de 1887 declara la validez de un pacto sobre la herencia de tercero porque el consentimiento del causante se mantuvo invariablemente durante su vida, en aplicación de las Partidas (ley 13, título 5, Partida 5.ª⁶⁵). La redacción del artículo 1271, ap. 2.º, CC es muy similar a la de la segunda y definitiva promulgación del Código civil en vigor desde el 14 de agosto de 1889; solo se ha añadido el inciso «y otras dis-

en *Código Civil Comentado*, dirs. Cañizares Laso, A., et al., vol. II, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 659, donde indica más casos).

⁶⁴ Como no tienen por objeto ordenar la sucesión salen del ámbito del Derecho sucesorio y pertenecen al puro Derecho de obligaciones (DÍEZ-PICAZO, *Sistema...*, IV, cit., 2006, p. 466).

⁶⁵ Esta ley tiene por título: «Cómo puede home vender el derecho que espera heredar en los bienes de otri», para lo cual «decimos que lo non pueden facer si non nombraren las personas de aquellos que han fiuza de heredar, fueras ende si fecieren la vándida con otorgamiento et con placer dellos mesmos, et que duren todavia en este placer fasta que mueran» (*Las Siete Partidas...*, cit., t. III, pp. 181 y 182). Sin embargo a continuación permitía la venta en caso de no nombrar a los causantes: «mas si non las nombrasen, poderlo hien vender en esta manera, diciendo así; que todas las ganancias et derechos que les han de venir por razon de heredamiento, onde quier que les vengan, que las venden, diciendo á quien et por quanto». Ante esto último GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. IV, *Tratado de las obligaciones*, 1.ª ed., reimpresión facsímil de la original impresa en 1869, Lex Nova, Valladolid, 1988, pp. 259 y 260, razonaba: «mas aunque omitiendo el nombre disminuye el peligro de un mal deseo, ¿cómo se venden los derechos hereditarios sin que esté en el ánimo de los contrayentes el nombre de la persona? La expresión es una cosa accidental: la venta de una herencia futura en todo caso debe ser nula».

posiciones particulares» mediante la Ley 7/2003 de la sociedad limitada nueva empresa, que da nueva redacción al artículo 1056 CC. Existe un cambio importante, sin embargo, en el texto del artículo 1271, ap. 2.º, CC en relación a la primera promulgación del Código civil porque se suprimió la indicación de que la prohibición regía «aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate»⁶⁶. Por lo tanto, actualmente el ap. 2.º del artículo 1271 CC no declara expresamente la prohibición de los pactos sobre la herencia de un tercero, por lo que es –en teoría– posible una interpretación favorable a su admisión en cuanto no limitan la libertad de este para testar.

Conforme a lo que hemos dicho, estos pactos no forman parte del Derecho de sucesiones sino en exclusiva del de obligaciones⁶⁷. Pese a ello, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de abril de 1951 (*RJ*, 1951, 1615) declara que el pacto sobre una universalidad de bienes que habrían de adquirirse a la muerte del causante

⁶⁶ La Ley de bases de 11 de mayo de 1888 autorizó al Gobierno a publicar un Código civil (art. 1) y estableció que posteriormente el Gobierno habría de dar cuenta a las Cortes de cualquier modificación en relación al proyecto redactado por la Comisión, sin que entrase en vigor hasta los sesenta días siguientes a esa comunicación (art. 3) y aun habilitó al Gobierno para declarar prorrogado ese plazo (art. 4). Por Real Decreto de 6 de octubre de 1888 se dispuso la publicación del Código civil y por otro de 11 de febrero de 1889 se prorrogó su entrada en vigor hasta el 1 de mayo de 1889. Posteriormente la Ley de 26 de mayo de 1889 ordenó hacer y publicar una edición reformada del Código civil, lo que se llevó a cabo por Real Decreto de 24 de julio de 1889, al que siguió la publicación de la exposición en la que se expresaban los fundamentos de las reformas por Real Orden de 29 de julio de 1889, si bien no alude a la justificación de la modificación llevada a cabo en el artículo 1271, ap. 2.º, CC, a diferencia de otras reformas del Código civil.

La redacción primitiva del artículo 1271, ap. 2.º, CC era: «se exceptúa la herencia futura, acerca de la cual será nulo cualquier contrato, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate» (*Código civil*, INEJ, Madrid, 1967, p. 348, con Prólogo del Excmo. Sr. D. Federico de Castro y Bravo). Esta excepción estaba presente en el Anteproyecto del Código civil de 1882-1888, en su artículo 1284, ap. 2.º, [cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Colegios notariales de España, 2.ª ed., 2006, p. 389] y en el artículo 994 del Proyecto de Código civil de 1851, en ambos con el mismo tenor. GARCÍA GOYENA justifica el rechazo de esta excepción porque en ningún caso alejaba los inconvenientes de índole moral, y dejaba subsistir todos en los pactos sobre la legítima, pues los mismos padres promoverían tales pactos y renunciaciones (*Concordancias...*, *cit.*, p. 530).

⁶⁷ La cuestión a resolver es la licitud de su objeto y de su causa, para, en su caso, afirmar su único carácter contractual y, por consiguiente, su absoluta regulación por la doctrina de los contratos, dice SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. VI, vol. 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1910, p. 91. FUENMAYOR CHAMPÍN, A., *Estudios de Derecho civil*, t. II, Aranzadi, p. 1245, afirma que ciertas convenciones relativas a la herencia futura –los pactos sobre la herencia de un tercero– no son alcanzadas por la prohibición de los pactos sucesorios sancionada por el artículo 1271, ap. 2.º, CC porque en las primeras no concurren las circunstancias que movieron al legislador a mirar con recelo a los últimos. No obstante, el artículo 1674 CC, referido a la sociedad universal, establece un criterio contrario a los pactos sobre la herencia de un tercero al prohibir que los socios pacten que se hagan comunes lo que adquieran posteriormente por herencia o legado, aunque sí sus frutos, como señala SÁNCHEZ ARISTI, R., *op. cit.*, p. 54, que refiere que para algunos autores la admisibilidad del pacto en relación a los frutos constituye una excepción a la prohibición general del artículo 1271, ap. 2.º, CC.

constituye un pacto sobre la herencia futura prohibido por el párrafo segundo del artículo 1271 CC porque no se concreta en «bienes conocidos y determinados, existentes en el dominio del cedente cuando el compromiso se otorgó». La Sentencia deja dudas acerca de si la prohibición opera por el solo hecho de que los bienes objeto del pacto no forman parte del patrimonio del cedente en el momento del contrato, sino que pertenecen a una tercera persona viva, o si es debida a que el objeto es una universalidad y no bienes determinados. En el caso se trataba de la cesión que dos hermanas hacían a una señora de la mitad de los bienes muebles e inmuebles que recibiesen por «herencia de doña M. P., procedentes de la de doña M. A. P., antes N., consignada en documento privado»⁶⁸.

La cuestión aparece con otro tenor si examinamos la doctrina de las Audiencias Provinciales, proclive a ampliar el ámbito de su admisibilidad. En efecto, algunas resoluciones admiten los pactos sobre la herencia de un tercero cuando se refieren a bienes concretos y determinados. La SAP de A Coruña de 26 de abril de 2002 (AC/2002/2225) trata sobre la validez de un contrato por el que las tres únicas hijas de la futura causante pactan el 26 de octubre de 1984, en vida de la madre, que, a cambio de percibir un 1.200.000 pesetas en aquel acto, «se comprometen a vender a don Secundino B. P., la totalidad de sus herencias en el lugar acasurado denominado “A Carballeira”, sito en (...), herencia proindivisa en dicha propiedad, que les correspondan por su madre doña Socorro A. Q.». El Juzgado declaró la nulidad radical del contrato de compraventa (las partes lo habían titulado «de compromiso») por infracción del artículo 1271, ap. 2.º, CC. La Audiencia Provincial, en cambio, lo consideró válido, con base en el siguiente razonamiento:

«La cuestión estriba en que la doctrina del Tribunal Supremo, de forma constante, reiterada, mantenida en el tiempo, y sin ninguna fisura, ha establecido que el artículo 1271-2 se refiere exclusivamente a la prohibición de pactos sobre la universalidad de una herencia, que según el artículo 659 del Código Civil, se instaura a la muerte del causante, integrándola todos los bienes, derechos y obligaciones subsistentes. Pero proclama la validez del pacto cuando se refiere a bienes conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del contrato en el dominio del causante, o que hubieren de adquirirse por título de heredero (SSTS de 2 o de 8 de octubre de 1915; 26 de octubre de 1926; 16 de mayo de 1940; 25

⁶⁸ El pacto dispositivo, en todo caso, no puede ser gratuito porque contravendría la prohibición del artículo 635 CC de disponer por donación de bienes futuros, según SÁNCHEZ ARISTI, R., *op. cit.*, p. 168, que se muestra partidario de su admisión cuando tenga carácter oneroso, configurándolo como un contrato sometido a la condición suspensiva de recibir el disponente la herencia del tercero, pp. 164 y ss.

de abril de 1951; 3 de marzo de 1964 y 22 de julio de 1997). Aunque la Sala muestra alguna reserva sobre la interpretación, teniendo en consideración la uniformidad jurisprudencial estima que debe aplicarse. El siguiente eslabón sería establecer si la venta por parte de las hermanas P. A. de “la totalidad de sus herencias en el lugar acasurado denominado de ‘A Carballeira’ (...), herencia proindivisa en dicha propiedad, que les correspondan por su madre doña Socorro” puede considerarse que se está transmitiendo una universalidad, o por el contrario, son bienes conocidos, determinados o determinables teniendo en consideración que se está refiriendo a unas fincas concretas y determinadas, que compondrían esa herencia aún indivisa, pero no a la totalidad de sus derechos en la herencia de su difunta madre, debe estimarse que el pacto era lícito, al no estar prohibido por el artículo 1271-2 del Código Civil.»

En igual sentido, la SAP de Cuenca de 30 de octubre de 2009 (JUR/2009/497002) considera, aunque es un razonamiento *obiter*, que un pacto suscrito por los hijos de la causante en vida de esta «no alcanza ni comprende la universalidad de la herencia de doña Ricarda sino que, por el contrario, se refiere a un pacto sobre los derechos (participaciones) que pudieran ostentar los herederos sobre un bien concreto y determinado que existe, en ese momento, en el dominio de la causante, pacto al que no alcanza la prohibición contenida en el artículo 1271.2 del Código Civil». La Audiencia Provincial de Cuenca dice que el Tribunal Supremo declara esta «doctrina constante, uniforme y reiterada en el tiempo, sin fisura alguna» relativa a «derechos conocidos y determinados, existentes al tiempo del otorgamiento del contrato en el dominio del causante, o que hubieren de adquirirse a título de heredero». Y lo hace con cita de las SSTS anteriores de 1926, 1940, 1951, 1964 y 1997.

Hay que resaltar que de las SSTS de 8 de octubre de 1915 (JC, 1915, 28), 26 de octubre de 1926 (JC, 1926, 67), 16 de mayo de 1940 (RJ/1940/416 bis), 25 de abril de 1951 (RJ, 1951, 1615), 3 de marzo de 1964 (RJ/1964/1254) y 22 de julio de 1997 (RJ/1997/5807), solo la Sentencia de 25 de abril de 1951 (RJ, 1951, 1615) se refiere a un pacto sobre herencia de un tercero, como hemos visto⁶⁹. La Sentencia de 22 de julio de 1997 (RJ/1997/5807) pudiera considerarse un pacto entre futuros herederos de un bien en vida del causante, no obstante sus derechos definitivos no traen causa del pacto sino de la herencia después causada. En el supuesto dos hijos de la titular de una administración de loterías pactan que

⁶⁹ La STS de 9 de julio de 1940 (RJ/1940/693), siguiendo a la de 13 de junio de 1903 (v. supra n. 2), a la que cita, permite entender que el pacto entre futuros herederos es válido, calificado como partición entre vivos al amparo del artículo 1056 CC, siempre que se ajuste a la norma de un testamento o a la ley y sin que pueda coartar la libertad para testar del dueño del caudal.

«aun cuando figure oficialmente a nombre de uno u otro de los comparecientes o de sus herederos, sea de propiedad por iguales mitades indivisas de ambos, percibiendo también por mitad los beneficios que dicha Administración produzca». El Tribunal Supremo consideró que el documento no contenía una operación divisoria anticipada de los herederos, sino una previsión en cuanto a la titularidad del negocio, dada la especialidad de la normativa administrativa sobre loterías⁷⁰.

En conclusión, estas sentencias de las Audiencias Provinciales declaran que los pactos sobre la herencia de un tercero son válidos porque recaen sobre bienes concretos y determinados y no sobre una universalidad, en atención a la doctrina que hemos visto del Tribunal Supremo. Sin embargo la interpretación del Alto Tribunal, excepto en la STS de 25 abril 1951 (RJ, 1951, 1615), se refiere a pactos de institución o de suceder en los que el bien concreto forma parte del patrimonio actual del otorgante. No parece que el criterio del objeto universal/particular deba aplicarse a los pactos sobre la herencia de un tercero o dispositivos, en cuanto los bienes jurídicos protegidos, y en su caso infringidos, (libertad de testar, evitar el *votum mortis* y las vinculaciones de patrimonios) lo serán por igual.

3.2 PACTOS SOBRE LA HERENCIA TRAS LA APERTURA DE LA SUCESIÓN

Aunque no es una cuestión controvertida, debe recordarse que los pactos sobre una herencia ya causada no son objeto de la prohibición, incluso en el supuesto de que el otorgante del pacto vea declarada su condición de heredero con posterioridad al contrato. Para hablar de herencia futura es necesario que en el momento del pacto el causante esté vivo; en otro caso, la herencia ya está abierta, aunque la persona que contrata sobre ella no esté aún declarada heredera y esa condición sea determinada con posterioridad por anulación del testamento y posterior auto de declaración de herederos. Es el supuesto de la STS de 15 de abril de 2011 (RJ/2011/2313) que considera válida la cesión parcial de los dere-

⁷⁰ La transmisión *mortis causa* de las administraciones de loterías no opera a través de las reglas de la sucesión ordinaria, sino en virtud de normativa propia, lo que plantea el problema de que, si el nuevo titular también es heredero, tenga una situación ventajosa respecto a los coherederos. Véase la normativa y la jurisprudencia sobre ello en DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Dos casos de sucesión *mortis causa* excepcional: las administraciones de loterías y las expendedorías de tabaco», en *Estudios de derecho civil: homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, coord.ª Torres García, T. F., Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial de la Universidad de Valladolid, 2004, pp. 193-216.

chos en una herencia cuando ya había fallecido la causante, aunque la cedente no estaba declarada heredera, sino que esta posición jurídica se determinó tras la anulación del testamento y el subsiguiente auto de declaración de herederos⁷¹. El Tribunal Supremo afirma con nitidez la validez de los pactos sobre derechos hereditarios cuando la herencia está ya causada, sean sobre bienes particulares o sobre una cuota⁷², por la razón de que no hay herencia futura, con indiferencia de que aún no se haya realizado la partición (v. SS. de 24 de enero de 1957, *RJ*, 1957, 366, y 16 de junio de 2011⁷³, *RJ/2011/4637*); en particular, es válida la renuncia a la legítima una vez abierta la sucesión, la cual incluso es frecuente⁷⁴. Se resalta esta cuestión porque suele alegarse por las partes la prohibición del artículo 1271 CC.

Por lo demás, la Sentencia de 20 de noviembre de 1915 (*JC*, 1915, 96) declara válido y que no infringe el artículo 1271 CC una donación condicionada a que la donataria renuncie en el plazo de tres meses a todos los bienes que le correspondan por la muerte del marido, si ella le sobrevive, porque la renuncia es una vez causada la herencia. Del mismo modo en la sustitución fideicomisaria al morir el testador la herencia queda abierta para los sucesivos fideicomisarios por lo que es válido el contrato sobre los derechos de estos (STS de 3 marzo 1964, *RJ/1964/1254*)⁷⁵.

⁷¹ «Doña Milagrosa era conocedora de que era única heredera de doña Adelina, ya fallecida (abierta la sucesión) lo que quedó confirmado con la declaración de nulidad del testamento por sentencia de 1998 que había otorgado esta y por la declaración de herederos, del año 2000. Ambos actos judiciales no fueron constitutivos de su derecho a la herencia, sino declarativos de la certeza de tal derecho (así, artículo 991 del Código civil) que es retroactiva al momento de la muerte de la causante (como disponen los arts. 657 y 661 del Código civil)» (S. de 15 de abril de 2011, *RJ/2011/2313*).

⁷² La STS de 30 de enero de 2012 (*JUR/2012/42723*) admite la renuncia de un coheredero expresamente limitada a los derechos sobre el único bien identificado en el caudal relicto, sin que sea extensiva a los que pudieran aparecer posteriormente. En relación al carácter expreso de la renuncia no es necesario que se emplee literalmente dicho término o el de «repudiación», a modo de fórmula sacramental (R. de 10 de octubre de 2011, *RJ/2012/692*, con cita de jurisprudencia).

⁷³ Los recurrentes en la STS de 15 de abril de 2011 (*RJ/2011/2313*) son los mismos que en la STS de 16 de junio de 2011 (*RJ/2011/4637*); la primera tiene origen en la demanda tramitada en un Juzgado en la que se pedía la declaración de la validez del contrato de cesión de derechos hereditarios, a la que se contestó e interpuso demanda reconvenzional, y la segunda procede de una demanda en otro Juzgado en la que se pedía hacer entrega a cada uno de los demandantes del 9,75% del montante total de la misma herencia, a la que se contestó y también se presentó demanda reconvenzional. El Tribunal Supremo, por lo que nos interesa para este estudio, expresa en las dos la misma doctrina.

⁷⁴ Esta renuncia impide recibir lo que corresponde en virtud del título sucesorio, no que el renunciante mantenga en su patrimonio las atribuciones recibidas en vida del causante, aun como donaciones en concepto de anticipo a la legítima (TORRES GARCÍA, T. F., y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La legítima en el Código Civil (I)», en *Tratado de legítimas*, *cit.*, p. 38).

⁷⁵ Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos...*, V, *cit.*, 1981, p. 384.

IV. RECAPITULACIÓN Y APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Del estudio de las sentencias que recogen la doctrina sobre la no prohibición por el artículo 1271, ap. 2.º, CC de los pactos sobre bienes determinados existentes en el patrimonio del otorgante con efectos *post mortem* podemos hacer, a modo de resumen, unas consideraciones, que exponemos a continuación. Previamente, queremos recordar que esta línea interpretativa tiene un origen anterior a la entrada en vigor del Código civil.

De la escasa jurisprudencia que establece esta doctrina sobre el ap. 2.º del artículo 1271 CC se deduce que estos pactos no son de sucesión contractual a título particular, sino negocios de atribución patrimonial entre vivos con transmisión de presente, por tanto irrevocable, y efectos pospuestos a la muerte del otorgante, que no se configuran como donaciones porque tienen causa onerosa. Para que se trate de pacto sucesorio es decisivo, en nuestra opinión, que los derechos sean hereditarios y en estos supuestos tratados el pacto recae sobre un bien que no llega a formar parte del *relictum* por voluntad del otorgante. La institución en una cuota de la herencia implica la determinación de su objeto después, en el momento de la muerte del otorgante; el pacto sobre un bien existente en el patrimonio del otorgante, con independencia de la pendencia de los efectos, está ya determinado en el momento de la perfección.

Un contrato será sucesorio cuando en él se instituya heredero o legatario. Esto no obsta, está claro, a que un legislador particular llame pacto sucesorio a otra figura. Conforme a nuestro criterio, el favorecido por un contrato sucesorio en el régimen del Código civil tiene que tener una responsabilidad en la liquidación de la herencia igual, al menos, a la del legatario de cosa determinada, lo que implica sujeción del bien al pago de acreedores y legitimarios. Estos caracteres no se dan en los pactos objeto de la jurisprudencia que hemos estudiado.

A los efectos meramente especulativos, de entenderse que estos pactos que estudiamos son sucesorios, cualquiera que fuese la interpretación del artículo 1271, ap. 2.º, CC en relación a si afecta a los pactos con objeto singular, aquellos estarían prohibidos porque del articulado del Código civil (arts. 658, 667, 816 y 991) se extrae el principio general de prohibición de los pactos sucesorios, a salvo las excepciones expresas (arts. 826-827 y 1341 CC).

La aplicación del criterio de permitir los pactos sobre la herencia futura cuando se refiere a bienes concretos y determinados y prohibirlos cuando recaen sobre una universalidad en relación a la herencia de un tercero, como hacen las Audiencias Provinciales, no

se justifica en el plano de los bienes jurídicos protegidos porque, tanto que estos pactos tengan un objeto concreto o una universalidad, no afectan a la libertad para testar del causante, el *votum mortis* está presente por igual y las implicaciones en el orden socio-político son nulas. En los pactos sobre la herencia de un tercero la prohibición del artículo 1271, ap. 2.º, CC debe ser o aplicada o inaplicada a la totalidad de ellos, sin encontrarse justificación para hacer diferencias en razón de que tengan un objeto particular o universal.

**

En el texto se han citado las siguientes resoluciones de los Tribunales y de la Dirección General de Registros y del Notariado.

- STS de 13 de junio de 1903: *JC*, 1903, 174.
- STS de 4 de mayo de 1910: *JC*, 1910, 2.
- STS de 8 de octubre de 1915: *JC*, 1915, 28.
- STS de 20 de noviembre de 1915: *JC*, 1915, 96.
- STS de 26 de octubre de 1926: *JC*, 1926, 6.
- STS de 16 de mayo de 1940: *RJ/1940/416 bis*.
- STS de 3 de junio de 1947: *RJ*, 1947, 902.
- STS de 25 de abril de 1951: *RJ*, 1951, 1615.
- STS de 24 de enero de 1957: *RJ*, 1957, 366.
- STS de 27 de marzo de 1957: *RJ*, 1957, 1573.
- STS de 10 de febrero de 1961: *RJ*, 1961, 885.
- STS de 3 de marzo de 1964: *RJ/1964/1254*.
- STS de 5 de junio de 1985: *RJ/1985/3095*.
- STS de 9 de junio de 1995: *RJ/1995/4912*.
- STS de 22 de julio de 1997: *RJ/1997/5807*.
- STS de 28 de julio de 2003: *RJ/2003/6961*.
- STS de 15 de abril de 2011: *RJ/2011/2313*.
- STS de 16 de junio de 2011: *RJ/2011/4637*.
- STS de 30 de enero de 2012: *JUR/2012/42723*.
- SAP de A Coruña de 26 de abril de 2002: *AC/2002/2225*.
- SAP de Cuenca de 30 de octubre de 2009: *JUR/2009/497002*.
- RDGRN de 19 de mayo de 1917: *Anuario DGRN*, 1917, p. 191.
- RDGRN de 25 de mayo de 1971: *RJ/1971/3402*.
- RDGRN de 21 de enero de 1991: *RJ/1991/592*.
- RDGRN de 6 de marzo de 1997: *RJ/1997/2033*.
- RDGRN de 10 de octubre de 2011: *RJ/2012/692*.

La reforma del Derecho de los contratos en Francia *

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

En los países de la Unión Europea existe un importante movimiento de reforma del Derecho de los contratos y de las obligaciones al que no es ajeno Francia, con el propósito de facilitar el funcionamiento del mercado interior y las operaciones transfronterizas. En Francia se propone la modernización del Derecho de los contratos, teniendo en cuenta tanto la tradición nacional, representada básicamente por la doctrina del Tribunal de Casación, como los Proyectos europeos e internacionales y el Derecho comparado. Se establece una nueva regulación del contrato, prestándose atención al incumplimiento contractual y sus remedios, a la imprevisión, al concepto de contrato y sus requisitos de validez, al proceso de formación del contrato, al contenido, los efectos y la ineficacia del contrato, así como a los criterios de interpretación del mismo y al mecanismo de la representación. No se incluye la protección del consumidor por considerarse que no debe figurar en el Código civil sino en la legislación especial. La reforma del Código de Napoleón de 1804 no debe dejar a nadie impasible, especialmente en aquellos países cuyos Códigos civiles han seguido sus principios en el ámbito contractual.

PALABRAS CLAVE

Incumplimiento, remedios, imprevisión, contrato, formación, consentimiento, obligación precontractual de información, error, dolo, violencia, capacidad, objeto, precio, interés en el contrato, licitud, forma, contenido,

* Este estudio ha sido objeto de una ponencia en el Seminario Federico de Castro, que se celebra en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación bajo la dirección del profesor Díez-Picazo, en el curso 2011-2012.

efectos, estipulación en favor de tercero, ineficacia, representación, interpretación, consumidor.

ABSTRACT

*In European Union countries there is an important reform of the Law of obligations and contracts, which is not foreign to France. This reform has the object of facilitating the domestic market and cross-border transactions. The modernization of the Law of obligations and contracts in France takes into consideration not only the national tradition –represented basically by the French Supreme Court case law–, but also the European and International Projects and comparative Law. A new regulation of the contract is established, paying attention to the breach of contract and its remedies, the *rebus sic stantibus*-clause; the concept and requirements of validity of the contract, the formation, content, effects and inefficacy of contracts, as well as to the representation and the interpretation rules. Consumer protection is not included in the Civil Code but in the special regulation of this subject. No country should remain indifferent to this reform of the Napoleonic Code of 1804, especially those whose Civil Codes have followed its principles in the field of contract law.*

KEY WORDS

Breach of contract, remedies, rebus sic stantibus, contract, formation, consent, precontractual liability, mistake, dolus, violence, capacity, object, price, interest in the contract, legality, form, content, effects, stipulation in favour of a third party, ineffectiveness, representation, interpretation, consumer.

En Francia existen varios Proyectos y trabajos prelegislativos encaminados a la reforma del Derecho de los contratos. En este sentido, destacan el Anteproyecto de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción, dirigido por el profesor Catalá¹, la Propuesta del grupo dirigido por el profesor Terré y el Proyecto de la Cancillería.

En la Presentación del Proyecto de la Cancillería se ponen de relieve los objetivos que se pretenden alcanzar con la reforma del Derecho de los contratos y su inspiración.

Este Proyecto ha sido elaborado sobre la base de numerosos trabajos, destacando el Anteproyecto Catala, que ha sido objeto de interesantes observaciones críticas, especialmente por el Medef, y

¹ Lo traduje, con un estudio preliminar, en ADC, «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción» (Estudio preliminar y traducción), 2007, pp. 621-848.

Una amplia información sobre este estudio en *v Lex*.

Una excelente reseña del Anteproyecto Catala por POILLOT, «Breve presentación del Anteproyecto de reforma francés del Derecho de obligaciones», con traducción de Esther Arroyo, ADC, 2006, pp. 1309-1320.

la Propuesta Terré, impulsada por la Academia de Ciencias Políticas y Morales. Se tienen en cuenta la tradición nacional, representada especialmente por la doctrina del Tribunal de Casación de los dos últimos siglos, la cual es recogida de forma magistral en el Anteproyecto Catala, y los Proyectos de armonización del Derecho europeo e internacional de los contratos, con especial atención a los Principios Lando, los Principios Unidroit, el Código Gandolfi, los trabajos de la red de investigadores del Marco Común de Referencia, así como el Derecho comparado, donde destacan las reformas que han tenido lugar en Holanda y Alemania. En la Propuesta Terré se recogen de manera excelente las reglas que aparecen en todos ellos y en el panorama del Derecho comparado.

El Proyecto de la Cancillería se ocupa sobre todo del Derecho de los contratos. En su Presentación se anuncia que en un futuro próximo se completará con un Proyecto sobre el régimen general de las obligaciones y con otro Proyecto sobre la responsabilidad civil.

Se disciplina con amplitud el incumplimiento y sus remedios debido a que constituyen el núcleo esencial del Derecho contractual.

La noción de incumplimiento es amplia. Este tiene lugar cuando el compromiso contractual no ha sido cumplido o lo ha sido imperfectamente. No se alude a la culpa del deudor, de tal manera que éste solo dejará de responder cuando exista una causa que le exonere de toda responsabilidad. Tampoco se hace referencia expresa a los deberes de conducta del deudor diferentes del deber de prestación, pero no existe dificultad alguna para entender que no hay cumplimiento regular, debido a la amplitud con que se define al incumplimiento, cuando el deudor no cumple deberes accesorios, de lealtad, de información o de seguridad, siendo significativo que el Anteproyecto Catala, siguiendo a la jurisprudencia, regule la obligación de seguridad, que aparecerá definida en el futuro Proyecto de la Cancillería sobre Derecho de obligaciones.

En caso de incumplimiento, el acreedor puede reclamar el cumplimiento forzoso, provocar la resolución del contrato, que puede ser extrajudicial mediante notificación, y reclamar, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios. En la Propuesta Terré se cita también el remedio de la reducción del precio, admitido en los Proyectos de armonización del Derecho europeo e internacional de los contratos.

En el supuesto particular de los contratos sinalagmáticos, son posibles otros remedios, como la excepción de incumplimiento contractual y la suspensión del contrato.

El Proyecto de la Cancillería, en términos parecidos al Anteproyecto Catala y a la Propuesta Terré, disciplina la imprevisión. Se establece que si un cambio de las circunstancias, imprevisible e insuperable, hace el cumplimiento excesivamente oneroso para una parte que no había aceptado asumir ese riesgo, ésta puede solicitar una renegociación a su cocontratante. En caso de rechazo o fracaso de la renegociación, el Juez puede, si las partes están de acuerdo, proceder a la adaptación del contrato o, en su defecto, poner fin al mismo.

El Proyecto de la Cancillería concuerda con los Principios Lando, los Principios Unidroit y el Borrador del Marco Común de Referencia.

La Propuesta Terré define al contrato como un acuerdo de voluntades por el cual dos o varias personas establecen, modifican o suprimen entre ellas una relación jurídica. En cambio, el Proyecto de la Cancillería, de igual manera que el Anteproyecto Catala, no establece una definición semejante, sino que, de manera muy genérica, considera que el contrato es una convención por la que una o varias personas se obligan entre sí. No se alude específicamente a la relación contractual, en contraste con lo que acontece en los Proyectos de armonización del Derecho europeo e internacional de los contratos, que con buen criterio tienen en cuenta que el contrato es fuente de una relación jurídica entre las partes, de una relación obligatoria.

En el Proyecto de la Cancillería, de igual manera que en el Anteproyecto Catala y en la Propuesta Terré, se facilita la celebración del contrato, con una amplia regulación de su proceso de formación, lo que contrasta con la escueta regulación que aparece en el Códigos decimonónicos.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto Catala se justifica la amplia reglamentación de la formación del contrato, señalándose que las fuentes de la misma son algunas codificaciones europeas e internacionales recientes, como las existentes en Alemania, Holanda y Quebec, así como el Proyecto del grupo Gandolfi, los Principios Lando y los Principios Unidroit.

Estas fuentes son las mismas en que se basan la Propuesta Terré y el Proyecto de la Cancillería.

Como señala el Medef en sus observaciones al Anteproyecto Catala, libertad, lealtad y seguridad son los pilares en que se fundamenta la regulación.

En el Proyecto de la Cancillería se disciplinan con amplitud las negociaciones precontractuales. La ruptura culpable de las negociaciones obliga a su autor a la reparación a través de la responsa-

bilidad delictual, lo cual contrasta con el criterio acogido en otros ordenamientos jurídicos, como el alemán o el austríaco. El resarcimiento tiene por objeto compensar a la otra parte de los beneficios esperados con el contrato no concluido. Existe, además, un deber de confidencialidad, incurriendo en responsabilidad delictual quien utiliza una información obtenida con ocasión de las negociaciones, lo cual es coherente con la postura adoptada en torno a la naturaleza de la responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones.

Se disciplina de manera precisa la oferta y la aceptación. El contrato es perfecto con la recepción de la aceptación, salvo que exista una estipulación en contra.

La ley puede subordinar la formación del contrato a la expiración de un plazo de reflexión o a la de un plazo de retractación.

Se contemplan los precontratos, con referencia a la promesa unilateral de contrato y al pacto de preferencia.

Tanto la Propuesta Terré como el Proyecto de la Cancillería apenas se refieren a las condiciones generales de la contratación, definiéndose el contrato de adhesión de manera semejante a como lo hace el Anteproyecto Catala, en línea con la tradición nacional. El contrato de adhesión es aquel cuyas estipulaciones esenciales, sustraídas a la discusión, han sido unilateralmente determinadas y por adelantado.

En relación con la contratación por medio de condiciones generales, el Proyecto de la Cancillería no se adecua a la orientación imperante en los textos europeos e internacionales sobre los contratos y especialmente a los Principios Acquis y al Borrador del Marco Común de Referencia, que se inspiran fundamentalmente en la normativa alemana, porque establece una regulación muy escasa de la misma, sin referirse al control de inclusión y al de contenido, limitándose a definir al contrato de adhesión.

En consonancia con el Anteproyecto Catala y la Propuesta Terré, el Proyecto de la Cancillería disciplina la contratación electrónica, teniéndose en cuenta la Directiva comunitaria que la contempla.

El Proyecto de la Cancillería establece una detallada regulación sobre los requisitos de validez del contrato. Estos requisitos son el consentimiento, la capacidad de las partes, el contenido y la licitud del contrato.

El consentimiento se presenta como el elemento esencial del contrato. En relación con el mismo, se contempla la denominada obligación precontractual de información, reconocida tanto en el Proyecto de la Cancillería como en la Propuesta Terré y en el Ante-

proyecto Catala, que siguen fielmente a la doctrina del Tribunal de Casación. Con esta obligación se pretende que el consentimiento de las partes se forme con plena libertad y conocimiento de las consecuencias del contrato. Una correcta información antes de la celebración del contrato puede evitar que la otra parte incurra en error, sin que tenga que existir necesariamente reticencia dolosa y sin perjuicio de la responsabilidad delictual en que haya podido incurrir el que haya incumplido esta obligación. Llama la atención que se configure esta responsabilidad como delictual, pero dicha configuración está en consonancia con la idea de que toda la fase precontractual se mueve en la órbita extracontractual.

Los vicios del consentimiento son el error, el dolo y la violencia, cuya regulación se inspira en buena medida en la jurisprudencia, que se plasma en la normativa del Anteproyecto Catala, como pone de relieve el Medef.

El error es relevante cuando es esencial y excusable. No se establece expresamente que el error ha de haber sido provocado por la información suministrada por la otra parte contratante, exigencia que restringe el alcance de la relevancia del error como vicio del consentimiento, en consonancia con una orientación que cuenta con numerosos defensores en el panorama del Derecho europeo e internacional. No obstante, la existencia de una obligación precontractual de información repercute en el entendimiento del error, siendo indudable que si se cumple esta obligación, la otra parte no incurrirá normalmente en error o éste será inexcusable, por lo que se lograrán unos resultados que no van a diferir en demasía de los que se alcanzan con la apuntada concepción del error.

Se reconoce que el dolo puede ser omisivo, es decir, proceder de la reticencia, sin tener que emanar necesariamente del cocontratante, pudiendo proceder de un representante, un gestor o de un tercero que actúe con la complicidad del cocontratante.

Aunque se acoge la concepción clásica de la violencia como vicio del consentimiento, se establece una importante innovación al reconocerse la denominada violencia económica, admitida en los Proyectos de armonización del Derecho europeo e internacional de los contratos. La violencia económica surge cuando una parte abusa de la situación de debilidad de la otra para hacerle adoptar, debido a la existencia de un estado de necesidad o de dependencia, un compromiso que no habría contraído si no hubiese existido esa coacción.

En línea con el Anteproyecto Catala y la Propuesta Terré, el Proyecto de la Cancillería establece una sanción uniforme cuando existe un vicio del consentimiento, que es la nulidad relativa del

contrato. Además, la parte a quien es imputable el vicio del consentimiento debe reparar el daño causado a la otra. Esto significa que se produce la nulidad sin perjuicio de la eventual indemnización de los daños causados.

La capacidad de las partes es un requisito esencial para la validez del contrato. Se disciplina en sede contractual la capacidad de obrar de las personas, tanto físicas como jurídicas, en lugar de enmarcarla en el Derecho de la persona. En otros ordenamientos jurídicos, la regulación de la capacidad de obrar, tanto de las personas físicas como jurídicas, pertenece al Derecho de la persona, que se proyecta a todos los sectores del ordenamiento jurídico.

Durante la elaboración del Anteproyecto Catala se cuestionó si debía ser mantenida o no la noción de objeto del contrato. Esto se explica porque en las codificaciones recientes y en los textos de Derecho europeo e internacional sobre los contratos apenas se evoca al objeto del contrato. Los Principios Lando, los Principios Unidroit y el Borrador del Marco Común de Referencia sólo se refieren al contenido del contrato.

En el Anteproyecto Catala se mantiene la noción de objeto del contrato estableciéndose sus requisitos, siguiendo la doctrina del Tribunal de Casación. Se refiere, por tanto, a la existencia, la determinación y la licitud del objeto del contrato.

En el Proyecto de la Cancillería, de igual manera que en la Propuesta Terré, se alude al objeto de las obligaciones contractuales, enmarcándolo dentro del contenido del contrato. La obligación tiene por objeto una prestación presente o futura, determinada o determinable.

El Proyecto de la Cancillería presta una atención especial al precio, lo cual también se advierte en el Anteproyecto Catala y en la Propuesta Terré.

En los contratos de ejecución sucesiva y en los contratos-marco, se puede acordar que el precio de la prestación sea fijado unilateralmente por una de las partes, debiendo justificar ella el montante en caso de oposición. Si el precio es manifiestamente abusivo, el deudor puede impugnarlo.

En contraste con lo establecido en la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, en los Principios Lando, en los Principios Unidroit y en el Borrador del Marco Común de Referencia, el Proyecto de la Cancillería no hace ninguna referencia al criterio del precio abierto, de acuerdo con el cual, no impide la perfección del contrato que no se haya expresado el precio ni fijado el modo para su determinación, siempre que se

entienda implícitamente convenido un precio generalmente practicado.

Con carácter general, se tiene en cuenta la equivalencia de las prestaciones, poniéndose de relieve que su falta no es causa de nulidad del contrato, salvo que la ley disponga otra cosa.

El Proyecto de la Cancillería sustituye el requisito de la causa por el de interés en el contrato. De esta manera no se sigue el criterio tradicional acogido en el Anteproyecto Catala, que se refiere con amplitud a la causa, considerándola imprescindible para la validez del contrato.

Con la noción de interés en el contrato se pretende desterrar la causa, destacándose en la Presentación del Proyecto de la Cancillería que es ampliamente desconocida en el Derecho comparado y en los Proyectos de armonización del Derecho europeo e internacional de los contratos. Esta sustitución permite reforzar el atractivo del Derecho francés conservando, sin embargo, las funciones desarrolladas por la jurisprudencia sobre el fundamento de la causa para asegurar el respeto del equilibrio contractual. La Propuesta Terré es mucho más tajante, porque la noción de interés en el contrato tampoco figura como uno de los requisitos para la validez del contrato. No obstante, sólo de una manera aparente el Proyecto de la Cancillería abandona la causa del contrato. La normativa que figura en él en torno al interés en el contrato apenas difiere de la que aparece en el Anteproyecto Catala sobre la causa. El interés en el contrato es lo que justifica el compromiso de las partes contratantes de igual manera que la causa. El Proyecto de la Cancillería pone de relieve que es fácil prescindir a nivel terminológico de la causa, pero muy difícil desconocer las importantes funciones que la misma ha desempeñado a lo largo de toda la historia del Derecho en el ámbito contractual.

La licitud del contrato se considera como requisito para su validez, siendo ilícito el contrato cuando es prohibido por la ley o es contrario al orden público o a las buenas costumbres.

El Anteproyecto Catala establece que la forma es un requisito esencial del contrato cuando es exigida por la ley para su validez. No lo dice el Proyecto de la Cancillería, seguramente porque se sobreentiende.

El Proyecto de la Cancillería, de igual manera que el Anteproyecto Catala y la Propuesta Terré, proclama el principio de libertad de forma. Solo excepcionalmente la validez de un contrato puede estar sujeta al cumplimiento de las formalidades determinadas por la ley. En este caso, la forma tiene carácter constitutivo o *ad solemnitatem*. Se establece que la nulidad por defecto o vicio de forma

puede ser absoluta o relativa, siendo la principal peculiaridad que presenta el Proyecto de la Cancillería con respecto a la regulación que aparece en los Principios Lando, en los Principios Unidroit y en el Borrador del Marco Común de Referencia, así como en el panorama del Derecho comparado.

En relación con el contenido del contrato, el Proyecto de la Cancillería considera que el contrato no sólo obliga a lo expresado en él, sino también a todas las consecuencias que derivan de la equidad, del uso o de la ley, atendiendo a la naturaleza de las obligaciones asumidas por las partes. No se alude a la buena fe, prefiriéndose mencionar a la equidad. Los resultados no han de ser distintos a la hora de integrar el contenido del contrato.

El Proyecto de la Cancillería no establece expresamente que las afirmaciones publicitarias sean posible contenido del contrato y con valor vinculante, aunque lo presupone. El Tribunal de Casación lo ha declarado de manera reiterada.

Con respecto a los efectos del contrato, el Proyecto de la Cancillería, de igual manera que el Anteproyecto Catala y la Propuesta Terré, acoge el principio tradicional de la relatividad del contrato, de acuerdo con el cual, el contrato sólo es eficaz entre las partes y sus herederos, salvo que las obligaciones que derivan del mismo sean intransmisibles. No obstante, el contrato es oponible a los terceros, en el sentido de que deben respetar la situación jurídica creada por él.

En armonía con el Anteproyecto Catala y la Propuesta Terré, el Proyecto de la Cancillería se refiere a la estipulación en favor de tercero, que implica que una de las partes del contrato se compromete a ejecutar la prestación a favor del tercero beneficiario. Existe una evidente concordancia con los Principios Lando, los Principios Unidroit y el Borrador del Marco Común de Referencia, así como con el criterio imperante en el Derecho comparado.

En consonancia con los Principios Lando, los Principios Unidroit y el Borrador del Marco Común de Referencia, el Proyecto de la Cancillería disciplina en un capítulo independiente la representación, que no se confunde lógicamente con el mandato. La regulación gira en torno al poder de representación, que el Anteproyecto Catala considera que es un requisito del contrato, el cual se agrega a los cuatro requisitos clásicos que son necesarios para que el contrato sea válido. Se tiene en cuenta la distinción entre la representación directa y la indirecta, precisándose las consecuencias que surgen cuando se actúa sin poder o sobrepasando sus límites. El acto es inoponible al representado, salvo que el tercero contratante haya creído legítimamente en la realidad del poder del representante,

especialmente cuando esto deriva del comportamiento o de las declaraciones del representado. Cuando no sepa que el acto fue cumplido por un representante sin poder o más allá de su poder, el tercero contratante puede invocar su nulidad. Tanto la inoponibilidad como la nulidad del acto no pueden ser invocadas cuando el representado lo haya ratificado. Si el tercero duda del alcance del poder del representante, puede ejercitar una acción interrogatoria frente al representado para confirmar su alcance en un plazo razonable. Por último, aparecen las normas referentes al conflicto de intereses, que surge cuando el representante actúa por cuenta de las dos partes del contrato o contrata por su propia cuenta con el representado. No se produce la nulidad del acto, a pesar de que exista un conflicto de intereses, si el representado es un grupo o una persona jurídica, siempre que, con respecto a su actividad, el acto consista en una operación corriente concluida en condiciones normales.

En otro capítulo autónomo se disciplina la interpretación del contrato, inspirándose la regulación también en los Proyectos europeos e internacionales sobre los contratos. La norma fundamental es la que establece que el contrato se ha de interpretar de conformidad con la común intención de las partes. Únicamente cuando no se pueda averiguar esa intención, el contrato se ha de interpretar según el sentido que le daría una persona razonable colocada en la misma situación. Se tienen en cuenta, de igual manera que acontece en el Anteproyecto Catala y en la Propuesta Terré, los criterios de la interpretación sistemática y de la interpretación más favorable para la validez del contrato, así como la clásica regla *contra stipulatorem*, con una innovadora referencia a los contratos interdependientes, que se han de interpretar en función de la operación que ha de cumplirse.

Con amplitud se disciplina la ineficacia del contrato. Se establecen las sanciones cuando falta alguna de las condiciones de validez del contrato. Estas sanciones son la nulidad, la caducidad y la inoponibilidad, disciplinándose con amplitud la primera.

Tratándose de la nulidad, se establece la distinción entre la nulidad absoluta, que protege el interés general, y la nulidad relativa, que tutela un interés privado, siendo una distinción que se asemeja a la existente entre la nulidad absoluta y la anulación, que aparece en numerosos ordenamientos jurídicos.

Se produce la vulneración del interés general, que determina la nulidad absoluta del contrato celebrado, cuando el contrato es prohibido por la ley o está en contra del orden público o de las buenas costumbres.

Tiene lugar la nulidad relativa, produciéndose la vulneración de un interés privado, cuando el contrato es concluido por error, dolo o violencia, incluyendo la económica, o por un incapaz.

El criterio utilizado para distinguir ambos tipos de nulidades, determina que en relación con un mismo requisito del contrato, como es el de la forma, pueda operar la nulidad absoluta o la nulidad relativa, atendiendo al tipo de interés que protege el contrato.

La nulidad absoluta puede ser reclamada por cualquier persona que justifique un interés, así como por el Ministerio Fiscal, no siendo el contrato susceptible de confirmación.

La nulidad relativa sólo puede ser invocada por aquél al que quiere proteger la ley, pudiendo éste confirmar el contrato.

A no ser que la ley disponga otra cosa, todas las acciones de nulidad prescriben a los cinco años. No obstante, la excepción de nulidad no prescribe si se refiere a un contrato que no ha sido objeto de ningún tipo de ejecución.

Las partes pueden constatar de común acuerdo la nulidad. En su defecto, la nulidad es pronunciada por el Juez.

El efecto esencial de la nulidad, que tiene carácter retroactivo y puede ser parcial, es la restitución de las prestaciones ejecutadas, en especie o por el equivalente. Cuando la nulidad es imputable a una de las partes, ésta debe también indemnizar a la otra de todos los daños y perjuicios que le haya causado.

En el Proyecto de la Cancillería no figura una norma semejante a la que aparece en los Proyectos de armonización de Derecho europeo e internacional de los contratos sobre la imposibilidad originaria de la prestación, en los que esta imposibilidad no determina por sí sola la nulidad del contrato, aunque puede ser anulado si ha existido un vicio en el consentimiento de uno de los contratantes.

Por último, hay que observar que en este Proyecto, de igual manera que en el Anteproyecto Catala y en la Propuesta Terré, no se tiene en cuenta la protección del consumidor. Así se destaca expresamente en la Exposición de Motivos del Anteproyecto Catala, aunque el Medef lamenta que la orientación acogida en él no haya sido seguida escrupulosamente. La normativa propuesta pone en evidencia que esta declaración de intenciones apenas ha sido seguida, por la existencia de numerosas referencias a las técnicas del Derecho del consumo, como, por ejemplo, los plazos de reflexión y de retractación, la obligación precontractual de información, la violencia económica y las cláusulas abusivas.

El Proyecto de la Cancillería, de la misma manera que el Anteproyecto Catala y la Propuesta Terré, no reconoce la protección del consumidor, limitándose a establecer algunos mecanismos propios

del Derecho del consumo, semejantes a los mencionados, sin que exista ninguna dificultad para que puedan tener un alcance general. Por este motivo, este Proyecto no está en consonancia con los Principios Acquis y el Borrador del Marco Común de Referencia, que acogen la normativa esencial sobre la protección del consumidor, por ser uno de los pilares del Derecho contractual comunitario.

Todo indica que no pasará mucho tiempo para que se reforme la normativa del Código civil, de acuerdo con lo establecido básicamente en el Proyecto de la Cancillería, constituyendo un ejemplo que habrá de ser tenido en cuenta por los legisladores de los países que todavía no han reformado su Código civil en una materia tan importante como es la de los contratos².

² Se destaca que para nosotros tienen un interés particular los proyectos de reforma del Derecho de obligaciones y contratos en Francia (ROCA GUILLAMÓN, «Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (Notas para la reflexión)». Asociación de Profesores de Derecho Civil, Zaragoza, 16-17 octubre, 2012, p. 5, n. 2.

En Latinoamérica se aprecia la influencia de estos proyectos (HINESTROSA, *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés. Libro III, títulos III y XX*, Universidad Externado de Colombia, 2006; PIZARRO, «Los remedios al incumplimiento contractual en los Proyectos franceses de reforma del Derecho de los contratos», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2011, n.º 36, pp. 177-138).

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

CONTRATOS

1. **Reglamento (UE) núm. 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago. *DOUE*, L, núm. 86, de 24 de marzo de 2012.**

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

2. **Directiva 2012/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2012, por la que se modifican la Directiva 89/666/CEE del Consejo y las Directivas 2005/56/CE y 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades. *DOUE*, L, núm. 156, de 16 de junio de 2012.**
3. **Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. *DOUE*, L, núm. 201, de 27 de julio de 2012.**

PROPIEDAD INTELECTUAL

4. **Reglamento (UE) núm. 386/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de abril de 2012, por el que se encomiendan a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) funciones relacionadas con el respeto de los derechos de propiedad intelectual, entre otras la de congregarse a representantes de los sectores público y privado en un Observatorio Europeo de las Vulneraciones de los Derechos de Propiedad Intelectual. *DOUE*, L, núm. 129, de 16 de mayo de 2012.**

PUBLICIDAD

5. **Reglamento Delegado (UE) núm. 311/2012 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 809/2004, relativo a la aplicación de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en cuanto a determinados aspectos de los folletos y la publicidad. DOUE, L, núm. 103, de 13 de abril de 2012.**

RELACIONES CONTRACTUALES

6. **Reglamento (UE) núm. 261/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, que modifica el Reglamento (CE) núm. 1234/2007 del Consejo en lo que atañe a las relaciones contractuales en el sector de la leche y de los productos lácteos. DOUE, L, núm. 94, de 30 de marzo de 2012.**

TRANSPORTES

7. **Corrección de errores de la Directiva 2008/8/CE del Consejo, de 12 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE en lo que respecta al lugar de la prestación de servicios (DO L 44 de 20 de febrero de 2008). DOUE, L, núm. 249, de 14 de septiembre de 2012.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

COMPRA VENTA

8. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea» [COM(2011) 635 final 2011/0284 (COD)] y la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Una normativa común de compraventa europea para facilitar las transacciones transfronterizas en el mercado único» [COM(2011) 636 final]. DOUE, C, núm. 181, de 21 de junio de 2012.**

CONSUMIDORES

9. **Comunicación de la Comisión conforme al artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, que codifica la Directiva 98/27/CE, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva. DOUE, C, núm. 97, de 31 de marzo de 2012.**

10. **Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre las propuestas legislativas relativas a la resolución alternativa y en línea de litigios en materia de consumo.** *DOUE*, C, núm. 136, de 11 de mayo de 2012.
11. **Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2010, sobre los efectos de la publicidad en el comportamiento de los consumidores (2010/2052(INI).** *DOUE*, C, núm. 169 E, de 15 de junio de 2012.
12. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Programa de Consumidores 2014-2020»** [COM(2011) 707 final 2011/0340 (COD)]. *DOUE*, C, núm. 181, de 21 de junio de 2012.
13. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre RAL en materia de consumo)»** [COM(2011) 793 final 2011/0373 (COD)]. *DOUE*, C, núm. 181, de 21 de junio de 2012.
14. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento sobre RLL en materia de consumo)»** [COM(2011) 794 final 2011/0374 (COD)]. *DOUE*, C, núm. 181, de 21 de junio de 2012.
15. **Comunicación de la Comisión de conformidad con el artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores, en relación con las autoridades competentes y las oficinas de enlace únicas.** *DOUE*, C, núm. 185, de 23 de junio de 2012.
16. **Corrección de errores de la Comunicación de la Comisión de conformidad con el artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores, en relación con las autoridades competentes y las oficinas de enlace únicas.** *DOUE*, C, núm. 208, de 14 de julio de 2012.
17. **Dictamen del Comité de las Regiones «El programa de consumidores 2014-2020».** *DOUE*, C, núm. 225, de 27 de julio de 2012.
18. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Perspectiva europea sobre los pasajeros: Comunicación sobre los derechos de los pasajeros en todos los modos de transporte»** COM(2011) 898 final. *DOUE*, C, núm. 229, de 31 de julio de 2012.

19. **Enmiendas del Parlamento Europeo adoptadas el 24 de marzo de 2011 a la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores (COM(2008)0614 –C6-0349/2008– 2008/0196(COD). DOUE C 247 E, de 17 de agosto de 2012.**

DERECHO DE LA COMPETENCIA

20. **Normas de competencia en el ámbito de la cooperación horizontal Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2010, sobre la revisión de las normas de competencia en el ámbito de la cooperación horizontal. DOUE, C, núm. 99 E, de 3 de abril de 2012.**

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

21. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2010, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (refundición) (COM(2009)0126 –C7-0044/2009– 2009/0054(COD), DOUE, C, núm. 70E, de 8 de marzo de 2012**
22. **Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2011, sobre la adopción internacional en la Unión Europea. DOUE, C, núm. 136 E, de 11 de mayo de 2012.**
23. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2010, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (COM(2010)0105 –C7-0315/2010– 2010/0067(CNS). DOUE, C, núm. 169 E, de 15 de junio de 2012.**
24. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo 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» [COM(2011) 445 final 2011/0204 (COD)]. DOUE, C, núm. 191, de 29 de junio de 2012.**

PROPIEDAD INDUSTRIAL

25. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de febrero de 2011, sobre el proyecto de Decisión del Consejo por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria (05538/2011 –C7-0044/2011– 2010/0384(NLE). DOUE, C, núm. 188E, de 28 de junio de 2012.**

RESPONSABILIDAD SOCIAL

26. **Derechos humanos y normas sociales y medioambientales en los acuerdos comerciales internacionales. Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2010, sobre los derechos humanos y las normas sociales y medioambientales en los acuerdos comerciales internacionales (2009/2219(INI)).** *DOUE*, C, núm. 99E, de 3 de abril de 2012.
27. **Responsabilidad social de las empresas en los acuerdos de comercio internacional. Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2010, sobre la responsabilidad social de las empresas en los acuerdos de comercio internacional (2009/2201(INI)).** *DOUE*, C, núm. 99E, de 3 de abril de 2012.

SOCIEDADES

28. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2011, sobre la propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (COM(2010)0391 –C7-0209/2010– 2008/0009(COD) P7_TC1-COD(2008)0009.** *DOUE*, C, núm. 136 E, de 11 de mayo de 2012.

II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

CONSUMIDORES

29. **Asunto C-134/11: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Quinta, de 16 de febrero de 2012. Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Hamburg, Alemania. Jürgen Blödel-Pawlik/HanseMerkur Reiseversicherung AG. Directiva 90/314/CEE. Viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados, artículo 7. Protección frente al riesgo de insolvencia o de quiebra del organizador del viaje combinado. Ámbito de aplicación. Insolvencia del organizador debida a un uso fraudulento de los fondos depositados por el consumidor.** *DOUE*, C, núm. 98, de 31 de marzo de 2012.
30. **Asunto C-166/11: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Quinta, de 1 de marzo de 2012. Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Oviedo. Ángel Lorenzo González Alonso/Nationale Nederlanden Vida Cía. De Seguros y Reaseguros S.A.E. Protección de los consumidores. Contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. Directiva 85/577/CEE. Ámbito de aplicación. Exclusión. Contratos de seguro en unidades de cuenta.** *DOUE*, C, núm. 118, de 21 de abril.
31. **Asunto C-453/10: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 15 de marzo de 2012. Petición de decisión prejudicial planteada**

- por el Okresný súd Prešov, Eslovaquia. Jana Pereničová, Vladislav Perenič/SOS financ, spol. s r.o.- Protección de los consumidores. Contrato de crédito al consumo. Indicación errónea de la tasa anual equivalente. Incidencia de las prácticas comerciales desleales y de las cláusulas abusivas en la validez global del contrato. *DOUE*, C, núm. 133, de 5 de mayo de 2012.
32. Asunto C-472/10: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 26 de abril de 2012. Petición de decisión prejudicial planteada por el Pest Megyei Bíróság, Hungría. Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság/Invitel Távközlési Zrt. Directiva 93/13/CEE artículos 3, apartados 1 y 3 artículos 6 y 7. Contratos celebrados con los consumidores. Cláusulas abusivas. Modificación unilateral por el profesional de las disposiciones del contrato. Acción de cesación ejercitada por motivos de interés público, en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional. Declaración del carácter abusivo de la cláusula. Efectos jurídicos. *DOUE*, C, núm. 174, de 16 de junio de 2012.
33. Asunto C-618/10: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 14 de junio de 2012. Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona, España. Banco Español de Crédito, S.A./Joaquín Calderón Camino. Directiva 93/13/CEE. Contratos celebrados con consumidores. Cláusula abusiva de intereses de demora. Proceso monitorio. Competencias del órgano jurisdiccional nacional. *DOUE*, C, núm. 225, de 28 de julio de 2012.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

34. Asunto C-292/10: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 15 de marzo de 2012. Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Regensburg, Alemania. G/Cornelius de Visser. Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Notificación pública de actos judiciales. Ausencia de domicilio o de lugar de residencia conocido del demandado en el territorio de un Estado miembro. Competencia «en materia delictual y cuasidelictual». Lesión de los derechos de la personalidad que pudo haberse cometido por la publicación de fotografías en Internet. Lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso. *DOUE*, C, núm. 133, de 5 de mayo de 2012.
35. Asunto C-213/10: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 19 de abril de 2012. Petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas, Lituania. F-Tex SIA/Lietuvos-Anglijos UAB «Jadecloud Vilma». Cooperación judicial en materia civil. Reglamento CE núm. 1346/2000 artículo 3, apartado 1. Concepto de demanda que presenta una conexión con un procedimiento de insolvencia y que está en estrecha relación con el Reglamento CE núm. 44/2001 artículo 1, apartados 1 y 2, letra b). Conceptos de «materia civil y mercantil» y de «quiebra». Demanda que se fundamenta en la cesión por parte del síndico de la acción revocatoria que le corresponde. *DOUE*, C, núm. 165, de 9 de junio de 2012.

36. **Asunto C-523/10: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 19 de abril de 2012.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof, Austria. Wintersteiger AG/Products 4U Sondermaschinenbau GmbH. Reglamento CE núm. 44/2001. Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Competencia «en materia delictual o cuasidelictual». Determinación del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso. Sitio de Internet de un prestador de servicios de referenciación que opera bajo un nombre de dominio nacional de primer nivel de un Estado miembro. Utilización por un anunciante de una palabra clave idéntica a una marca registrada en otro Estado miembro. *DOUE*, C, núm. 165, de 9 de junio de 2012.
37. **Asunto C-92/12 PPU: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Segunda, de 26 de abril de 2012.** Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Ireland, Irlanda. Health Service Executive/SC, AC. «Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental». Reglamento CE núm. 2201/2003. Menor que reside habitualmente en Irlanda, donde ha sido objeto de acogimiento en varias ocasiones. Conductas agresivas y peligrosas para la propia menor. Resolución por la que se dispone el acogimiento de la menor, en régimen cerrado, en un establecimiento en Inglaterra. Ámbito de aplicación material del Reglamento, artículo 56. Procedimientos de consulta y de aprobación. Obligación de reconocer o de declarar ejecutiva la resolución por la que se dispone el acogimiento de la menor en un establecimiento en régimen cerrado. Medidas provisionales. Procedimiento prejudicial de urgencia. *DOUE*, C, núm. 194, de 30 de junio de 2012.
38. **Asunto C-514/10: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 21 de junio de 2012.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší soud České republiky, República Checa. Wolf Naturprodukte GmbH/Sewar spol. s r.o. –Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento CE núm. 44/2001. Ámbito de aplicación temporal. Ejecución de una resolución judicial dictada antes de la adhesión del Estado de ejecución a la Unión Europea. *DOUE*, C, núm. 250, de 18 de agosto de 2012.

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

39. **Asunto C-53/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Segunda, de 19 de enero de 2012.** Oficina de Armonización del Mercado Interior Marcas, Dibujos y Modelos/Nike International Ltd, Aurelio Muñoz Molina. Recurso de casación. Marca comunitaria. Reglamento CE núm. 40/94. Artículo 58. Reglamento CE núm. 2868/95. Reglas 49 y 50. Marca denominativa R10. Oposición. Cesión. Admisibilidad del recurso. Concepto de «persona admitida para interponer un recurso». Aplicabilidad de las Directrices de la OAMI. *DOUE*, C, núm. 73, de 10 de marzo de 2012.

40. Asunto T-291/09: Sentencia del Tribunal General de 1 de febrero de 2012. Carrols/OAMI. Gambettola Pollo Tropical CHICKEN ON THE GRILL –Marca comunitaria. Procedimiento de nulidad. Marca figurativa comunitaria Pollo Tropical CHICKEN ON THE GRILL. Motivo de denegación absoluto. Falta de mala fe. Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 73, de 10 de marzo de 2012.
41. Asunto T-353/09: Sentencia del Tribunal General de 1 de febrero de 2012. mtronix/OAMI. Growth Finance mtronix. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa mtronix. Marca comunitaria denominativa anterior Montronix. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 73, de 10 de marzo de 2012.
42. Asunto T-378/09: Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2012. Spar/OAMI. Spa Group Europe SPA GROUP. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa comunitaria SPA GROUP. Marcas figurativas nacionales anteriores SPAR. Motivo de denegación relativo. Inexistencia de riesgo de confusión. Inexistencia de similitud de los signos. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009». *DOUE*, C, núm. 73, de 10 de marzo de 2012.
43. Asunto T-205/10: Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2012. Cervecería Modelo/OAMI. Plataforma Continental LA VICTORIA DE MÉXICO. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa LA VICTORIA DE MÉXICO. Marca comunitaria figurativa anterior que incluye el elemento denominativo «victoria», y marca nacional denominativa anterior VICTORIA. Denegación parcial del registro. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Similitud entre los signos. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 73, de 10 de marzo de 2012.
44. Asunto T-321/09: Sentencia del Tribunal General de 2 de febrero de 2012. skytron energy/OAMI arraybox. Marca comunitaria. Solicitud de la marca denominativa comunitaria arraybox. 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. 80, de 17 de marzo de 2012.
45. Asunto T-305/10: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2012. Hartmann-Lambo/OAMI. Diptyque DYNIQUE. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa DYNIQUE Marca comunitaria denominativa anterior DIPTYQUE. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 80, de 17 de marzo de 2012.
46. Asunto T-387/10: Sentencia del Tribunal General de 2 de febrero de 2012. Goutier/OAMI Euro Data ARANTAX. Marca comunitaria.

- ria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa comunitaria ARANTAX. Marca denominativa nacional anterior ANTAX. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento CE núm. 207/2009. Uso efectivo de la marca anterior. Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 80, de 17 de marzo de 2012.
47. Asunto T-424/10: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2012. Dosenbach-Ochsner/OAMI. Sisma Representación de elefantes en un rectángulo. Marca comunitaria. Procedimiento de nulidad. Marca figurativa comunitaria que representa elefantes en un rectángulo. Marcas figurativas internacional y nacional anteriores que representan un elefante y marca denominativa nacional anterior elefanten. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Similitud de los signos. Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento CE núm. 207/2009. Carácter distintivo de las marcas anteriores. *DOUE*, C, núm. 80, de 17 de marzo de 2012.
48. Asunto T-596/10: Sentencia del Tribunal General de 2 de febrero de 2012. Almunia Textil/OAMI. FIBA-Europe EuroBasket. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa EuroBasket. Marca comunitaria figurativa anterior Basket. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 80, de 17 de marzo de 2012.
49. Asunto T-64/11: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2012. Run2Day Franchise/OAMI. Runners Point Run2. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca figurativa comunitaria Run2. Marcas comunitarias denominativa y figurativa anteriores RUN2DAY. Marca figurativa anterior del Benelux RUN2DATE. 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. 80, de 17 de marzo de 2012.
50. Asunto T-33/11: Sentencia del Tribunal General de 14 de febrero de 2012. Peeters Landbouwmachines/OAMI. Fors MW BIGAB. Marca comunitaria. Procedimiento de nulidad. Marca comunitaria denominativa BIGAB. Motivo de denegación absoluto. Inexistencia de mala fe. Artículo 52, apartado 1, letra *b*), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 89, de 24 de marzo de 2012.
51. Asunto C-488/10: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 16 de febrero de 2012. Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante. Celaya Emparranza y Galdós Internacional, S.A./Proyectos Integrales de Balizamiento, S.L. Reglamento CE núm. 6/2002, artículo 19, apartado 1. Dibujos o modelos comunitarios. Infracción o intento de infracción de un dibujo o modelo. Concepto de «tercero». *DOUE*, C, núm. 98, de 31 de marzo de 2012.

52. Asunto C-45/11 P: Auto del Tribunal de Justicia, Sala Quinta, de 7 de diciembre de 2011. Deutsche Bahn AG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Recurso de casación. Marca comunitaria. Solicitud de registro de una marca comunitaria consistente en una combinación horizontal de los colores gris y rojo. Motivo de denegación absoluto. Falta de carácter distintivo. Reglamento CE núm. 207/2009, artículo 7, apartado 1, letra b). *DOUE*, C, núm. 109, de 14 de abril de 2012.
53. Asunto C-76/11 P: Auto del Tribunal de Justicia, Sala Octava, de 29 de noviembre de 2011. Tresplain Investments Ltd/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Hoo Hing Holdings Ltd. Recurso de casación. Marca comunitaria. Reglamento CE núm. 40/94, artículos 8, apartado 4, y 52, apartado 1, letra c). Marca gráfica comunitaria Golden Elephant Brand. Solicitud de nulidad basada en una marca gráfica nacional núm. registrada GOLDEN ELEPHANT. Remisión al Derecho nacional que regula la marca anterior. Régimen de la acción de «common law» por usurpación de denominación («action for passing off»). *DOUE*, C, núm. 109, de 14 de abril de 2012.
54. Asuntos acumulados T-77/10 y T-78/10: Sentencia del Tribunal General de 29 de febrero de 2012. Certmedica International/OAMI. Lehning entreprise L112 y Lehning entreprise/OAMI. Certmedica International L112. Marca comunitaria. Procedimiento de nulidad. Marca denominativa comunitaria L112. Marca denominativa francesa anterior L.114. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Similitud entre los productos. Similitud entre los signos. Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento CE núm. 207/2009. Falta de uso efectivo de la marca anterior. Artículo 57, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009. Declaración de nulidad parcial. *DOUE*, C, núm. 109, de 14 de abril de 2012.
55. Asunto T-525/10: Sentencia del Tribunal General de 29 de febrero de 2012. Azienda Agricola Colsalizi di Faganello Antonio/OAMI. Weinkellerei Lenz Moser SERVO SUO. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa comunitaria SERVO SUO. Marca denominativa comunitaria anterior SERVUS. Motivos de denegación relativos. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 109, de 14 de abril de 2012.
56. Asunto T-298/10: Sentencia del Tribunal General de 8 de marzo de 2012. Arrieta D. Gross/OAMI. International Biocentric Foundation y otros BIODANZA. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición Solicitud de marca comunitaria figurativa BIODANZA. Marca nacional denominativa anterior BIODANZA. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. Fallecimiento del solicitante de la marca antes de la adopción de la resolución de la Sala de Recurso. Admisibilidad del escrito de contestación. Falta de uso efectivo de la marca anterior. Artículo 42, apartados 2 y 3, del

Reglamento núm. 207/2009. Procedimiento ante la Sala de Recurso. Derecho de defensa. Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 118, de 21 de abril

57. **Asunto T-565/10: Sentencia del Tribunal General de 6 de marzo de 2012. ThyssenKrupp Steel Europe/OAMI. Highprotect. Marca comunitaria. Solicitud de marca comunitaria denominativa Highprotect. Motivos absolutos de denegación. Carácter descriptivo. Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 118, de 21 de abril de 2012.**
58. **Asunto T-288/08: Sentencia del Tribunal General de 15 de marzo de 2012. Cadila Healthcare/OAMI. Novartis ZYDUS. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa ZYDUS. Marca comunitaria denominativa anterior ZIMBUS. 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. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 126, de 28 de abril de 2012.**
59. **Asunto T-379/08: Sentencia del Tribunal General de 15 de marzo de 2012. Mustang/OAMI. Decathlon (línea ondulada). Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca figurativa comunitaria que representa una línea ondulada. Marcas figurativas anteriores nacional e internacional que representan una línea ondulada blanca sobre fondo negro. 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. 126, de 28 de abril de 2012.**
60. **Asunto T-32/10: Sentencia del Tribunal General de 9 de marzo de 2012. Ella Valley Vineyards/OAMI. HFP ELLA VALLEY VINEYARDS. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria figurativa ELLA VALLEY VINEYARDS. Marcas nacional y comunitaria anteriores ELLE. Motivo de denegación relativo. Riesgo de asociación. Vinculación entre los signos. Notoriedad. Falta de similitud entre los signos. Artículo 8, apartado 5, del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 126, de 28 de abril de 2012.**
61. **Asunto T-172/10: Sentencia del Tribunal General de 9 de marzo de 2012. Colas/OAMI. García-Teresa Gárate y Bouffard Vicente BASE-SEAL. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria figurativa BASE-SEAL. Marcas nacionales figurativas anteriores que representan un rombo. Marcas nacionales e internacionales figurativas anteriores COLAS. Motivo de denegación relativo. Similitud entre los signos. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 126, de 28 de abril de 2012.**

62. Asunto T-417/10: Sentencia del Tribunal General de 9 de marzo de 2012. Cortés del Valle López/OAMI. ¡Que buenu ye! HIJOPUTA. Marca comunitaria. Solicitud de marca comunitaria figurativa ¡Que buenu ye! HIJOPUTA. 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. 126, de 28 de abril de 2012.
63. Asunto T-207/11: Sentencia del Tribunal General de 9 de marzo de 2012. EyeSense/OAMI. Osypka Medical ISENSE. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa ISENSE. Marca nacional denominativa anterior EyeSense. 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. 126, de 28 de abril de 2012.
64. Asunto C-190/10: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 22 de marzo de 2012. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, España. Génesis Seguros Generales Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros (Génesis)/Boys Toys, S.A., Administración del Estado. Marca comunitaria. Definición y adquisición. Marca anterior. Modalidades de presentación. Presentación electrónica. Medio que permite identificar con precisión la fecha, la hora y el minuto de la presentación de la solicitud. *DOUE*, C, núm. 133, de 5 de mayo de 2012.
65. Asuntos acumulados C-90/11 y C-91/11: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 15 de marzo de 2012. Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Bundespatentgericht, Alemania. Alfred Strigl. Deutsches Patent- und Markenamt (asunto C-90/11), Securvita Gesellschaft zur Entwicklung alternativer Versicherungskonzepte mbH (asunto C-91/11)/Öko-Invest Verlagsgesellschaft mbH. Marcas. Directiva 2008/95/CE. Causas de denegación o de nulidad. Expresiones verbales constituidas por una combinación de palabras y un grupo de letras coincidentes con las iniciales de esas palabras. Carácter distintivo. Carácter descriptivo. Criterios de apreciación. *DOUE*, C, núm. 133, de 5 de mayo de 2012.
66. Asunto C-191/11: Auto del Tribunal de Justicia, Sala Octava, de 8 de febrero de 2012. Yorma's AG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Norma Lebensmittelbetrieb GmbH & Co. KG. Recurso de casación. Marca comunitaria. Reglamento CE núm. 40/94. Artículo 8, apartado 1, letra b). Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria figurativa que incluye el elemento denominativo «yorma's». Marca comunitaria denominativa anterior NORMA. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. *DOUE*, C, núm. 133, de 5 de mayo de 2012.
67. Asunto T-63/09: Sentencia del Tribunal General de 21 de marzo de 2012. Volkswagen/OAMI. Suzuki Motor SWIFT GTi. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca

comunitaria denominativa SWIFT GTi. Marcas internacional y nacional anteriores GTi. Motivos de denegación relativos. Similitud de los productos. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. Apreciación del riesgo de confusión. Desestimación de la oposición. *DOUE*, C, núm. 133, de 5 de mayo de 2012.

68. Asunto T-227/09: Sentencia del Tribunal General de 21 de marzo de 2012. Feng Shen Technology/OAMI. Majtczak FS. Marca comunitaria. Procedimiento de nulidad. Marca gráfica comunitaria FS. Mala fe del solicitante. Artículo 51, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 40/94, actualmente artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 133, de 5 de mayo de 2012.
69. Asunto T-157/10: Sentencia del Tribunal General de 23 de marzo de 2012. Barilla/OAMI. Brauerei Schlösser ALIXIR. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa ALIXIR. Marca nacional denominativa anterior Elixer. 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. 133, de 5 de mayo de 2012.
70. Asunto T-420/10: Sentencia del Tribunal General de 27 de marzo de 2012. Armani/OAMI. Del Prete AJ AMICI JUNIOR. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria figurativa AJ AMICI JUNIOR. Marca nacional figurativa anterior AJ ARMANI JEANS. Marca nacional denominativa anterior ARMANI JUNIOR. Motivo de denegación relativo. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 133, de 5 de mayo de 2012.
71. Asunto T-214/08: Sentencia del Tribunal General de 28 de marzo de 2012. Rehbein/OAMI. Dias Martinho OUTBURST. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria figurativa OUTBURST. Marca nacional denominativa anterior OUTBURST. Uso efectivo de la marca anterior. Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento CE núm. 40/94, actualmente artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento CE núm. 207/2009. Presentación de pruebas por primera vez ante la Sala de Recurso. Artículo 74, apartado 2, del Reglamento núm. 40/94, actualmente artículo 76, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009. Regla 22, apartado 2, del Reglamento CE núm. 2868/95. *DOUE*, C, núm. 138, de 12 de mayo de 2012.
72. Asunto T-41/09: Sentencia del Tribunal General de 28 de marzo de 2012. Hipp/OAMI. Nestlé Bebio. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa comunitaria Bebio. Marca denominativa comunitaria y marca denominativa internacional anteriores BEBA. Denegación parcial del registro. 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. 138, de 12 de mayo de 2012.

73. Asunto T-417/09: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2012. Poslovni Sistem Mercator/OAMI. Mercator Multihull MERCATOR STUDIOS. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa MERCATOR STUDIOS. Marcas nacionales e internacionales figurativas anteriores Mercator y Mercator Slovenska košarica. Motivo de denegación relativo. Falta de riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 2007/2009. Falta de menoscabo de la notoriedad. Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 138, de 12 de mayo de 2012.
74. Asunto T-369/10: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2012. You-Q/OAMI. Apple Corps BEATLE. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de la marca comunitaria figurativa BEATLE. Marcas nacionales y comunitaria denominativas y figurativas anteriores BEATLES y THE BEATLES. Motivo de denegación relativo. Artículo 8, apartado 5, del Reglamento CE núm. 207/2009. Notoriedad. Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de las marcas anteriores. *DOUE*, C, núm. 138, de 12 de mayo de 2012.
75. Asunto T-547/10: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2012. Omya/OAMI. Alpha Calcit CALCIMATT. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa CALCIMATT. Marca comunitaria denominativa anterior CALCILAN. Motivos de denegación relativos. Riesgo de confusión. Similitud de los signos. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. Denegación de registro. *DOUE*, C, núm. 138, de 12 de mayo de 2012.
76. Asunto T-242/11: Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2012. Kaltenbach & Voigt/OAMI. 3D eXam. Marca comunitaria. Registro internacional. Solicitud de extensión territorial de la protección. Marca figurativa 3D eXam. 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. 138, de 12 de mayo de 2012.
77. Asunto T-326/11: Sentencia del Tribunal General de 25 de abril de 2012. Brainlab/OAMI. BrainLAB. Marca comunitaria. Marca denominativa comunitaria BrainLAB. Inexistencia de solicitud de renovación del registro de la marca. Cancelación de la marca a la expiración del registro. Petición de restitución in integrum. Artículo 81 del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 165, de 9 de junio de 2012.
78. Asunto T-326/11: Sentencia del Tribunal General de 25 de abril de 2012. Brainlab/OAMI. BrainLAB. Marca comunitaria. Marca denominativa comunitaria BrainLAB. Inexistencia de solicitud de renovación del registro de la marca. Cancelación de la marca a la

expiración del registro. Petición de restituito in integrum. Artículo 81 del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 165, de 9 de junio de 2012.

79. Asunto T-270/10: Sentencia del Tribunal General de 3 de mayo de 2012. Conceria Kara/OAMI. Dima KARRA. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa KARRA. Marcas nacionales y comunitaria figurativas anteriores Kara, Denominación social Conceria Kara Srl y nombre comercial Kara. Motivos de denegación relativos. Artículo 75, primera frase, del Reglamento CE núm. 207/2009; artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento CE núm. 207/2009; artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento CE núm. 207/2009; artículo 8, apartado 4, del Reglamento CE núm. 207/2009; artículo 8 del Convenio de París Mala fe. *DOUE*, C, núm. 174, de 16 de junio de 2012.
80. Asunto T-435/11: Sentencia del Tribunal General de 2 de mayo de 2012. Universal Display/OAMI. UniversalPHOLED. Marca comunitaria. Registro internacional que designa la Comunidad Europea. Solicitud de marca comunitaria denominativa UniversalPHOLED. Motivo de denegación absoluto. Carácter descriptivo. Artículo 7, apartado 1, letra *c*), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 174, de 16 de junio de 2012.
81. Asunto T-244/10: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2012. Tsakiris-Mallas/OAMI. Seven 7 Seven Fashion Shoes. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca figurativa comunitaria 7 Seven Fashion Shoes. Marcas figurativas nacionales anteriores Seven y 7seven. Denegación parcial de registro. Motivos de denegación relativos. Riesgo de confusión. Similitud de los signos. Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 184, de 23 de junio de 2012.
82. Asunto T-331/10: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2012. Yoshida Metal Industry/OAMI. Pi-Design y otros. Representación de una superficie triangular con lunares negros. Marca comunitaria. Procedimiento de nulidad. Marca comunitaria figurativa que representa una superficie con lunares negros. Forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico. Artículo 7, apartado 1, letra *e*), inciso ii, del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 184, de 23 de junio de 2012.
83. Asunto T-348/10: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2012. Panzeri/OAMI. Royal Trophy Royal Veste e premia lo sport. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca figurativa comunitaria Royal Veste e premia lo sport. Marcas denominativas anteriores comunitaria e internacional veste lo sport. Marca figurativa anterior núm. registrada panzeri veste lo sport. Motivos de denegación relativos. Artículo 8, apartados 1, letra *b*), y 4, del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 184, de 22 de junio de 2012.

84. **Asunto T-416/10: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2012. Yoshida Metal Industry/OAMI. Pi-Design y otros. Representación de una superficie con lunares negros. Marca comunitaria. Procedimiento de nulidad. Marca comunitaria figurativa que representa una superficie con lunares negros. Forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico. Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii, del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 184, de 23 de junio de 2012.**
85. **Asunto T-101/11: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2012. Mizuno/OAMI. Golfito G. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria figurativa G. Marca comunitaria figurativa anterior G+. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 184, de 22 de junio de 2012.**
86. **Asunto T-325/11: Sentencia del Tribunal General de 10 de mayo de 2012. Amador López/OAMI. AUTOCOACHING. Marca comunitaria. Solicitud de marca comunitaria denominativa AUTO-COACHING. Motivo de denegación absoluto. Carácter descriptivo. Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 184, de 23 de junio de 2012.**
87. **Asunto C-100/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 10 de mayo de 2012. Helena Rubinstein, L'Oréal SA/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Allergan Inc. Recurso de casación. Marca comunitaria Reglamento CE núm. 40/94, artículo 8, apartado 5. Marcas comunitarias denominativas BOTOLIST y BOTOCYL. Marcas figurativas y denominativas, comunitarias y nacionales BOTOX. Declaración de nulidad. Motivos de denegación relativos. Perjuicio para la notoriedad. DOUE, C, núm. 194, de 30 de junio de 2012.**
88. **Asunto C-334/11 P: Auto del Tribunal de Justicia, Sala Quinta, de 29 de marzo de 2012. Lancôme parfums et beauté & Cie/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Focus Magazin Verlag GmbH. Recurso de casación. Marca comunitaria. Marca denominativa ACNO FOCUS. Oposición del titular de la marca nacional denominativa FOCUS. Denegación de registro. Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento CE núm. 40/94. Marca anterior registrada desde hace al menos cinco años. DOUE, C, núm. 194, de 30 de junio de 2012.**
89. **Asunto T-580/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de mayo de 2012. Wohlfahrt/OAMI. Ferrero Kindertraum. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de la marca denominativa comunitaria Kindertraum. Marca denominativa nacional anterior Kinder. Motivo de denegación relativo. Prueba de uso de la marca anterior. Artículo 42, apartado 2, del Reglamento CE núm. 207/2009. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 194, de 30 de junio de 2012.**

90. **Asunto T-280/11: Sentencia del Tribunal General de 15 de mayo de 2012. Ewald/OAMI. Kin Cosmetics Keen. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa comunitaria Keen. Marca gráfica comunitaria KIN. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Semejanza entre los signos. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 194, de 30 de junio de 2012.**
91. **Asunto C-98/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, de 24 de mayo de 2012. Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG/ Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Recurso de casación. Marca comunitaria. Motivo de denegación absoluto. Falta de carácter distintivo. Signo tridimensional constituido por la forma de un conejo de chocolate con lazo rojo. DOUE, C, núm. 200, de 7 de julio de 2012.**
92. **Asunto C-196/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 24 de mayo de 2012. Formula One Licensing BV/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Global Sports Media Ltd. Recurso de casación. Marca comunitaria. Marca figurativa F1-LIVE. Oposición del titular de las marcas denominativas internacionales y nacionales F1 y de una marca figurativa comunitaria F1 Formula 1. Falta de carácter distintivo Elemento descriptivo. Supresión de la protección otorgada a una marca nacional anterior. Riesgo de confusión. DOUE, C, núm. 200, de 7 de julio de 2012.**
93. **Asunto T-371/09: Sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2012. Retractable Technologies/OAMI. Abbott Laboratories RT. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria figurativa RT. Marca nacional denominativa anterior RTH. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 200, de 7 de julio de 2012.**
94. **Asunto T-169/10: Sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2012. Grupo Osborne/OAMI. Industria Licorera Quezalteca TORO XL. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa comunitaria TORO XL. Marca figurativa comunitaria anterior XL. Motivo de denegación relativo. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009. Inexistencia de riesgo de confusión. DOUE, C, núm. 200, de 7 de julio de 2012.**
95. **Asunto T-233/10: Sentencia del Tribunal General de 25 de mayo de 2012. Nike International/OAMI. Intermar Simanto Nahmias JUMPMAN. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa JUMPMAN. Marca nacional denominativa anterior JUMP. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 200, de 7 de julio de 2012.**

96. **Asunto T-273/10: Sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2012. Olive Line International/OAMI. Umbria Olii Internatinal O-LIVE. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca figurativa comunitaria O-LIVE. Marcas figurativas y denominativa comunitaria y españolas anteriores Olive line. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 200, de 7 de julio de 2012.**
97. **Asunto T-546/10: Sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2012. Nordmilch/OAMI. Lactimilk MILRAM. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa comunitaria MILRAM. Marcas denominativas y figurativa nacionales anteriores RAM. Motivo de denegación relativo. Similitud de los productos y los signos. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 200, de 7 de julio de 2012.**
98. **Asunto T-570/10: Sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2012 Environmental Manufacturing/OAMI. Wolf Representación de una cabeza de lobo. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa una cabeza de lobo. Marcas nacionales e internacionales figurativas anteriores WOLF Jardin y Outils WOLF. Motivos de denegación relativos. Perjuicio para el carácter distintivo o el renombre de la marca anterior. Artículo 8, apartado 5, del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 200, de 7 de julio de 2012.**
99. **Asunto T-585/10: Sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2012. Aitic Penteo/OAMI. Atos Worldline PENTEIO. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa comunitaria PENTEIO. Marcas denominativas anteriores del Benelux e internacional XENTEIO. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009; artículos 75 y 76 del Reglamento núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 200, de 7 de julio de 2012.**
100. **Asunto T-60/11: Sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2012. Kraft Foods Global Brands/OAMI. Fenaco SUISSE PREMIUM. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca figurativa comunitaria SUISSE PREMIUM. Marca figurativa comunitaria anterior Premium. Motivo de denegación relativo. Inexistencia de riesgo de confusión. Desestimación de la oposición. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 200, de 7 de julio de 2012.**
101. **Asunto T-110/11: Sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2012. Asa/OAMI. Merck FEMIFERAL. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa FEMIFERAL. Marcas nacionales denominativa anterior Feminatal y figurativa anterior feminatal. Motivo de**

- denegación relativo. Similitud entre los signos. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 200, de 7 de julio de 2012.
102. Asunto T-152/11: Sentencia del Tribunal General de 24 de mayo de 2012. TMS Trademark-Schutzrechtsverwertungsgesellschaft/OAMI. Comercial Jacinto Parera MAD. Marca comunitaria. Procedimiento de caducidad. Marca comunitaria figurativa MAD. Uso efectivo de la marca. Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento CE núm. 207/2009. Forma que difiere en elementos que no alteran el carácter distintivo. Artículo 15, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 200, de 7 de julio de 2012.
103. Asunto T-179/11: Sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2012. Sport Eybl & Sports Experts/OAMI. Seven SEVEN SUMMITS. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria figurativa SEVEN SUMMITS. Marca comunitaria figurativa anterior Seven. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 200, de 7 de julio de 2012.
104. Asuntos acumulados T-492/09 y T-147/10: Sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2012. Meda Pharma/OAMI. Nycomed ALLERNIL. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Registro internacional que designa la Comunidad Europea. Marca denominativa ALLERNIL. Solicitud de marca comunitaria denominativa ALLERNIL. Marca nacional denominativa anterior ALLERGODIL. Motivo de denegación relativo. Inexistencia de riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. Motivación. Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 217, de 21 de julio de 2012.
105. Asunto T-293/10: Sentencia del Tribunal General de 14 de junio de 2012. Seven Towns/OAMI. Representación de siete cuadrados de distintos colores. Marca comunitaria. Solicitud de una marca comunitaria que representa siete cuadrados de distintos colores. Signo que puede constituir una marca comunitaria. Artículo 4 del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 217, de 21 de julio de 2012.
106. Asunto T-342/10: Sentencia del Tribunal General de 13 de junio de 2012. Hartmann/OAMI. Mölnlycke Health Care MESILETTE. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa comunitaria MESILETTE. Marcas denominativas nacional e internacional anteriores MEDINETTE. Motivo de denegación relativo. Inexistencia de riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 217, de 21 de julio de 2012.

107. **Asunto T-519/10: Sentencia del Tribunal General de 13 de junio de 2012. Seikoh Giken/OAMI. Seiko Holdings SG SEIKOH GIKEN. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Registro internacional. Solicitud de extensión territorial de la protección. Marca figurativa SG SEIKOH GIKEN. Marca denominativa comunitaria anterior SEIKO. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 217, de 21 de julio de 2012.**
108. **Asunto T-534/10: Sentencia del Tribunal General de 13 de junio de 2012. Organismos Kypriakis Galaktokomikis Viomichanias/OAMI. Garmo HELLIM. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa HELLIM. Marca comunitaria colectiva denominativa anterior HALLOUMI. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. Derecho a ser oído. Artículo 63, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 217, de 21 de julio de 2012.**
109. **Asunto T-535/10: Sentencia del Tribunal General de 13 de junio de 2012. Organismos Kypriakis Galaktokomikis Viomichanias/OAMI. Garmo GAZI Hellim. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca figurativa comunitaria GAZI Hellim. Marca comunitaria colectiva denominativa anterior HALLOUMI. Motivo de denegación relativo. Similitud de los signos. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 217, de 21 de julio de 2012.**
110. **Asunto T-542/10: Sentencia del Tribunal General de 13 de junio de 2012. XXXLutz Marken/OAMI. Meyer Manufacturing CIRCÓN. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa comunitaria CIRCÓN. Marca denominativa comunitaria anterior CIRCULÓN. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Similitud de los signos. Carácter distintivo elevado. Notoriedad. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. Procedimiento ante la Sala de Recurso. Derecho de defensa. Artículos 75 y 76 del Reglamento núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 217, de 21 de julio de 2012.**
111. **Asunto T-165/11: Sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2012. Stichting Regionaal Opleidingencentrum van Amsterdam/OAMI. Investimust COLLEGE. Marca comunitaria. Procedimiento de nulidad. Marca comunitaria denominativa COLLEGE. Motivo de denegación absoluto. Falta de carácter descriptivo. Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 217, de 21 de julio de 2012.**
112. **Asunto T-277/11: Sentencia del Tribunal General de 13 de junio de 2012. Hotel Reservation Service Robert Rague/OAMI. Promotora Imperial iHotel. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa iHotel.**

- Marca comunitaria figurativa anterior i-hotel. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 217, de 21 de julio de 2012.**
113. **Asunto T-312/11: Sentencia del Tribunal General de 13 de junio de 2012. Süd-Chemie/OAMI. Byk-Cera CERATIX. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa comunitaria CERATIX. Marca denominativa nacional anterior CERATOFIX. Uso efectivo de la marca anterior. Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 217, de 21 de julio de 2012.**
114. **Asunto T-276/09: Sentencia del Tribunal General de 21 de junio de 2012. Kavaklidere-Europe/OAMI. Yakult Honsha Yakut. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa Yakut. Marca comunitaria figurativa anterior Yakult. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 227, de 28 de julio de 2012.**
115. **Asunto T-357/10: Sentencia del Tribunal General de 20 de junio de 2012. Kraft Foods Schweiz/OAMI. Compañía Nacional de Chocolates CORONA. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca figurativa comunitaria CORONA. Marcas denominativas nacionales anteriores KARUNA y KARUNA. Motivos de denegación relativos. Inexistencia de riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009; artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 227, de 28 de julio de 2012.**
116. **Asunto T-514/10: Sentencia del Tribunal General de 21 de junio de 2012. Fruit of the Loom/OAMI. Blueshore Management FRUIT. Marca comunitaria. Procedimiento de caducidad. Marca comunitaria denominativa FRUIT. Falta de uso. Artículo 15, apartado 1, letra a), y artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 227, de 28 de julio de 2012.**
117. **Asunto T-557/10: Sentencia del Tribunal General de 19 de junio de 2012. H.Eich/OAMI. Arav H.EICH. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa comunitaria H.EICH. Marca gráfica nacional anterior H SILVAN HEACH. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 227, de 28 de julio de 2012.**
118. **Asunto T-527/10: Auto del Tribunal General de 16 de diciembre de 2011. Google/OAMI. G-mail (GMail). Marca comunitaria. Oposición. Retirada de la oposición. Sobreseimiento. DOUE, C, núm. 227, de 28 de julio de 2012.**
119. **Asunto C-81/11 P: Auto del Tribunal de Justicia, Sala Quinta, de 8 de marzo de 2012. Longevity Health products, Inc./Oficina de**

- Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Recurso de casación. Marca comunitaria. Reglamento CE núm. 40/94, artículo 8, apartado 1, letra *b*). Solicitud de registro de la marca comunitaria denominativa RESVEROL. Oposición del titular de la marca internacional denominativa anterior LES-TEROL. Apreciación del riesgo de confusión. Derecho de defensa. *DOUE, C*, núm. 235, de 4 de agosto de 2012.
120. Asunto C-87/11 P: Auto del Tribunal de Justicia, Sala Sexta, de 21 de marzo de 2012. Fidelio KG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelo). Recurso de casación. Artículo 119 del Reglamento de procedimiento. Marca comunitaria Reglamento CE núm. 40/94, artículo 7, apartado 1, letra *c*). Marca denominativa Hallux. Denegación de registro. Motivo absoluto. *DOUE, C*, núm. 235, de 4 de agosto de 2012.
121. Asunto C-354/11 P: Auto del Tribunal de Justicia, Sala Séptima, de 22 de marzo de 2012. Maurice Emram/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Guccio Gucci SpA. Recurso de casación. Artículo 119 del Reglamento de Procedimiento. Marca comunitaria. Reglamento CE núm. 40/94, artículo 8, apartado 1, letra *b*). Solicitud de registro de la marca gráfica G. Marcas. *DOUE, C*, núm. 235, de 4 de agosto de 2012.
122. Asunto C-406/11 P: Auto del Tribunal de Justicia, Sala Sexta, de 9 de marzo de 2012. Atlas Transport GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Atlas Air Inc. Recurso de casación. Artículo 119 del Reglamento de Procedimiento. Marca comunitaria. Procedimiento de nulidad. Admisibilidad ante la Sala de Recurso. Falta de presentación de un escrito en el que se expongan los motivos del recurso Reglamento CE núm. 40/94, artículo 59 Reglamento CE núm. 2868/95, Regla 49, apartado 1. Suspensión del procedimiento. Reglamento CE núm. 2868/95, Regla 20, apartado 7, letra *c*). Recurso de casación manifiestamente inadmisibile y manifiestamente infundado. *DOUE, C*, núm. 235, de 4 de agosto de 2012.
123. Asunto T-344/09: Sentencia del Tribunal General de 27 de junio de 2012. Hearst Communications/OAMI. Vida Estética COSMOBELLEZA. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa COSMOBELLEZA. Marcas nacionales e internacionales denominativas y figurativas anteriores COSMO, COSMOPOLITAN, COSMOTEST, COSMOPOLITAN TELEVISION y THE COSMOPOLITAN SHOW. Marcas no registradas y nombres comerciales COSMO y COSMOPOLITAN. Motivos de denegación relativos. Inexistencia de riesgo de confusión. Falta de similitud entre las marcas. Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE, C*, núm. 235, de 4 de agosto de 2012.
124. Asunto T-134/09: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2012. Basile e I Marchi Italiani/OAMI. Osra B. Antonio Basile 1952. Marca comunitaria. Procedimiento de nulidad. Marca

- comunitaria figurativa B. Antonio Basile 1952. Marca nacional denominativa anterior BASILE. Motivo de denegación relativo. Caducidad por tolerancia. Artículo 53, apartado 2, del Reglamento CE núm. 40/94, actualmente artículo 54, apartado 2, del Reglamento CE núm. 207/2009. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, del Reglamento CE núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE, C*, núm. 243, de 11 de agosto de 2012.
125. Asunto T-466/09: Sentencia del Tribunal General de 5 de julio de 2012. Comercial Losan/OAMI. McDonald's International Property Mc. Baby. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria figurativa Mc. Baby. Marca comunitaria figurativa anterior Mc Kids. always quality. always fun! Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, núm. 243, de 11 de agosto de 2012.
126. Asunto T-209/10: Sentencia del Tribunal General de 5 de julio de 2012. Deutscher Ring/OAMI. Deutscher Ring Sachversicherungs-AG. Marca comunitaria. Solicitud de marca comunitaria denominativa Deutscher Ring Sachversicherungs-AG. Motivos de denegación absolutos. Carácter descriptivo. Carácter distintivo artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE, C*, núm. 243, de 11 de agosto de 2012.
127. Asunto T-314/10: Sentencia del Tribunal General de 28 de junio de 2012. Constellation Brands/OAMI. COOK'S. Marca comunitaria. Marca comunitaria denominativa COOK'S. Inexistencia de solicitud de renovación de la marca. Cancelación de la marca tras la expiración del registro. Petición de restitutio in integrum. Artículo 81 del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, núm. 243, de 11 de agosto de 2012.
128. Asunto T-523/10: Sentencia del Tribunal General de 27 de junio de 2012. Interkobo/OAMI. XXXLutz Marken my baby. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria figurativa my baby. Marcas nacional e internacional denominativas anteriores MYBABY y marca nacional figurativa anterior mybaby. Motivo de denegación relativo. Falta de presentación de pruebas en la lengua de procedimiento de la oposición. Confianza legítima. Regla 19, apartado 3, regla 20, apartado 1, y regla 98, apartado 1, del Reglamento CE núm. 2868/95. *DOUE, C*, núm. 243, de 11 de agosto de 2012.
129. Asunto C-307/10: Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 19 de junio de 2012. Petición de decisión prejudicial planteada por The Person Appointed by the Lord Chancellor, Reino Unido. The Chartered Institute of Patent Attorneys/Registrar of Trade Marks. Marcas. Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros. Directiva 2008/95/CE. Identificación de los productos o los servicios para los que se solicita la protección de la marca. Exigencias de claridad y de precisión. Utilización de los títulos de

las clases de la Clasificación de Niza para el registro de las marcas. Admisibilidad. Amplitud de la protección conferida por la marca». *DOUE*, C, núm. 250, de 18 de agosto de 2012.

130. **Asunto T-60/10: Sentencia del Tribunal General de 6 de julio de 2012. Jackson International/OAMI. Royal Shakespeare ROYAL SHAKESPEARE. Marca comunitaria. Procedimiento de nulidad. Marca comunitaria denominativa ROYAL SHAKESPEARE. Marca comunitaria denominativa anterior RSC-ROYAL SHAKESPEARE COMPANY. Motivos de nulidad relativos. Marca de renombre. Artículo 53, apartado 1, letra a), y artículo 8, apartado 5, del Reglamento CE núm. 207/2009. Riesgo de asociación. Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o del renombre de la marca anterior. *DOUE*, C, núm. 250, de 18 de agosto de 2012.**
131. **Asunto T-559/10: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2012. Laboratoire Garnier/OAMI. Natural beauty. Marca comunitaria. Solicitud de marca comunitaria figurativa natural beauty. Motivo de denegación absoluto. Carácter descriptivo. Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento CE núm. 207/2009». *DOUE*, C, núm. 250, de 18 de agosto de 2012.**
132. **Asunto T-135/11: Sentencia del Tribunal General de 10 de julio de 2012. Clorox/OAMI. Industrias Alen CLORALEX. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa CLORALEX. Marcas nacionales denominativas anteriores CLOROX. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Similitud entre los signos. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 250, de 18 de agosto de 2012.**
133. **Asunto C-306/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Quinta, de 28 de junio de 2012. XXXLutz Marken GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Natura Selection, SL. Recurso de casación. Marca comunitaria. Reglamento CE núm. 40/94. Marca gráfica Línea Natura Natur hat immer Stil. Oposición del titular de la marca gráfica comunitaria natura selection. Motivos de denegación relativos. Riesgo de confusión. *DOUE*, C, núm. 258, de 25 de agosto de 2012.**
134. **Asunto C-307/11 P: Auto del Tribunal de Justicia, Sala Quinta, de 26 de abril de 2012. Deichmann SE/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Recurso de casación. Marca comunitaria. Reglamento CE núm. 40/94, artículo 7, apartado 1, letra b). Motivo de denegación absoluto. Falta de carácter distintivo. Signo figurativo que representa un ángulo bordeado por una línea discontinua. *DOUE*, C, núm. 258, de 25 de agosto de 2012.**
135. **Asunto T-255/09: Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2012. Caixa Geral de Depósitos/OAMI. Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa». Marca comunitaria. Procedimien-**

- to de oposición. Solicitud de marca comunitaria figurativa la caixa. Marca portuguesa denominativa anterior CAIXA. Marcas nacionales denominativas y figurativas anteriores. 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. 258, de 25 de agosto de 2012.
136. Asunto T-279/09: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2012. Aiello/OAMI. Cantón ITC 100 % Capri. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Notificación del escrito del oponente ante la Sala de Recurso. Regla 50, apartado 1, regla 20, apartado 2, y regla 67, apartado 1, del Reglamento CE núm. 2868/95. Derecho de defensa. *DOUE*, C, núm. 258, de 25 de agosto de 2012.
137. Asunto T-346/09: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2012. Winzer Pharma/OAMI. Alcon BAÑOFTAL. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa BAÑOFTAL. Marcas nacionales denominativas anteriores KAN-OPHTAL y PAN-OPHTAL. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 258, de 25 de agosto de 2012.
138. Asunto T-470/09: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2012. Medi/OAMI. medi. Marca comunitaria. Solicitud de la marca denominativa comunitaria medi. Motivo de denegación absoluto. Falta de carácter distintivo. Artículo 7, apartados 1, letra b), y 2, del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 258, de 25 de agosto de 2012.
139. Asunto T-334/10: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2012. Leifheit/OAMI. Vermop Salmon Twist System. Marca comunitaria. Procedimiento de nulidad. Marca comunitaria denominativa Twist System. Marcas comunitarias denominativas anteriores TWIX y TWIXTER. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Artículos 8, apartado 1, letra b), y 53, apartado 1, letra a), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 258, de 25 de agosto de 2012.
140. Asunto T-517/10: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2012. Pharmazeutische Fabrik Evers/OAMI. Ozone Laboratories Pharma HYPOCHOL. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa HYPOCHOL. Marca nacional figurativa anterior HITRECHOL. Motivo de denegación relativo. Inexistencia de riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 258, de 25 de agosto de 2012.
141. Asunto T-61/11: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2012. Vermop Salmon/OAMI. Leifheit Clean Twist. Marca comunitaria. Procedimiento de nulidad. Marca comunitaria deno-

- minativa Clean Twist. Marcas comunitarias denominativas anteriores TWIX y TWIXTER. Motivo de denegación relativo. Inexistencia de riesgo de confusión. Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 258, de 25 de agosto de 2012.
142. Asunto T-170/11: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2012. Rivella International/OAMI. Baskaya di Baskaya Alim BASKAYA. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria figurativa BASKAYA. Marca internacional figurativa anterior Passaia. Prueba del uso efectivo de la marca anterior Territorio pertinente. Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 258, de 25 de agosto de 2012.
143. Asunto T-227/11: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2012. Wall/OAMI. Bluepod Media Worldwide bluepod MEDIA. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca figurativa comunitaria bluepod MEDIA. Marca figurativa comunitaria anterior blue spot y marcas denominativas internacional y nacional anteriores BlueSpot. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 258, de 25 de agosto de 2012.
144. Asunto T-323/11: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2012. Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston/OAMI. Forma de una botella. Marca comunitaria. Motivos de denegación absolutos. Solicitud de marca tridimensional. Forma de una botella. Falta de carácter distintivo. Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 258, de 25 de agosto de 2012.
145. Asunto T-361/11: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2012. Hand Held Products/OAMI. Orange Brand Services DOLPHIN. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca denominativa comunitaria DOLPHIN. Marca denominativa comunitaria anterior DOLPHIN. Desestimación parcial de la oposición. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 258, de 25 de agosto de 2012.
146. Asunto T-389/11: Sentencia del Tribunal General de 12 de julio de 2012. Guccio Gucci/OAMI. Chang Qing Qing GUDDY. Marca comunitaria. Procedimiento de oposición. Solicitud de marca comunitaria denominativa GUDDY. Marca comunitaria denominativa anterior GUCCI. Motivo de denegación relativo. Riesgo de confusión. Carácter distintivo elevado de la marca anterior a causa del conocimiento que de ella tiene el público. Prueba. Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 207/2009. Obligación de motivación, artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 258, de 25 de agosto de 2012.

PROPIEDAD INTELECTUAL

147. **Asunto C-277/10: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 9 de febrero de 2012.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Handelsgericht Wien, Austria. Martin Luksan/Petrus van der Let. Procedimiento prejudicial. Aproximación de las legislaciones. Propiedad intelectual. Derechos de autor y derechos afines. Directivas 93/83/CEE, 2001/29/CE, 2006/115/CE y 2006/116/CE. Reparto de los derechos de explotación de una obra cinematográfica por acuerdo contractual entre el director principal y el productor de la obra. Normativa nacional que atribuye esos derechos, exclusivamente y de pleno derecho, al productor de la película. Posibilidad de excluir la aplicación de dicha norma por acuerdo entre las partes. Derechos de remuneración consiguientes. *DOUE*, C, núm. 80, de 17 de marzo de 2012.
148. **Asunto C-360/10: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 16 de febrero de 2012.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank van eerste aanleg te Brussel, Bélgica. Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA Sabam/Netlog NV. Sociedad de la información. Derechos de autor. Internet. Prestador de servicios de alojamiento de datos. Tratamiento de la información almacenada en una plataforma de red social en línea. Establecimiento de un sistema de filtrado de esa información para impedir la puesta a disposición de archivos que vulneren los derechos de autor. Inexistencia de una obligación general de supervisión de la información almacenada. *DOUE*, C, núm. 98, de 31 de marzo de 2012.
149. **Asunto C-604/10: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 1 de marzo de 2012.** Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal, England & Wales, Civil Division. Reino Unido. Football Dataco Ltd y otros/Yahoo UK Limited y otros. Directiva 96/9/CE. Protección jurídica de las bases de datos. Derechos de autor. Calendarios de encuentros de campeonatos de fútbol. *DOUE*, C, núm. 118, de 21 de abril de 2012.
150. **Asunto T-450/08: Sentencia del Tribunal General de 9 de marzo de 2012.** Coverpla/OAMI. Heinz-Glas (Frasco). Dibujo o modelo comunitario. Procedimiento de nulidad. Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un frasco. Dibujo o modelo anterior. Motivo de nulidad. Divulgación del dibujo o modelo anterior. Falta de novedad artículos 5 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento CE núm. 6/2002. *DOUE*, C, núm. 126, de 28 de abril de 2012.
151. **Asunto C-135/10: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 15 de marzo de 2012.** Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte di Appello di Torino, Italia. SCF Consorzio Fonografici/Marco Del Corso. Derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. Aplicación directa en el ordenamiento jurídico de la Unión de la Convención de Roma, del Acuerdo sobre los ADPIC y del WPPT. Directiva 92/100/CEE, artículo 8, apartado 2 Directiva 2001/29/CE. Concepto de “comunicación al público”. Comunicación al público de fonogramas en el

- marco de emisiones radiofónicas recibidas en la sala de espera de un dentista. *DOUE*, C, núm. 133, de 5 de mayo de 2012.
152. Asunto C-162/10: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 15 de marzo de 2012. Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Ireland, Irlanda. Phonographic Performance Ireland Ltd/Ireland, Attorney General. Derechos de autor y derechos afines. Directiva 2006/115/CE. Conceptos de «usuario» y de «comunicación al público». Difusión de fonogramas mediante aparatos de radio o televisión instalados en habitaciones de hoteles. *DOUE*, C, núm. 133, de 5 de mayo de 2012.
153. Asunto C-461/10: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 19 de abril de 2012. Petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta domstolen, Suecia. Bonnier Audio AB, Earbooks AB, Norstedts Förlagsgrupp AB, Piratförlaget AB, Storyside AB/Perfect Communication Sweden AB. Derechos de autor y derechos afines. Tratamiento de datos por Internet. Vulneración de un derecho exclusivo. Audiolibros a los que se posibilita el acceso gracias a un servidor FTP a través de Internet mediante una dirección IP proporcionada por el operador de Internet. Requerimiento al operador de Internet para que facilite el nombre y la dirección del usuario de la dirección IP. *DOUE*, C, núm. 165, de 9 de junio de 2012.
154. Asunto C-406/10: Sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 2 de mayo de 2012. Petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice, Chancery Division, Reino Unido. SAS Institute Inc./World Programming Ltd. Propiedad intelectual. Directiva 91/250/CEE. Protección jurídica de los programas de ordenador. Artículos 1, apartado 2, y 5, apartado 3. Alcance de la protección. Creación directa o por otro proceso. Programa de ordenador protegido por los derechos de autor. Reproducción de las funciones por un segundo programa sin acceso al código fuente del primero. Descompilación del código objeto del primer programa de ordenador. Directiva 2001/29/CE. Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, artículo 2, letra *a*). Manual de utilización de un programa de ordenador. Reproducción en otro programa de ordenador. Violación de los derechos de autor. Requisito. Expresión de la creación intelectual propia del autor del manual de utilización. *DOUE*, C, núm. 174, de 16 de junio de 2012.
155. Asunto C-510/10: Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 26 de abril de 2012. Petición de decisión prejudicial planteada por el Østre Landsret, Dinamarca. DR, TV2 Danmark A/S/NCB Nordisk Copyright Bureau. Aproximación de las legislaciones. Derechos de autor y derechos afines. Directiva 2001/29/CE, artículo 5, apartado 2, letra *d*). Derecho de comunicación al público de obras. Excepción al derecho de reproducción. Grabaciones efímeras de obras, realizadas por organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones. Grabación realizada con los medios de un tercero. Obligación del organismo de radiodifusión de reparar todo efecto perjudicial de las acciones y omisiones del tercero. *DOUE*, C, núm. 174, de 16 de junio de 2012.

BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**

Libros

MUÑIZ ESPADA, Esther: *Revisión crítica de la figura de la novación, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2011, 313 pp.*

La presente monografía de la Dra. Muñiz Espada pretende hacer reflexionar al lector sobre una institución jurídica clásica del Derecho civil, cuya regulación legal ha suscitado opiniones dispares en cuanto a su mantenimiento o supresión. Nos referimos a la novación, regulada de forma general en los artículos 1203 y 1204 del Código Civil. El primero prevé que las obligaciones pueden modificarse variando su objeto o sus condiciones principales –novación objetiva–, sustituyendo la persona del deudor o subrogando a un tercero en los derechos del acreedor –novación subjetiva– (de hecho, dicho precepto comienza «las obligaciones pueden modificarse»); mientras que el segundo contempla la extinción de la obligación por otra que la sustituya, siempre y cuando así se declare terminantemente por las partes o la antigua y la nueva sean del todo incompatibles. De esta normativa se han originado las ya conocidas novación modificativa o impropia (cuando no tiene lugar la extinción de la obligación) y la extintiva o propia (que sí tiene efectos extintivos). Esta aparente claridad de los efectos de la novación se ve enturbiada tanto por el artículo 1156 del mismo cuerpo legal como por la propia regulación de la novación y su evolución histórica. En efecto, el Código Civil configura la novación como una forma de extinguir la obligación, luego no como una vía para modificarla; los artículos 1205 y 1206 CC, que hacen referencia a la novación del deudor, emplean los conceptos de deudor «primitivo» y «nuevo deudor», lo que parece denotar una voluntad extintiva y no meramente modificativa de la obligación; y desde un punto de vista histórico, el Derecho romano configuraba la novación como un mecanismo de extinción de las obligaciones [ver en este sentido Ulpiano, D. 46, 2, 1 pr.; «*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem (vel civilem vel naturalem itp.) transfusio atque translatio, hoc est, cum ex precedenti causa ita nova constituitur, ut prior perematur; novatio enim a “novo” nomen accepit, et a “nova” obligatione*»]. A ello puede añadirse, como bien resalta la autora, una tercera clase de novación aceptada por la jurisprudencia, la denominada «novación por especiales circunstancias de emergencia o razones de conveniencia temporal», que aumenta la confusión en torno a esta institución. Por lo tanto, la obra de la Dra. Muñiz Espada encuentra su justificación en los siguientes motivos:

a) En primer lugar, en la necesidad de analizar nuevamente la institución de la novación, pero con la voluntad de encontrar una solución definitiva a su deficiente regulación. Efectivamente, la autora constata en la Parte I de su obra que estas deficiencias no han pasado inadvertidas para la doctrina, que ha resaltado no solo la confusión terminológica del Código Civil sino también la relación existente entre la novación extintiva o meramente modificativa de la relación obligacional y la autonomía de la voluntad de las partes recogida en el artículo 1255 del Código Civil. La Dra. Muñiz parte de estas premisas y plantea de forma valiente una reclasificación del Derecho de obligaciones, una solución que permita huir de una nueva labor interpretativa de la figura de la novación y de su verdadero alcance y significado en el Código Civil. Por este motivo, la autora propone sustituir las categorías de novación objetiva y subjetiva en favor del principio de autonomía de la voluntad de las partes y de la cesión de créditos, la asunción de deuda o la delegación, respectivamente. Es decir, se trataría a nuestro juicio de hacer primar la autonomía de la voluntad en la novación objetiva y de regular convenientemente los distintos negocios jurídicos que permiten la novación subjetiva (en el lado pasivo o activo de la obligación), que por otra parte quedan enmascarados en el Código Civil bajo esta institución (así, la expromisión en el art. 1205 del Código Civil o la delegación en el art. 1206).

b) En segundo lugar, en el hecho de que nos encontramos hoy en día en un proceso de armonización del derecho contractual a nivel europeo que está teniendo un efecto indirecto en los distintos países, que se ven ante la tesitura de conservar su propio derecho o adaptar sus instituciones a las necesidades actuales del tráfico jurídico-económico. Así, esta institución no aparece contemplada de forma explícita ni en el *Draft of The Common Frame of Reference* de 2009 (DCFR, art. III.-1:108, que establece que «*A right, obligation or contractual relationship may be varied or terminated by agreement at any time*») ni en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea de 10 de octubre de 2011 [Instrumento Opcional, COM(2011) 635 final]. Sin embargo, este hecho ha tenido un impacto relativo en la regulación de los Estados miembros. Efectivamente, el Anteproyecto de Reforma del Derecho de Obligaciones *Rapport Pierre Catalá* mantiene la novación en los artículos 1265 a 1274. Por lo tanto, el Derecho francés se basa en la regulación de esta institución en el Derecho romano, que la configuraba como un mecanismo de extinción de las obligaciones que se recogió posteriormente tanto en el *Code Civil* de Napoleón (art. 1271) como en el *Codi Civile* italiano (arts. 1230 y siguientes). Por su parte, el Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos también regula la novación (arts. 1228 a 1230), si bien no alude expresamente a la posibilidad de *modificar* las obligaciones a través de ella. En consecuencia, estos códigos no terminan de eliminar la novación como institución autónoma como sí ha sido el caso en el DCFR y el Instrumento Opcional, lo que justifica un debate sobre su mantenimiento o supresión de nuestra legislación actual.

Por estos motivos, la autora no pretende repetir lo que hasta la fecha ya se ha dicho sobre la novación sino ir un paso más allá. En efecto, el título del primer capítulo de la Parte II es ilustrativo en este sentido: «por la eliminación de la teoría de la novación de las obligaciones».

De esta manera, la Dra. Muñiz Espada pasa a analizar en los apartados II y III las razones por las que la novación debería suprimirse de nuestra legis-

lación, una vez ya contextualizada la problemática en torno a esta institución. En primer lugar, la autora estudia la novación objetiva de la obligación, en particular la relación entre dos obligaciones sucesivas y el funcionamiento ordinario que se le atribuye a la novación como un mecanismo de «creación-extinción». La autora razona la inoperatividad de un régimen propio de esta figura a partir de una serie de casos que demuestran que en última instancia la extinción de la obligación va a depender de la voluntad real de las partes conforme a los artículos 1281 y siguientes del Código Civil. Así, por ejemplo, la suscripción por las partes de otro pacto con idénticas estipulaciones, como un reconocimiento de deuda o el establecimiento de una prueba estricta más reciente, no implica *per se* que estemos ante una novación extintiva (el reconocimiento de deuda, a lo sumo, extinguiría la prescripción de la deuda antigua, pero no crearía una nueva). Asimismo, la elevación de un contrato por escrito a escritura pública, o la complementación de esta por un acta notarial posterior, tampoco llevarían aparejadas dicho efecto novatorio. Además, en ocasiones es difícil apreciar la existencia de dicha novación, por ejemplo no siempre resulta nítida la distinción entre la simulación relativa y la novación en la sucesión de contratos cuando un documento privado prevé unas cláusulas determinadas que se ven modificadas *a posteriori* en escritura pública.

En todos estos casos la voluntad de las partes es determinante a la hora de valorar si ha existido o no una novación extintiva *ex* artículo 1204 del Código Civil, y lo mismo puede predicarse en el diferente tratamiento que reciben la teoría de la imprevisión (modificación de los términos de la obligación por circunstancias sobrevenidas) y la novación meramente modificativa, puesto que ambas presentan una misma finalidad: las partes acuerdan modificar las prestaciones derivadas del contrato a la nueva situación que ha surgido con posterioridad a la celebración del contrato, y solo cuando no ha existido un consenso pueden intervenir los remedios previstos al efecto por la legislación, como son el principio de buena fe o la intervención judicial. Una vez llegados a este punto, el lector advertirá un cambio de enfoque. Efectivamente, la obra pasa a centrarse en la autonomía de la voluntad, que realmente va a determinar la existencia o no de un nuevo contrato. Así, las partes van a poder actuar sobre la causa, las circunstancias, el objeto o las condiciones del contrato, con el único límite de que las partes no podrán llegar a desnaturalizar la esencia de las instituciones ni mantener el régimen de una determinada obligación cuando su actuación ha dado lugar al nacimiento de otra distinta. De esta forma, el elemento que corregiría la autonomía de la voluntad sería de *ius cogens* o de orden público.

Una vez demostrada la inoperatividad de la novación en la vertiente objetiva (cambio en el objeto de la obligación), la autora analiza las modificaciones subjetivas de la obligación, que tienen lugar básicamente a través de la cesión del contrato, la subrogación, la cesión de créditos, la asunción de deudas, la delegación y la expromisión. El punto de partida es si la novación subjetiva se podría configurar como una figura autónoma, y la autora constata la necesaria reestructuración del régimen legal de la novación regulando separadamente cada una las instituciones que permiten el cambio tanto del sujeto activo como pasivo de la obligación.

En definitiva, se trata de una obra muy recomendable que pretende (y consigue) distinguirse del resto que tratan la figura de la novación, ya que justifica la poca utilidad de mantener esta figura en la actual legislación desde un punto de vista práctico, con un análisis pormenorizado de los diferentes

casos que se plantean en torno a esta institución. La importancia de esta obra se justifica además por las propuestas de armonización del derecho de contratos, que no prevén la novación como una figura autónoma sino que dan una mayor importancia al principio de autonomía de la voluntad. La regulación española debería adaptarse a las propuestas de armonización del derecho contractual europeo en aras de conseguir una regulación clara y flexible, que otorgase la seguridad jurídica necesaria a las partes redundando en beneficio del tráfico jurídico-económico.

Héctor SIMÓN MORENO
Investigador Posdoctoral de Derecho civil
Universidad Rovira i Virgili

SCHERPE, Jens M. (Ed.): *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012, 518 pp.

Si existe una materia que está en el centro del debate académico, de las decisiones judiciales en la práctica y de las reformas legislativas en derecho de familia ésta es la relativa a los pactos en previsión de divorcio o de ruptura matrimonial. Denominados en el derecho del *common law* anglosajón como *marital agreements*, aunque también conocidos por *pre-nuptial* o *post-nuptial agreements*, la problemática específica que plantean en estos ordenamientos ha coincidido también con la de su admisibilidad y validez para los países del derecho civil continental, a los que el primero está influenciando con intensidad. Los pactos matrimoniales ponen a prueba el sentido de la institución matrimonial, como comunidad de vida que crea entre los esposos, en cuanto a sus efectos económicos, en toda su extensión, tanto en lo relativo a la atención de las necesidades mutuas o gastos familiares, como a la participación respectiva en las ganancias obtenidas y las compensaciones debidas por las decisiones y contribuciones singulares realizadas por los cónyuges durante su vida en común, una vez finalizada ésta. Mientras que en el *civil law* la cuestión se restringe, en principio, a la admisibilidad de la elección de un régimen económico, con eficacia inmediata, modificando el legal vigente en un ordenamiento, y, sobre todo, a la renuncia o modulación de una posible compensación posdivorcio, con eficacia diferida en el tiempo, que restringiría la intervención judicial, en los ordenamientos del *common law* la cuestión adquiere un dimensión mucho mayor, afectando al conjunto de la economía familiar. En estos últimos ordenamientos, de lo que se trata es de prevenir la discrecionalidad judicial en sede de divorcio, que puede llevar a tratar todos los bienes de los cónyuges como propiedad matrimonial sujeta a división, con el objetivo de conseguir un resultado que pueda ser considerado justo o *fair*, conforme al principio de *sharing* implementado recientemente en derecho inglés, y al de *equitable distribution* norteamericano. En ambos casos, sin duda, los pactos matrimoniales suponen el ejercicio de la autonomía privada en el seno de las relaciones familiares, en su vertiente patrimonial, y plantean nítidamente cuál debe ser el ámbito de esta autonomía, esto es, bajo qué condiciones estos pactos pueden ser vinculantes y, por consiguiente, ejecutables ante los tribunales de justicia.

En el derecho anglosajón, singularmente el inglés, los tribunales tienen facultades discrecionales para decidir sobre los efectos económicos del matrimonio a su disolución por divorcio, sin sujeción a reglas de propiedad o de titularidades previas sobre los bienes de los cónyuges. Al no existir un régimen económico del matrimonio como tal, ni establecerse una tipología de bienes de los cónyuges que distinga entre ellos, al modo de privativos y gananciales, y con relación a la contribución y responsabilidad por gastos familiares, los tribunales pueden pronunciarse libremente sobre todo ello de forma conjunta, como *financial relief*, que incluiría los distintos efectos económicos del divorcio, objeto de decisión separada en derecho continental. Estos efectos, en los que no se distingue entre *property division*, o liquidación del régimen económico, y prestación compensatoria o *maintenance*, se designan también como *ancillary relief*, en la medida en que la decisión principal del procedimiento es la relativa al vínculo. Pues bien, atendida esta imprevisibilidad del resultado de los pleitos de divorcio y, por consiguiente, inseguridad jurídica en el orden patrimonial, se comprende la importancia creciente de los *marital agreements* en el mundo anglosajón, y así su influencia en los ordenamientos continentales. Con el objetivo de estudiar la materia en profundidad, la British Academy financió un proyecto de investigación desde una perspectiva comparada, liderado por el prof. Jens Scherpe, de la Universidad de Cambridge, que ha dado lugar al extenso volumen objeto de recensión.

El prof. Jens Scherpe es *Senior Lecturer in Law* en la Universidad de Cambridge y *Fellow* del Gonville and Caius College. Nacido en Alemania, con raíces también danesas, se formó en el Max-Planck-Institut de derecho privado de Hamburgo, en cuya Universidad se doctoró. Ha impartido docencia en diversas universidades fuera del Reino Unido, recientemente en la de Hong Kong, y es autor de un buen número de publicaciones de derecho privado, incluida la edición de diversas obras colectivas en materia de derecho de familia como la que nos ocupa. El proyecto de investigación sobre *marital agreements* se inició en 2007 y no se han publicado los resultados en forma de libro hasta principios de 2012. Su elaboración, que contó con la celebración de un congreso en Cambridge en junio de 2009, ha coincidido con la resolución del importante caso *Radmacher vs. Granatino* por la *Supreme Court* en octubre de 2010 [(2010) UKSC 42, del cual el propio Scherpe dio cuenta en *InDret* 2/2012], y la publicación de un *Consultation Paper* sobre *Marital Property Agreements* por la *Law Commission* en enero de 2011.

El libro se estructura en tres partes diferenciadas. En una primera parte introductoria, el prof. Scherpe presenta los objetivos del proyecto, sus principales líneas de investigación, y la metodología empleada para su ejecución, a la que sigue el cuestionario facilitado a los *reporters* nacionales para la elaboración de sus informes correspondientes. A continuación, y por orden alfabético, se encuentran los quince *reports* nacionales, relativos a las distintas *jurisdictions* u ordenamientos jurídicos de cada realidad estatal. El libro concluye con un iluminador estudio comparado sobre régimen patrimonial de la familia, pactos matrimoniales y autonomía privada del prof. Scherpe, de más de setenta páginas, que añade valor a las ya de por sí óptimas contribuciones nacionales.

La técnica de organizar un proyecto de investigación, que implica a académicos de distintos ordenamientos, con la formulación de un cuestionario que deberá ser contestado mediante un informe nacional, es habitual en las iniciativas recientes de comparación jurídica y de armonización y unificación

del derecho privado. El acierto a la hora de formular el cuestionario es determinante para el éxito del proyecto así como, por supuesto, el respeto al mismo de los distintos investigadores, como sucede en este caso. Con ello se consigue obtener una base de información común, a partir de la cual comparar realidades jurídicas distintas partiendo de información homogénea. En *Marital Agreements and Private Autonomy* los informes estatales abarcan a ordenamientos del *common law* y del *civil law*, con una presencia equilibrada entre ambos, y con trabajos de gran calidad. Las contribuciones son las siguientes: Australia (Owen Jessep), Austria (Susanne Ferrari), Francia y Bélgica (Walter Pintens), Inglaterra y Gales (Joanna Miles), punto de vista de un práctico inglés sobre pactos prenupciales, postnupciales y de separación (Mark Harper y Brett Frankle), el *consultation paper* de la *Law Commission* sobre pactos relativos a propiedad matrimonial (Elizabeth Cooke), Alemania (Anatol Dutta), Irlanda (Louise Crowley), Países Bajos (Katharina Boele-Woelki y Bente Braat), Nueva Zelanda (Margaret Briggs), Escocia (Kenneth McK Norrie), Singapur (Wai Kum Leong), España (Josep Ferrer Riba), Suecia (Maarit Jänterä-Jareborg) y Estados Unidos (Ira Mark Ellman). Se echa en falta algún ordenamiento relevante, como sería el italiano, pero la representación es más que suficiente y, sobre todo, comprende los distintos modelos como se puede regular la economía familiar. Su inclusión en el libro está por orden alfabético, pero como se advierte en la introducción, las contribuciones están escritas de modo que puedan ser leídas de forma independiente unas de las otras. Por ello, quizá es aconsejable emprender su lectura por sistemas o culturas jurídicas, del más próximo al que lo es menos al lector, y teniendo también en cuenta su evolución e influencias respectivas. Así, para un operador jurídico español sería razonable empezar por Francia y Bélgica, continuar por España y Alemania, y seguir con Austria, Holanda y Suecia. En cuanto a los países del *common law*, entre los que cabría añadir a Escocia como ordenamiento mixto, la lectura prudente sería empezar por las tres contribuciones inglesas, continuar por Escocia, Irlanda, Australia, Nueva Zelanda y Singapur, y finalizar por los Estados Unidos, que comprenden a su vez una pluralidad de ordenamientos distintos, en los que coexisten estados con regímenes de gananciales (*community property*) de base española, y los de separación de bienes con origen anglosajón. Pero ello sólo si el lector pretende tener una visión completa de la obra, que también puede utilizarse claramente como manual de referencia. Es más, en mi opinión, el libro constituye un auténtico tratado de derecho patrimonial familiar comparado, en que los diferentes modelos de regímenes económicos, incluido el llamado régimen primario, los efectos patrimoniales de la crisis matrimonial, junto con la regulación de las capitulaciones matrimoniales y de los pactos en previsión de divorcio son presentados de forma precisa, comprensible y completa en las contribuciones nacionales, excelentes todas ellas. Los informes incluyen un apartado sobre conflictos de leyes, materia altamente relevante en nuestro caso, puesto que tanto el principio de inmutabilidad del régimen económico como de aplicación de la legislación extranjera no rigen en algunos ordenamientos del *common law*. En éstos, la competencia judicial determina la aplicación de la *lex fori* al divorcio en toda su extensión, con independencia de la nacionalidad de los cónyuges y de las capitulaciones matrimoniales otorgadas. Un caso reciente, de 17 de febrero de 2012, resuelto por la *High Court of Justice*, y relativo a derecho catalán –(2012) EWHC 265 (Fam)–, lo pone claramente de relieve. Por contra, el proyecto no cubría el ámbito de los pactos entre convivientes en pareja de hecho. Mientras que sí se trata en el libro

de la compensación de pensiones públicas y privadas, un ámbito todavía lejano a la realidad jurídica española.

En el capítulo final del libro, el prof. Scherpe lleva a cabo un análisis de conjunto de las cuestiones planteadas, conforme a las contribuciones anteriores. Analiza, de modo comparado, las técnicas jurídicas existentes para regular la economía familiar. Contrasta los distintos regímenes económicos, expone sus diferentes tipologías y advierte de sus coincidencias, con el uso de las reglas básicas de propiedad y responsabilidad, en forma de derechos reales y de crédito, esto es, la participación en las ganancias del otro cónyuge mediante su adquisición inmediata o bien diferida a la extinción del régimen, y por partes iguales o bien en forma de compensación equitativa. En segundo lugar, trata de los efectos económicos del divorcio, también comparando las reglas vigentes en cada sistema, desde una aproximación continental «multipilar», que distingue nítidamente –en principio– entre ámbitos de la economía conyugal (régimen económico, gastos familiares, compensaciones y atribución de la vivienda), al punto de vista «holístico» anglosajón, del que resulta una distribución equitativa de los bienes de los cónyuges, todo ello con un objetivo de *fairness* y de *clean-break*. En este contexto, el prof. Scherpe, en quien coinciden con provecho la capacidad analítica y dogmática alemana con la flexibilidad casuística anglosajona, identifica una realidad material común que, sin embargo, es afrontada con técnicas de regulación altamente dispares. Sobre esta base, plantea la cuestión central atinente a los pactos matrimoniales: cuál debe ser el ámbito de autonomía de los cónyuges para modificar el régimen legal defectivo. Esto es, bajo qué requisitos pueden admitirse y ejecutarse los pactos entre cónyuges relativos a la economía familiar. Y con ello pasa a la segunda parte de su contribución, en que examina los consensos existentes para admitir la validez de un pacto matrimonial, concretados en la garantía de concurrencia de un consentimiento libre e informado así como la consecución, en el momento de ejecutarse, de un resultado justo para los cónyuges. Para ello analiza en profundidad los requisitos o *safeguards* de formación de los pactos, propuestos en los últimos años, y a los que de modo relevante contribuyeron los *Principles of the Law of the Family Dissolution* del *American Law Institute* de 2002. A los requisitos de forma, escrita o notarial según los ordenamientos, se añade el asesoramiento legal independiente, la revelación de información patrimonial así como el otorgamiento de los pactos en un periodo de tiempo prudencial anterior a la celebración del matrimonio, si son prenupciales. En cuanto al resultado *fair* o justo, se considera que los jueces deben poder entrar a valorarlo en función de las circunstancias que concurren en el momento en que se solicita la ejecución del pacto, atendido el transcurso del tiempo y la modificación de las circunstancias. Se distingue, pues, entre aspectos procedimentales o de formación del contrato, de los materiales o de control del contenido que resulta de los pactos. No es posible afirmar en todo caso y de forma previa si un pacto matrimonial será válido y ejecutable. Sin embargo, se asume la oportunidad de implementar legalmente reglas similares a las anteriores, tal como se ha hecho en el artículo 231-20 CCCat. Todo ello vinculado con la idea que el matrimonio no es una relación jurídica más entre particulares, sino que genera una comunidad de vida con efectos que, en ocasiones, escapan del ámbito de la autonomía privada. De los *marital agreements* como tales, se distinguen los *separation agreements*, que regulan las consecuencias de la ruptura conyugal una vez ésta ya ha surgido. Ambas instituciones tienen aspectos en común, sin embargo, en unos la crisis se contempla sólo como

una eventualidad mientras que en los segundos ésta ya ha surgido. En este punto, el prof. Scherpe finaliza su brillante exposición contrastando los dos ámbitos nucleares del régimen jurídico de los pactos matrimoniales, con un oportuno juego de palabras en inglés. Por un lado, se trata de la protección de la autonomía privada de los cónyuges y, por el otro, de la protección de los cónyuges de la autonomía privada: *protection of autonomy* y *protection from autonomy*.

En el libro recensionado se manifiesta el valor del trabajo académico en profundidad, las grandes empresas universitarias colectivas, que son laboriosas de producir, costosas de gestionar y difíciles de culminar, con contribuciones de autores de procedencia diversa, y que cuentan con la tenacidad de una persona que las lidera y las lleva a buen fin. Se trata de unos trabajos con los que se rinden cuentas ante las instituciones que los han financiado, en ocasiones a largo plazo, y que se han enriquecido con encuentros académicos, propiciando el debate e intercambio de ideas y forjando redes científicas para proyectos futuros. Como afirma en su prefacio Lord Wilson of Culworth, magistrado de la *Supreme Court* del Reino Unido, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective* constituye un libro de alto valor, con contribuciones precisas y claras, que utilizará durante muchos años, e invita a los académicos del resto del mundo a hacer lo propio. Esperemos que así sea también entre nosotros.

Albert LAMARCA MARQUÈS
Profesor Titular de Derecho civil
Universitat Pompeu Fabra

SCHMIDT-KESSEL, Martin (Coord.): *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2012, pp. 551.

El 11 de octubre de 2011 la Comisión Europea aprobó la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea y con ello un instrumento opcional de regulación de la compraventa en un ámbito transfronterizo en Europa. Este régimen se aplicaría tanto a los contratos de compraventa de cosas así como el contrato de suministro de contenidos digitales.

Conocidos autores especialistas en Derecho privado europeo y en el análisis económico de Derecho analizan en esta obra de vanguardia la propuesta de la Comisión tomando como referencia la estructura sistemática del Reglamento.

Al mismo tiempo el volumen ofrece una evaluación de las decisiones relacionadas con la propuesta sobre el fondo y las soluciones técnicas ofrecidas. De este modo, la obra resulta de gran importancia en el debate actual sobre las iniciativas legislativas más importantes en el ámbito del Derecho privado europeo y constituye un fundamento indispensable para una mejor comprensión del texto uniformizado sobre la compraventa.

En opinión del editor de la obra y profesor de la Universidad de Bayreuth especialista en Derecho de consumo, Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel, la propuesta de la Comisión representa un enorme avance para los consumidores y las empresas europeas. «En los tiempos de Internet es evidente que debe

ser posible concluir contratos bajo una única regulación». El nivel de protección del consumidor en la Propuesta se encuentra ligeramente por encima del nivel alemán de protección, aunque la mayor seguridad jurídica que se conseguiría compensa este mayor coste que representa un mayor nivel de protección.

La propuesta, que aún debe ser aprobada por el Parlamento, define el ámbito de aplicación del nuevo régimen armonizado en el siguiente sentido: «Las disposiciones de la normativa común de compraventa europea deben regular las cuestiones de Derecho contractual que son de pertinencia práctica durante el ciclo de vida de los tipos de contratos que entran dentro de su ámbito de aplicación material y personal, especialmente los celebrados en línea. Además de los derechos y obligaciones de las partes y de los remedios en caso de incumplimiento, dicha normativa debe regular, por tanto, las obligaciones de información precontractual, la celebración del contrato incluidos los requisitos formales, el derecho de desistimiento y sus consecuencias, la anulación del contrato por motivo de error, dolo, amenazas o explotación injusta y las consecuencias de dicha anulación, la interpretación, el contenido y los efectos del contrato, la evaluación y las consecuencias del carácter abusivo de las cláusulas contractuales, la restitución después de la anulación o resolución y la prescripción y extinción de los derechos». Todas estas cuestiones tratadas en el texto uniforme son objeto de comentario en la obra dirigida por el profesor Schmidt-Kessel.

En cuanto a la estructura de la obra, en la Introducción el editor de la misma realiza un análisis de la propuesta de la Comisión (pp. 1-29) como instrumento de aplicación opcional. A continuación en el Capítulo I el mismo autor expone el ámbito de aplicación de la propuesta, la configuración de la opción y otras cuestiones sobre el Reglamento (pp. 29-51).

Peter-Christian Müller-Graff en el Capítulo II (pp. 51-87) se ocupa de reflexionar acerca de la importancia que tiene este Reglamento como el primer capítulo en el contexto de la Codificación europea.

El Capítulo III, ya de contenido más sustantivo, se dedica a analizar el papel de los deberes precontractuales de información en la Propuesta de la Comisión a cargo de la profesora de Bayreuth Sonja Benninghoff (pp. 87-121).

Por su parte, en el Capítulo IV el profesor de la Universidad de Tübingen, Martin Gebauer se ocupa de los requisitos para la conclusión del contrato en los artículos 30-39 de la Propuesta (pp. 121-147).

En el siguiente capítulo el profesor Matthias Weller analiza el Capítulo 4 de la propuesta sobre derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales entre un comerciante y un consumidor (pp. 147-179).

A continuación se analizan los vicios del consentimiento por el profesor Sebastian A.E. Martens (pp. 179-203). En la versión alemana se ha empleado el término «Einigungsmängel», que en la dogmática alemana sería entendido como un problema de disenso que vetaría la perfección del contrato. No obstante, el término a emplear hubiese debido ser el de «Willensmängel» que es el que se refiere específicamente a los vicios del consentimiento. En la versión española el Capítulo 5 se titula correctamente «Vicios del consentimiento». Como se aprecia, este capítulo no es específico del contrato de compraventa, de modo que si en el futuro hubiese una regulación unificada del Derecho contractual este capítulo podría servir de regulación de los vicios del contrato en general, como apunta Martens en la p. 179.

Lo mismo sucedería en el caso de las normas de interpretación del contrato de los artículos 58-65 de la Propuesta. Estas normas son objeto de comentario por Felix Maultzsch en las pp. 203 y ss.

Por otro lado, Dirk Looschelders und Mark Makowsky analizan conjuntamente las normas del Capítulo 7 sobre contenido y efectos de los contratos en las páginas 227 y ss.

En el siguiente capítulo el profesor Florian Mölslein comenta las normas de control de las cláusulas generales de la contratación (pp. 255 y ss.)

A continuación el coordinador de la obra, el profesor Schmidt-Kessel (pp. 287 y ss.) se dedica a analizar el cuerpo central de las normas del incumplimiento contractual (arts. 87-90 de la Propuesta). Estas normas junto a los últimos tres capítulos dedicados por un lado, a la indemnización de daños y perjuicios y los intereses (arts. 159-171), por otro a la restitución en caso de anulación o resolución del contrato (arts. 172-177) y finalmente a la prescripción (arts. 178-186) es lo único que ha permanecido en la propuesta de la Comisión procedente del «Draft Common Frame of Reference».

El siguiente capítulo a cargo de Oliver Remien se titula «Obligaciones del vendedor de acuerdo con la Propuesta», pp. 307-327.

Seguidamente Brigitta Zöchling-Jud realiza un estudio de los remedios de los que dispone el comprador en el caso de incumplimiento del contrato dentro del Capítulo 11 de la Propuesta (pp. 327 y ss.). En opinión de la autora, estas normas deben ponerse en conexión con las contenidas en el capítulo 10 que regula las obligaciones del vendedor y con el capítulo 9 que se refiere con carácter general a las disposiciones generales sobre el incumplimiento.

Thomas Grädler und Manuel Köchel por su parte, analizan conjuntamente en las páginas 347 y ss. las obligaciones y remedios de las partes en un contrato de compraventa o en un contrato de suministro de contenidos digitales. El incumplimiento de un contrato de compraventa comprende la falta de entrega o la entrega tardía, la entrega de bienes no conformes al contrato, el impago o la demora en el pago, así como la realización de cualquier prestación que no se ajusta al programa obligacional. De especial relevancia en un contrato de este tipo resulta la concreción de cuándo se entiende que un bien no es conforme al contrato de acuerdo con los artículos 87 y ss. de la Propuesta. Los autores constatan que en el texto de la propuesta en este ámbito existe un nivel de protección mayor que en el Derecho alemán actualmente en vigor, dado que en el texto de la propuesta no se contempla el «derecho a una segunda oportunidad» de que dispone el vendedor en los casos en los que el bien entregado no sea conforme al contrato.

En el capítulo siguiente, a cargo de Christiane Wendehorst (pp. 371-401) se analiza la resolución del contrato. De nuevo existe un problema de terminología ya que se emplea la palabra «Beedigung» que tiene un significado diferente en el Derecho alemán (referido al desistimiento de una relación de tracto sucesivo con efectos para el futuro). En cuanto al contenido, la regulación de la resolución no le parece convincente al autor.

Volker Wiese en las páginas 401 y ss. estudia los requisitos de examen y notificación en los contratos entre comerciantes en los artículos 121, 122 de la Propuesta de la Comisión.

A continuación se analizan (pp. 425 y ss.) las obligaciones del vendedor a cargo de Renate Schaub.

El Capítulo siguiente, a cargo de Markus Fehrenbach se titula «Los remedios de que dispone el vendedor en los artículos 131 a 139 de la Propuesta» pp. 447 y ss.

A continuación se analiza el tema de la transmisión de los riesgos de los artículos 140 y ss. de la Propuesta de la Comisión a cargo de Volker Wiese (pp. 469 y ss.) distinguiéndose entre contratos de compraventa de bienes de consumo y contratos entre comerciantes. Asimismo en el artículo 141 se hace una matización acerca de la transmisión de los riesgos cuando el objeto del contrato consiste en contenidos digitales.

Finalmente restan dos capítulos más, uno titulado «Indemnización por daños y perjuicios e intereses» a cargo de Oliver Remien (pp. 503 y ss.) y otro sobre la prescripción, realizado por Michael Müller.

En conclusión, como apunta Smits (en: «The Common European Sales Law and Party Choice: When Will Parties Choose the Proposed CESL?». Paper for the conference European Contract Law: A Law and Economics Perspective, University of Chicago Law School, April 2012) si uno quiere conocer los detalles de la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea analizado desde un punto de vista crítico debe consultar esta obra de referencia.

Luz M. MARTÍNEZ VELENCOSO
Profesora Titular de Derecho civil, LL.M. Humboldt Univesität Berlín
Universidad de Valencia

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M.^a del Rosario DÍAZ ROMERO, Martín GARCÍA-RIPOLL, Jordi RIBOT IGUALADA, Josep SOLÉ FELIU, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, 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

BARRA, F.: «“Il silenzio nel diritto e nell’arte”: da Mario Luzi (e Nietzsche) alla Costituzione», *CI*, 2012, núm. 1, pp. 275-284.

El «derecho al silencio» en diversos sectores del ordenamiento jurídico: en la Constitución (derecho a no expresarse), en el derecho de familia, en el derecho contractual (silencio en la conclusión de un contrato y simulación), el silencio de los magistrados... (*Alma R.G.*)

CAFAGGI, F.: «L’Istituto europeo di diritto: ripensando fondamenti e percorsi dell’integrazione giuridica europea», *RTDPC*, 2012, núm. 2, pp. 499-513.

Presentación del Instituto Jurídico Europeo como vía de unificación del Derecho Privado Europeo, mediante la revisión de los principios y fundamentos de las propuestas unificadoras, adaptados a las circunstancias económico políticas de la Unión Europea. (*M. R. D. R.*)

COGGON, J./MIOLA, J.: «Autonomy, Liberty, And Medical Decision-Making» *C. L. J.*, 2011, vol. 70, núm. 3, pp. 523-547.

Dentro del debate actual en torno al predominio absoluto del principio de autonomía del paciente, este artículo postula distinguir entre autonomía y libertad. Mientras que la libertad implicaría el derecho a actuar sin interferencias indebidas, la autonomía, en cambio, presupondría ante todo capaci-

dad de decidir por uno mismo y de escoger con conocimiento de causa. Muchos de los excesos que se atribuyen a la autonomía en realidad se refieren a la libertad y a veces no se tiene suficientemente en cuenta que el paciente debe ser capaz de comprender aquello a lo que se expone. Sin caer en la trampa de un nuevo paternalismo, por tanto, los autores concluyen que jueces y médicos deben poner más atención en la capacidad del paciente y en el grado de comprensión real que éste tiene del acto médico y de la información que legalmente debe recibir. (*J. R. I.*)

DONDERO, B.: «Le traitement juridique des conflits d'intérêts: entre droit commun et dispositifs spéciaux», *RD*, 2012, núm. 26, pp. 1686-1693.

El conflicto de intereses como concepto que aparece importante en todas las ramas del derecho. Su tratamiento en abstracto y peculiaridades en el Derecho público y privado. (*I. S. P.*)

GALGANO, F.: «La giurisprudenza fra *ars inveniendi* e *ars combinatoria*», *CI*, 2012, núm. 1, pp. 77-90.

Artículo que profundiza en un dilema muy antiguo: la jurisprudencia, ¿debe sólo aplicar el derecho (función declarativa) o también crea normas de derecho (función creativa)? El autor analiza emblemáticos casos de aparente jurisprudencia creativa. (*Alma R.G.*)

GENTILI, A.: «L'abuso del diritto come argomento», *RDC*, 2012, núm. 3, parte prima, pp. 297-332.

Reflexiones sobre la naturaleza jurídica y contenido del principio que prohíbe el abuso del derecho desde el punto de vista legislativo y judicial del sistema legal de tradición jurídica occidental. (*M. R. D. R.*)

GRIMALDI, C.: «La durée des droits: p̄emption ou prescription? Approche empirique», *RD*, 2012, núm. 8, pp. 514-519.

Diferencia entre ambas modalidades de extinción de los derechos. La p̄emption termina con el derecho mientras que la prescripción extingue la acción para ejercitar el derecho. Ámbito de aplicación de cada una de las figuras. (*I. S. P.*)

LASSERRE, V.: «Droit et religion», *RD*, 2012, núm. 17, pp. 1072-1077.

Los distintos conflictos planteados recientemente en Francia por la prohibición del velo, la condena a las mujeres por ocultar su rostro, el atentado contra Charlie Hebdo, etc. ... han provocado una reflexión sobre las relaciones que hay o deben existir entre el Derecho y la religión. (*R. A. R.*)

MAK, Ch.: «Hedgehogs in Luxembourg? A Dworkinian Reading of the CJEU's Case Law on Principles of Private Law and Some Doubts of the Fox», *ERPL*, núm. 2, 2012, pp. 323-345.

La autora comienza preguntándose en qué medida puede el Derecho emanado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ser entendido y explicado sobre las bases de un modelo teórico de adjudicación que defiende la unidad y objetividad del valor. A la luz de la teoría de la adjudicación de

Ronald Dworkin, que defiende un monismo valorativo, se ha sugerido que algunas resoluciones importantes del TJUE, que se refieren a los «principios del Derecho civil», pueden ser entendidas como apoyo a esta perspectiva holística. Sin embargo, si se compara con otras resoluciones que hablan de «principios generales de la Unión Europea», resulta más bien que el Tribunal sigue un pluralismo valorativo. (M. G.-R.)

MARÉCHAL, C.: «L'estoppel à la française consacré par le Cour de cassation comme principe général du droit», *RD*, 2012, núm. 3, pp. 167-170.

Estudio de este mecanismo inglés para sancionar el comportamiento de uno de los contratantes en perjuicio de otro. Su utilización en el derecho contractual, procesal e internacional. Aplicación en la corte de casación francesa. (R. A. R.)

MORVAN, P.: «What's a Principle?», *ERPL*, núm. 2, 2012, pp. 313-322.

Según la tesis «romántica», los principios normativos tienen un carácter trascendental, ideal y absoluto. Su misión es rellenar los huecos de la legislación en un Derecho incompleto. Ellos preservan la coherencia y armonía del sistema jurídico. Son obtenidos mediante inducción de disposiciones fragmentarias, hasta que quedan «suspendidas en el espíritu del Derecho». En opinión del autor, esta visión no es realista. (M. G.-R.)

MUSIELAK, H.-J.: «Zum Verhältnis von Wille und Erklärung. Eine Auseinandersetzung mit dem Tatbestand der Willenserklärung», *AcP*, núm. 6, 2011, pp. 769-802.

El § 119 BGB regula la declaración de voluntad hecha con error, haciéndola impugnabile, pero el § 122 prevé una indemnización a la otra parte o a un tercero por los daños que sufra por confiar en la validez de la declaración.

La doctrina alemana sigue discutiendo entre la teoría voluntarista (ahora llamada subjetiva) y declaracionista (ahora llamada objetiva). La mayoría de los autores se apuntan a la teoría subjetiva y ven en el § 122 una sanción por negligencia al declarar la voluntad. (M. G.-R.)

SIEBURGH, C.: «Principles in Private Law: From Luxury to Necessity? Multi-layered Legal Systems and the Generative Force of Principles», *ERPL*, núm. 2, 2012, pp. 295-312.

Uno de los medios de hacer justicia es el uso de principios. Éstos pueden desempeñar un papel en dos aspectos. El primero es el reconocido en el Derecho privado moderno: principios funcionando dentro de un sistema con reglas detalladas pero que añaden al sistema una función interpretativa, complementadora o derogadora; el segundo puede ser descubierto en el Derecho de la Unión Europea: la función generadora de los principios, empleada para construir un sistema reciente y generar y desarrollar reglas más detalladas. (M. G.-R.)

THOMASSIN, N.: «Le bien susceptible d'abus de confiance (réflexion sur la jurisprudence récente)», *RD*, 2012, núm. 15, pp. 964-970.

Aplicación del abuso de confianza a cualquier tipo de bienes, no sólo fondos o valores mobiliarios. Necesidad de una interpretación jurídica ajustada a derecho. (R. A. R.)

ZIMMERMAN, R.: «La costituzione dell'European Law Institute e le sue sfide», *RTDPC*, 2012, núm. 2, pp. 515-550.

Presentación del Instituto Jurídico Europeo desde el respeto de las circunstancias y particularidades de cada Estado en torno a sus costumbres, lengua y tradición jurídica. (*M. R. D. R.*)

DERECHO DE LA PERSONA

BENHAMOU, Y.: «Le contrôle du juge judiciaire sur les hospitalisations psychiatriques sous contrainte: l'exemple de la cour d'appel de Douai», *GP*, 2012, núm. 116-117, pp. 5-11.

El control judicial en los casos de internamiento judicial contra la voluntad del paciente. Estudio sobre la situación tras la ley de 5 de julio de 2011 que aumenta el control del juez en estos casos. (*I. S. P.*)

BOUGAIN, M.: «Convention européenne des droits de l'homme: ah, il fallait pas, il fallait pas... signer!», *GP*, 2012, núm. 95-96, pp. 5-7.

Posición de la doctrina inglesa ante la cada vez mayor ingerencia de Europa en la legislación de los países miembros. ¿Necesidad de una reforma? (*I. S. P.*)

CARRANO, R.: «Lo stato giuridico di figlio e il nuovo statuto dei diritti e doveri», *GC*, 2012, núm. 4, pp. 183-190.

Estudio de la naturaleza jurídica y efectos de la filiación natural, y la prohibición de discriminación de los hijos por razones de origen tanto respecto de derechos como de obligaciones. (*M. R. D. R.*)

CASSIA/VON COESTER: «L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne par le juge national», *SJ*, núm. 10, 2012, pp. 503-513.

La carta de derechos fundamentales de la Unión europea ha adquirido fuerza obligatoria el uno de diciembre de 2009. Algunos de sus efectos, como su valor jurídico, son reglas para los textos. De otro lado su campo de aplicación material o los efectos de la distinción entre los derechos y los principios que los consagran, aparecen inciertos. En otros se plantea la cuestión de la utilidad de la Carta o de su interés simbólico, a la vista de otros sistemas de protección de los derechos fundamentales existentes. (*I. S. P.*)

COSCO, G.: «Le unioni omosessuali e l'orientamento della Corte costituzionale – nota a C. cost. Ord. 5 gennaio 2011 n 4», *GC*, 2012, núm. 4, pp. 845-853. (*M. R. D. R.*)

DE MEO, R.: «La tutela del minore e del suo interesse nella cultura giuridica italiana ed europea», *DFP*, 2012, núm. 1, pp. 461-477.

Artículo sobre los derechos del menor en las fuentes del Derecho Europeo: la Carta Europea de los Derechos del Hombre. La tutela del menor como expresión del principio personalista en la cultura jurídica europea. El interés del menor como regla hermenéutica en la solución de conflictos. (*Alma R.G.*)

FERRETTI, F.: «A European Perspective on Data Processing Consent through the Reconceptualization of European Data Protection's Looking Glass after the Lisbon Treaty: Taking Rights Seriously», *ERPL*, núm. 2, 2012, pp. 473-506.

Artículo sobre la protección de datos en el Derecho de la Unión Europea, que pone de manifiesto la necesidad de reforzar esa protección y tomarse el asunto en serio. (*M. G.-R.*)

GATTUSO, M.: «Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza», *NGCC*, 2011, núm. 12, pp. 584-598.

Artículo que aborda los problemas y cuestiones actuales que plantea la homosexualidad desde el punto de vista jurídico: orientación sexual y delito, orientación homosexual y principio de igualdad, hijos homosexuales, progenitores homosexuales, protección de las uniones homosexuales... (*Alma R.G.*)

MOLIÈRE, F.: «Secret des affaires et vie privée», *RD*, 2012, núm. 9, pp. 571-576.

El autor propone extender el secreto de la vida privada a las empresas para evitar que sus datos económicos más sensibles sean publicados por personas que han trabajado en ellas. Necesidad de elaborar un derecho al secreto de los negocios. La proposición de ley de 23 de enero de 2012. (*I. S. P.*)

ROSSETTI, M.: «Lo stato dell'arte sul danno da nascita indesiderata –nota a Cass. 4 gennaio 2010 n. 13», *GC*, 2012, núm. 10, pp. 2467-2468. (*M. R. D. R.*)

SÉRIAUX, A.: «Le “testament de vie” à la française: une institution à parachever», *RD*, 2012, núm. 19, pp. 1195-1200.

En Derecho francés, desde la ley de 22 de abril de 2005, se daba validez a la voluntad actual del enfermo consciente pero no a la voluntad anticipada de un enfermo inconsciente en materia de eutanasia. Actualmente, esto está solventado por el Consejo de Europa a raíz de la resolución de 25 de enero de 2012. (*R. A. R.*)

THIENE, A.: «L'immagine fra tutela risarcitoria e restitutoria», *NGCC*, 2011, núm. 7-8, pp. 343-357.

Artículo acerca de la necesidad de hacer más incisiva la protección que proporciona la normativa reguladora de los derechos de la personalidad contra una utilización abusiva comercial de la imagen. (*Alma R.G.*)

TRONCONE, F.: «Brevi note sugli aspetti civilistici del consenso informato in tema di attività medico-chirurgica», *GC*, 2012, núm. 4, pp. 207-230.

Análisis del tema de la responsabilidad civil por daños ocasionados por vicios de información al paciente en actividades médicas. (*M. R. D. R.*)

PERSONA JURÍDICA

GIACOBBE, E.: «Riforme e “casi” recenti: dubbi sul regime degli acquisti degli enti non riconosciuti», *DFP*, 2012, núm. 1, pp. 329-367.

Artículo sobre el régimen jurídico de la adquisición de bienes por entidades sin personalidad jurídica (los denominados *enti di fatto*). (*Alma R.G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ABBATUCCI, S.: «Le respect des délais de paiement dans les marchés de travaux», *RDI*, 2012, núm. 6, pp. 317-324.

Regulación legal francesa para evitar el retraso en el pago a los empresarios sometidos al Código de comercio, con el fin de evitar la excepción de inejecución. Campo de aplicación de la regulación y las sanciones legales por el retraso en el pago. (*R. A. R.*)

AMRAM, D.: «La lesione dell'intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà familiare tra astratte conferme, persistenti incertezze pratiche e nuove tabelle», *NGCC*, 2011, núm. 7-8, pp. 658-663.

Comentario a *Cass.* 3.2.2011 n. 2557, que afirma la necesidad de distinguir, a efectos de resarcimiento, entre el daño biológico por la pérdida del cónyuge y el daño derivado de la vulneración de la intangibilidad de la esfera de los afectos y de la recíproca solidaridad en el ámbito de la familia. (*Alma R.G.*)

ANZANI, G.: «I percorsi del danno non patrimoniale», *NGCC*, 2011, núm. 7-8, pp. 395-409.

Artículo dedicado a la tutela del daño no patrimonial a raíz de innovaciones legislativas y del desarrollo jurisprudencial de la materia: el daño a la salud, el daño existencial, el daño por la pérdida de la vida y el daño no patrimonial por incumplimiento de contrato. (*Alma R.G.*)

ASTEGIANO-LA RIZA, A.: «La déclaration initiale des risques par le souscripteur», *RD*, 2012, núm. 27, pp. 1753-1760.

La falsedad en los casos de suscripción de un seguro y sus consecuencias en caso de producirse el siniestro. Su tratamiento en la jurisprudencia francesa. (*R. A. R.*)

AYNÉS, L.: «L'acte notarié et la procuration», *RD*, 2012, núm. 14, pp. 890-892.

Estudio a propósito de la sentencia de casación civil, sección 1.^a, de 22 de marzo de 2012 sobre la actuación del notario ante un mandatario. (*R. A. R.*)

AZZARRI, F.: «La proprietà e la tutela aquiliana dei diritti inviolabili», *NGCC*, 2011, núm. 7-8, pp. 767-775.

Comentario a sentencia sobre si debe resarcirse, en virtud de la responsabilidad extracontractual, el daño patrimonial derivado de una lesión al derecho de propiedad. (*Alma R.G.*)

BACCIARDI, E.: «Le locazioni ad uso abitativo e il degrado dei tempi moderni: la “invivibilità” dell’immobile locato può costituire grave motivo di recesso?», *NGCC*, 2011, núm. 7-8, pp. 726-731.

Comentario a sentencia sobre la figura del desistimiento por justa causa y, en particular, sobre el significado de la expresión «graves motivos» para la justificación del desistimiento en el contrato de arrendamiento. (*Alma R.G.*)

BANFI, C. A.: «Defining The Competition Torts As Intentional Wrongs», *C. L. J.*, 2011, vol. 70, núm. 2, pp. 83-112.

Completo estudio sobre los requisitos de la responsabilidad extracontractual por ilícito concurrencial en Derecho inglés, que pone énfasis en los obstáculos que se oponen a una responsabilidad de tipo objetivo y que una parte de la doctrina ha defendido a causa de las dificultades de prueba del elemento intencional. Frente a estos planteamientos, el autor subraya que el *tort* por ilícito concurrencial debe seguir interpretándose conforme a los mismos parámetros que otros *economic torts*. El resultado práctico es que, exigiendo una prueba suficiente de la intención de causar los daños, la responsabilidad extracontractual por ilícito concurrencial debe seguir teniendo el papel modesto que hoy tiene en la jurisprudencia inglesa. (*J. R. I.*)

BARCHIESI, L.: «L’errore di diritto nel contratto; storia e sistematica di una nozione nella riflessione dottrinale», *RDC*, 2012, núm. 2, parte prima, pp. 167-204.

Reflexiones sobre la figura del error contractual, mediante una revisión histórica del artículo 1109 del Codice Civile, desde las influencias francesas y germánicas en el Codice de 1865 hasta la redacción del Codice de 1942: naturaleza jurídica, causa legal, error esencial, error en los efectos del contrato, error en la regulación jurídica. (*M. R. D. R.*)

BARRA, F.: «L’esperienza delle *class action* e i diritti identici: un primo bilancio e l’impatto con i mercati finanziari», *CI*, 2012, núm. 1, pp. 1-8.

El artículo hace balance del éxito de la acción de clase para la consecución de la tutela de los consumidores en el ordenamiento italiano y estudia también los límites que encuentra dicha acción en los mercados financieros con referencia a las informaciones inexactas u omitidas. (*Alma R.G.*)

BARRET, O.: «Les recours offerts à l’acquéreur contre le vendeur au cas de superficie insuffisante de l’immeuble vendu», *RTDC*; 2012, núm. 2, pp. 207-230.

La importancia de la medida del inmueble en la fijación del precio. Error en la medida y su repercusión en el contrato. Insuficiencia de la normativa del Código civil para proteger al adquirente y nuevas tendencias en la compraventa. (*R. A. R.*)

BERNARD-MENORET, R.: «Principe de précaution et responsabilité civile: ne pas confondre prévenir et guérir», *GP*, 2012, núm. 207-208, pp. 5-8.

Ante los problemas jurisprudenciales que se plantean con el principio de cuidado, el autor se centra en la distinción entre las acciones preventivas y su influencia en la acción de reparación del daño. (*R. A. R.*)

BERNFELD, CI: «Rapport Terré. Feu la répartition intégrale», *SJ*, núm. 1-2, 2012, pp. 40-48.

La propuesta de reforma del derecho de la responsabilidad civil del grupo Terré tiene el efecto de una bomba en el ámbito del daño corporal. Los objetivos son asumidos por los contribuyentes al informe: racionalización, aplicación jurisprudencial y limitación en la indemnización de las víctimas. La asociación nacional de los abogados de víctimas de daños corporales deberán tener en cuenta en adelante el riesgo de desintegración de los principios del derecho de la reparación. (*R. A. R.*)

BERTINO, L.: «Rilevante gravità dell'inadempimento nella clausola risolutiva espressa», *CI*, 2012, núm. 1, pp. 106-125.

Estudio de la cláusula que subordina la resolución del contrato a la existencia de una relevante importancia del incumplimiento y cuya finalidad es sustraer al juez de la valoración de la gravedad del incumplimiento. Naturaleza de la cláusula resolutoria expresa. (*Alma R.G.*)

BERTOLINI, A.: «Il requisito dell' anteriorità del vizio nella garanzia per evizione e l'efficacia successiva del contratto», *NGCC*, 2011, núm. 12, pp. 1281-1286.

Comentario a *Cass.* 14.4.2011 n. 8536; con tal pronunciamiento el Tribunal Supremo italiano ha vuelto a ocuparse de los presupuestos del saneamiento por evicción, en particular, de la relevancia que posee la anterioridad del hecho de la evicción respecto a la transmisión del derecho. (*Alma R.G.*)

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*, 2012, núm. 11, pp. 2674-2675. (*M. R. D. R.*)

BORTOLUZZI, S.: «L'avocat mandataire de sportif, avocat de plein exercice», *GP*, 2012, núm. 106-108, pp. 14-19.

Estudio a propósito de la ley de 28 de marzo de 2011 por la que se consagra legalmente el reconocimiento del abogado como mandatario de un club deportivo y se señala su incompatibilidad con el ejercicio de la profesión libre de abogado. (*R. A. R.*)

BOUTONNET, M.: «Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats», *RD*, 2012, núm. 6, pp. 377-385.

La protección del medio ambiente cada vez mayor en el ámbito del derecho de los contratos. Estudio sobre una nueva clase de obligación de carácter general: la obligación de cuidado del medio ambiente y sus consecuencias. (*R. A. R.*)

BREDA, R.: «Danno non patrimoniale per ritardo nella cancellazione dell'ipoteca», *NGCC*, 2011, núm. 11, pp. 1153-1156.

Comentario a sentencia del Tribunal de *Brindisi* de 2 de abril de 2011, en la que el tribunal se pronuncia afirmando la naturaleza contractual de la res-

ponsabilidad de la entidad bancaria por el retraso culpable en la cancelación de una hipoteca. (*Alma R.G.*)

BRUNIALTI, M.: «Dovere di riservatezza e segreto professionale nella mediazione», *GC*, 2012, núm. 10, pp. 487-501.

Análisis histórico del deber de confidencialidad y efectos de la violación del secreto profesional en los actos de mediación. Antecedentes y regulación actual. (*M. R. D. R.*)

BUFFA, F.: «Il danno esistenziale cagionato dall'ente previdenziale-osservazione a Cass. 10 febbraio 2010 n. 3023», *GC*, 2012, núm. 5, pp. 1313-1317. (*M. R. D. R.*)

BURY, B./ROUSSILLE, M.: «La carte bancaire», *GP*, 2012, núm. 34-35, pp. 7-13.

La tarjeta bancaria como medio de pago. Estudio de su evolución desde que aparece hasta hoy. (*R. A. R.*)

BUSI, V.: «La violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica: il danno resarcibile, i soggetti responsabili», *NGCC*, 2011, núm. 7-8, pp. 753-761.

Comentario a sentencia sobre el daño derivado de la lesión del derecho a la autodeterminación terapéutica: resarcimiento y límites. Si en un primer momento la doctrina italiana sostenía que el derecho a la autodeterminación terapéutica era una facultad integrante del derecho a la salud del artículo 32 de la Constitución italiana, hoy prevalece la orientación que reconoce la autonomía y la relevancia constitucional de tal derecho. (*Alma R.G.*)

BUSNELLI, F.D.: «Non c'è quiete dopo la tempesta. Il danno alla persona alla ricerca di uno statuto risarcitorio», *RDC*, 2012, núm. 2, parte prima, pp. 129-146.

Reflexiones sobre la necesidad de reformar los presupuestos, criterios y baremos reguladores del resarcimiento del daño moral, a propósito de la sentencia di San Marino, delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: reminiscencias germánicas, propuestas jurisprudenciales francesas y legislativas españolas. (*M. R. D. R.*)

BUSTIN, O.: «Les présomption de prévisibilité du dommage contractuel», *RD*, 2012, núm. 4, pp. 238-243.

Problemas de previsibilidad del daño en la responsabilidad contractual, Los silencios de las partes y la falta de cláusulas en este aspecto pueden influir en la falta de previsibilidad. Presunciones a favor de la previsibilidad. (*R. A. R.*)

CALDERAI, V.: «Sui limiti della tutela giuridica dell'autodeterminazione in biomedicina», *NGCC*, 2011, núm. 9, pp. 901-909.

Comentario jurisprudencial sobre la responsabilidad civil por el defectuoso cumplimiento de la obligación de obtener el consentimiento informado del paciente. (*Alma R.G.*)

CAMPIONE, R.: «La sostituzione del bene, quale azione di esatto adempimento, nel sistema codicistico, di tutela dell'acquirente», *RTDPC*, 2012, núm. 1, pp. 53-87.

Consideraciones sobre la falta de previsión de la posibilidad de sustitución de los bienes, como remedio ante el incumplimiento contractual, en caso de falta de conformidad con el objeto contractual por vicios redhibitorios. Análisis de la posibilidad de sustitución del bien como forma de ejecutar la acción de cumplimiento contractual. (*M. R. D. R.*)

CANALINI, V.: «La nuova disciplina dei contratti di garanzia finanziaria: commento alle modifiche introdotte dal d. lgs. 24 marzo 2011 n. 48», *NLCC*, 2012, núm.3, pp. 445- 477.

Análisis de la incorporación de la Directiva 2009/44/CE, a través del decreto legislativo de 24 de marzo de 2011, en materia de garantías financieras. (*M. R. D. R.*)

CANU, V.: «La vente à la découpe, encore...», *GP*, 2012, núm. 55-56, pp. 25-30.

Situación jurisprudencial en los casos de venta por lotes de un inmueble con más de 10 viviendas. Consecuencias de la falta de información o falta de comunicación a alguno de los inquilinos de dichos inmuebles. (*R. A. R.*)

CARBONE, E.: «Colpa per assunzione e obbligo di avviso nella responsabilità medico-sanitaria», *NGCC*, 2011, núm. 12, pp. 1253-1258.

Comentario a *Cass.* 13.7.2011 n. 15386 sobre responsabilidad civil del profesional sanitario por los daños prenatales derivados de la omisión del deber de información. (*Alma R.G.*)

CARNICELLI, C.: «Risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale: qualificazione e quantificazione», *GC*, 2012, núm. 6, pp. 293-318.

Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil precontractual, su extensión y límites de los remedios resarcitorios en los diferentes supuestos de incumplimiento de deberes precontractuales (falta de conclusión del contrato, contrato nulo, cambio de circunstancias, etc.). (*M. R. D. R.*)

CARO, JE: «La substitution du sous-traitant en cours d'exécution du marché public», *GP*, 2012, núm. 125-126, pp. 17-20.

Problemas jurídicos que se plantean en los casos de cambio de un subcontratante y que no están aún resueltos por la ley. Problemas de competencia y discrecionalidad para el adjudicatario. (*R. A. R.*)

CASSON, PH: «Les assurances associées aux cartes de paiement», *GP*, 2012, núm. 34-35, pp. 11-14.

Garantías actuales de la tarjeta bancaria como medio de pago preferido por los franceses. Seguro de los bienes adquiridos y seguro de asistencia. (*I. S. P.*)

CASTON, A./PORTE, R.: «L'interruption du délai de responsabilité décennale des constructeurs», *GP*, 2012, núm. 125-126, pp. 11-16.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de casación civil, sección 3, de 14 de diciembre de 2011, donde se pone en evidencia los problemas jurídicos que siguen planteándose en materia de prescripción a pesar de la reforma legal. (*I. S. P.*)

CELARDI, G. M.: «L'anatocismo bancario nella giurisprudenza di legittimità –nota a Cass. Sez. Un. 2 dicembre 2010 n. 24418», *GC*, 2012, núm. 10, pp. 2335-2343. (*M. R. D. R.*)

CERULO, A.: «L'impegno del venditore di eliminare i vizi del bene compravenduto: vecchie e nuove incertezze in tema di prescrizione dell'azione del compratore», *NGCC*, 2011, núm. 7-8, pp. 805-814.

Comentario a *Cass.* 14.1.2011 n. 747, que trata el compromiso asumido por el vendedor de eliminar los vicios de la cosa vendida, la eficacia novatoria de tal compromiso y la incidencia sobre el plazo de caducidad y de prescripción, con específica referencia a la acción de exacto cumplimiento. (*Alma R.G.*)

CHABAUT-MARX, C.: «À propos de la médiation familiale: vers une judiciarisation du dialogue?», *RD*, 2012, núm. 1, pp. 43-46.

Se pone en cuestión la función de la mediación como un sistema de resolución de conflictos que evita los problemas entre los cónyuges. El juez como sujeto que impide la preponderancia de la mediación para entrar en juego el proceso. (*R. A. R.*)

CHARBONNEAU, C.: «Le reflet du contrato u le renouveau de la théorie de la victime par ricochet», *RDI*, 2012, núm. 9, pp. 424-431.

Falta de contrato de obra por un tercero y sus consecuencias. Estudio jurisprudencial del tema y sus consecuencias jurídicas en el ámbito de la construcción. (*R. A. R.*)

CHRISTANDL, G.: «Der Vertrag zugunsten Dritter im Entwurf für ein neues spanisches Schuldrecht im Spiegel des europäischen Vertragsrechts», *ZeUP*, núm. 2, 2012, pp. 245-269.

La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos hecha por la Comisión General de Codificación (http://www.justicia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198250496/Estructura_C/1215198250781/Detalle.html) regula en el art. 1294 el contrato a favor de tercero: «En el contrato a favor de tercero o que contenga estipulación en beneficio de un tercero, éste, salvo que otra cosa se haya pactado, adquiere el derecho frente al promitente por la sola celebración del contrato; pero el estipulante podrá revocar el derecho del beneficiario mientras éste no haya hecho saber su aceptación a cualquiera de los contratantes./ Si hubiere revocación, o el tercero renunciare, corresponderá el derecho al estipulante y se entenderá que el tercero nunca lo adquirió./ No será necesario que el tercero quede identificado en el momento de la celebración del contrato, pero deben establecerse los criterios para su determinación pudiendo reservarse

tal designación al estipulante./ El promitente puede oponer al tercero cualquiera de las excepciones derivadas del contrato, pero no puede oponer las que deriven de otras relaciones con el estipulante».

El autor del trabajo pone de manifiesto que el Anteproyecto sigue básicamente los *Principles of European Contract Law* y los *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, lo que muestra que los proyectos académicos internacionales de reforma al final influyen sobre los legisladores nacionales. (M. G.-R.)

CIMATI, I.: «Sull'esclusione dal fallimento dei beni costituenti il fondo patrimoniale – osservazione a Cass. 22 gennaio 2010 n 1112», *GC*, 2012, núm. 4, pp. 1065-1067. (M. R. D. R.)

COCUCCIO, M.: «Responsabilità dell'insegnante per mancata protezione del minore –nota a Cass. 3 marzo 2010 n 5067», *GC*, 2012, núm. 12, pp. 2932-2938. (M. R. D. R.)

COMENALE, M.: «Attività pericolose e dani a terzi in superficie - nota a Cass. 10 novembre 2010 n 22822», *GC*, 2012, núms. 7-8, pp. 1778-1781. (M. R. D. R.)

COSTA, C.: «Il donatario e il dovere di non commettere atti di ingratitudine», *NGCC*, 2011, núm. 9, pp. 859-867.

Comentario a *Cass.* 31.3.2011: de nuevo ha tenido el Tribunal Supremo italiano ocasión de pronunciarse sobre la revocación de la donación por injuria grave del donatario y de confirmar el deber de reconocimiento y de solidaridad que, según la conciencia común, han de existir en el comportamiento del donatario. (Alma R.G.)

CUPA, B.: «Scattered Damages: A Comparative Law Study About the Enforcement Deficit of Low-Value Damages and the Class Action Approach», *ERPL*, núm. 2, 2012, pp. 507-539.

Artículo sobre el problema de los daños de poca entidad, considerados individualmente, y la posibilidad de ejercitar acciones de grupo o *class actions* en estos casos, poniendo como ejemplo un escándalo en Alemania por la transmisión bancaria de datos de los clientes. (M. G.-R.)

D'ORO, S.: «Sulla qualificazione giuridica del negozio mitum cum donazione –osservazione a Cass. 17 novembre 2010 n. 23215», *GC*, 2012, núm. 3, pp. 652-656. (M. R. D. R.)

DAVIES, G.: «Freedom of Movement, Horizontal Effect, and Freedom of Contract», *ERPL*, núm. 3, pp. 805-827.

El derecho a la libre circulación en el Derecho de la Unión Europea sigue muy de cerca los contornos de la libertad contractual. Impide a sujetos, tanto públicos como privados, interferir en la libertad contractual de terceros. Sin embargo, no parece haber sido entendido por el Tribunal de Justicia para aplicarlo a las preferencias contractuales como tales. Por tanto, la gradual extensión de su efecto horizontal, que culmina en el caso *Viking Line*, no representa una gradual usurpación de la libertad contractual, sino una extensión gradual de su poder de prevenir que esta libertad sea restringida. (M. G.-R.)

DEL PRATO, E.: «Contratti misti: variazioni sul tema», *RDC*, 2012, núm. 1, parte prima, pp. 87-120.

Reflexiones ante la proliferación de nuevos tipos contractuales y la necesidad de establecer criterios claros sobre el régimen jurídico aplicable, mediante la delimitación de la causa contractual y los fines económicos del negocio. (*M. R. D. R.*)

DELLACASA, M.: «Il creditore può rinunciare alla risoluzione di diritto? Luci ed ombre di una regola giurisprudenziale», *RDC*, 2012, núm. 1, parte prima, pp. 21-51.

Análisis de la figura de la resolución contractual y la naturaleza dispositiva de sus efectos, con tendencia positiva de la jurisprudencia a su admisión. (*M. R. D. R.*)

DERIEUX, E.: «Neutralité et responsabilité des intermédiaires de l'Internet. Mythe ou réalité du principe de «neutralité»?», *SJ*, núm. 13, 2012, pp. 621-627.

¿El principio de «neutralidad de Internet» y particularmente el de los «intermediarios» es una ilusión? De manera bastante inevitable, desde el momento que eso no es el hecho de los intermediarios o no revela actos de censura de los regímenes autoritarios, diversas disposiciones, tanto del derecho europeo como nacional apenas a la intervención de estos prestatarios técnicos en la necesidad de controlar el uso de los recursos y la ejecución de las condenas pronunciadas en casos de abusos cometidos por los usuarios. Dada la dimensión internacional de la comunicación, las medidas de filtro y de bloqueo suelen ser eficaces. (*R. A. R.*)

DESSUET, P.: «Travaux sur existants: les assurances», *RDI*, 2012, núm. 4, pp. 204-217.

Aplicación del seguro y su posible responsabilidad en caso de falta de existencias para la realización de la obra. Régimen facultativo o régimen obligatorio. (*I. S. P.*)

— «Travaux sur existants: la responsabilité», *RDI*, 2012, núm. 3, pp. 128-142.

Inexistencia de regulación legal en el problema y posible aplicación de las normas de derecho común en materia de responsabilidad o bien del art. 1792 del Código civil sobre garantías legales en la construcción. (*I. S. P.*)

DI ROSA, G.: «Attività di gestione e contratto di mandato», *CI*, 2012, núm. 1, pp. 289-310.

Artículo dedicado al contrato de mandato: Aspectos históricos y modalidades de cooperación (cooperación jurídica y cooperación material). (*Alma R.G.*)

DIVO, A./FÉLIZOT, CH: «Changement d'usage des locaux: les fondamentaux juridiques et pratiques», *GP*, 2012, núm. 55-56, pp. 13-16.

Necesidad de conocer bien cuando se adquiere un local el uso que se le va a dar, dadas las dificultades legales existentes para su cambio de destino. Exhaustividad de regulación legal y sus problemas. (*R. A. R.*)

DURAND-PASQUIER, G.: «Réflexions sur le régime de responsabilité des constructeurs en cas de violation d'une norme», *RDI*, 2012, núm. 4, pp. 192-203.

Multiplicidad normativa en materia de responsabilidad en la construcción y su posible delimitación. La autora manifiesta que la responsabilidad decenal aparte de solventar los problemas de distinguir entre normas de seguridad y normas de confor, también permite distinguir entre simple riesgo y daño. Posibilidad de su aplicación a otros problemas. (*R. A. R.*)

FACCIOTTI, S.: «Responsabilità medica e riparto dell'onere della prova del nesso di causalità: inversione di rotta?», *NGCC*, 2011, núm. 10, pp. 1005-1011.

Comentario a sentencia sobre la prueba del nexo de causalidad en materia de culpa médica en general y, en particular, la prueba del nexo entre la ausencia de información y la lesión del derecho a la salud del paciente. (*Alma R.G.*)

FALCONE, G.: «La disciplina italiana in materia di tutela dei depositanti, alla luce del d. lgs. n. 49/11», *NLCC*, 2012, núm. 3, pp. 479- 500.

Estudio del depósito bancario, ante la actual crisis económica, con especial referencia a la obligación de adhesión al sistema de garantía bancaria y el sistema de tutela del depositante, con la posibilidad de la intervención pública en la gestión bancaria. (*M. R. D. R.*)

FALTONI, L.: «La risarcibilità del danno da demansionamento: presupposti e limiti», *NGCC*, 2011, núm. 10, pp. 1024-1030.

Comentario a sentencia sobre el reconocimiento al trabajador del derecho al resarcimiento por el daño profesional, biológico o existencial. (*Alma R.G.*)

— «L'assenza della tendenziale equivalenza tra le prestazioni come mancanza della causa contrattuale», *NGCC*, 2011, núm. 7-8, pp. 793-798.

Comentario a sentencia sobre la equivalencia de las prestaciones como elemento esencial del contrato, de modo que su ausencia puede dar lugar a la falta de causa contractual. (*Alma R.G.*)

FARNETTI, M.: «Quali rimedi contrattuali in caso di vendita di opere d'arte di paternità controversa», *NGCC*, 2011, núm. 9, pp. 429-448.

Artículo relativo a los remedios contractuales existentes en caso de venta de obras de arte de paternidad controvertida: Estudio de la tradicional alternativa entre anulación por error y resolución por incumplimiento. La consolidada tendencia actual favorable al remedio de la resolución por incumplimiento. (*Alma R.G.*)

— «Quali rimedi contrattuali in caso di vendita di opere d'arte di paternità controversa», *NGCC*, 2011, núm. 10, pp. 479-499.

Segunda parte de un artículo acerca de los remedios contractuales existentes en la hipótesis de venta de obras de arte de paternidad controvertida. En concreto, esta parte analiza la cuestión en el Derecho Comparado: razo-

nes de la preferencia existente en el remedio del incumplimiento del contrato de venta de obras de arte en el ordenamiento alemán; remedios en los ordenamientos francés y suizo. Solución jurisprudencial actual: ¿retorno a los vicios de la voluntad como remedio? (*Alma R.G.*)

FAUVARQUE-COSSON, B.: «Vers un droit commun européen de la vente», *RD*, 2012, núm. 1, pp. 34-42.

Innovación de la nueva propuesta de reglamento en derecho europeo: integración del derecho común de la venta con la normativa interna, sin modificación de los derechos nacionales. El autor resalta la falta de lagunas de la normativa común, su carácter general y su contenido. Existencia de un derecho único y sus ventajas. (*I. S. P.*)

FIMIANI, P.: «La liquidazione del danno ambientale verificatosi prima del testo unico del 2006 – osservazione a Cass. 22 marzo 2011 n. 6511», *GC*, 2012, núm. 5, pp. 1224-1230. (*M. R. D. R.*)

FINESI, A.: «La nuova disciplina del contratto di multiproprietà», *NLCC*, 2012, núm.3, pp. 501- 561.

Estudio del artículo 69-81 bis c. cons, en actuación de la Directiva 2008/122/CE relativa al contrato de multipropiedad, introduciendo el régimen jurídico de los contratos vacacionales de larga duración: publicidad e información precontractual, requisitos formales, objetivos y subjetivos, duración del contrato, medios de tutela del consumidor, derecho de desistimiento y otros contenidos del contrato. (*M. R. D. R.*)

FOFFA, R.: «Il danno da perdita dell'animale d'affezione», *NGCC*, 2011, núm. 7-8, pp. 667-670.

Comentario jurisprudencial relativo al daño no patrimonial sufrido por la pérdida de un animal doméstico, tema que recientemente ha generado un gran debate doctrinal en Italia superior a la casuística jurisprudencial. (*Alma R.G.*)

— «I petali del danno non patrimoniale», *NGCC*, 2011, núm. 11, pp. 1074-1077.

Comentario jurisprudencial relativo al perjuicio existencial como categoría del daño no patrimonial. (*Alma R.G.*)

FOLIERI, L.: «Disposizione di un diritto altrui e indisponibilità nella cessione dei beni ai creditori», *RTDPC*, 2012, núm. 3, pp. 767-789.

Análisis de la prohibición de cesión de bienes a terceros acreedores sin el consentimiento de anteriores acreedores. Revisión de la figura de la disposición de derechos ajenos. (*M. R. D. R.*)

FORNACIARI, M.: «Il risarcimento del danno da lesione del possesso», *RTDPC*, 2012, núm. 1, pp. 89-116.

Consideraciones sobre el supuesto del daño producido por el poseedor de un bien, para la determinación de la responsabilidad frente a la víctima del

daño, la legitimidad pasiva de la acción resarcitoria y la cuantificación y cualificación del daño a efectos indemnizatorios. (*M. R. D. R.*)

FORRAY, V.: «L'offre et l'acceptation dans les projets de réforme du droit français des contrats. Remarques sur l'écriture du droit des contrats», *RTDC*, 2012, núm. 2, pp. 231-250.

Estudio a propósito del proyecto de reforma del Derecho de contratos francés. Estudio técnico y doctrinal sobre la normativa contenida, crítica de los defectos en él observados. (*R. A. R.*)

FRANÇOIS, S.: «Promesse de vente et promesse d'embauche. Regards croisés sur le sort réservé aux promesses de contrat par la jurisprudence», *SJ*, núm. 17, 2012, pp. 855-859.

Las soluciones dadas por la jurisprudencia en materia de promesa unilateral de venta y de promesa de contratación conducen a negarles las características de un precontrato. (*R. A. R.*)

FUSARO, A.: «Sui confini della responsabilità disciplinare notarile: a proposito della clausola compromissoria statutaria e delle nullità relative», *NGCC*, 2011, núm. 9, pp. 408-427.

Artículo relativo a la responsabilidad disciplinaria del notario por la redacción de actos no válidos. (*Alma R.G.*)

— «Rating finanziario e responsabilità nei confronti dell'emittente», *CI*, 2012, núm. 1, pp. 181-196.

Artículo acerca del daño por informaciones financieras inexactas. (*Alma R.G.*)

GABRIELLI, E.: «Garanzie del credito e mercato: il modelo comunitario e l'Antitrust», *GC*, 2012, núm. 4, pp. 167-181.

Reflexiones sobre el cuadro de las directivas europeas en materia de garantías financieras: análisis de las directivas 2002/47/CE y 2009/44/CE, ante la necesidad de prevención y regulación del riesgo de insolvencia. Observaciones en contra del Trust. (*M. R. D. R.*)

— «Il contratto e il suo oggetto nel diritto italiano», *RTDPC*, 2012, núm. 1, pp. 23-51.

Revisión de la figura del contrato, su objeto y contenido, en el ordenamiento jurídico italiano, mediante la comparación con el derecho latinoamericano y el derecho común europeo. (*M. R. D. R.*)

GAMBINO, F.: «L'obbligazione nel conflitto tra principi generali», *RDC*, 2012, núm. 1, parte prima, pp. 51-68.

Observaciones en torno a los nuevos principios relativos al concepto de obligación e interpretación jurisprudencial. Análisis de la posible pérdida de autonomía contractual en la evolución del derecho contractual. (*M. R. D. R.*)

GIROLAMI, M.: «Modernità e tradizione nel diritto dei contratti: i progetti di riforma del Code Napoleon nella prospettiva del giurista italiano», *RDC*, 2012, núm. 2, parte prima, pp. 243-292.

Reflexiones sobre el proceso de unificación del Derecho Europeo en materia contractual desde la perspectiva del jurista italiano, partiendo de la reforma del Code francés y analizando otras propuestas como la del Código Civil catalán. (*M. R. D. R.*)

GOUDKAMP, J.: «Insanity as a Tort Defence», *Oxford. J. Leg. Stud.*, 2011, vol. 31, núm. 4, pp. 727-754.

En el campo de la responsabilidad civil, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de *common law* consideran responsable al incapaz causante de daños. James Goudkamp analiza los argumentos a favor de esta regla y los considera poco convincentes. Por el contrario, defiende la necesidad de que el derecho de la responsabilidad civil exonere a los incapaces por dos razones. En primer lugar, porque considera que esa solución es más coherente con la idea de autonomía privada, que presupone la existencia de capacidad civil. La segunda razón –más discutible– parte de la idea de que el derecho de la responsabilidad civil tiene una función sancionadora, y que en este contexto carece de sentido imponer responsabilidad sobre un incapaz. (*J. S. F.*)

GOUTTES, R.: «À propos des métamorphoses du droit de la responsabilité civile: à la recherche d'une remise en ordre dans le désordre actuel des normes», *GP*, 2012, núm. 46-47, pp. 5-10.

Estudio de la responsabilidad civil en el Derecho francés a propósito del proyecto de reforma de Pierre Catala. Posibilidad de modernización y corrección, conservando su fundamento histórico. (*I. S. P.*)

GRANOTIER, J.: «L'exclusion d'un associé: vers de nouveaux équilibres?», *SJ*, núm. 22, 2012, pp. 1067-1074.

La exclusión de un socio está poco regulada por la ley, dado el principio de libertad que rige naturalmente en la materia. Esta libertad estará compensada por los controles de las modalidades de realización a fin de garantizar los derechos del socio excluido. Pero, los instrumentos de este control que aparecen insuficientes e inciertos, no permiten encontrar un punto de equilibrio adecuado entre la libertad de exclusión y las garantías de los socios excluidos. (*R. A. R.*)

HEUZÉ, V.: «Le technocrate et l'imbécile. Essai d'explication du droit commun européen de la vente», *SJ*, núm. 25, 2012, pp. 1225-1232.

La propuesta de reglamento relativo al derecho común europeo de la venta concierne exclusivamente a los contratos relativos a los consumidores y las PME. Su adopción, incompatible con los poderes de la Unión europea, tendrá como resultado privar a los profesionales de toda la protección que los derechos nacionales garantizan cuando contrastan con empresas más grandes. (*I. S. P.*)

HOWARTH, D.: «Libel: Its Purpose and Reform», *MLR*, 2011, vol 74, núm. 6, pp. 845-877.

Con ocasión de la presentación por parte del Ministerio de Justicia inglés del *proyecto de Ley sobre la Reforma de la Difamación* (la reciente respuesta

del gobierno inglés puede consultarse en <http://www.justice.gov.uk/downloads/publications/policy/moj/government-response-draft-defamation-bill.pdf>, el autor propone replantear el alcance del derecho al honor, rebajando la importancia de la protección de los intereses económicos puros e incrementando la faceta más social de ese derecho, en el sentido de conceder mayor peso a su incidencia en la salud y el bienestar de las personas. Según el autor, esta perspectiva puede encontrar acomodo en la protección del derecho a la intimidad, tal y como se contempla en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. También supone replantear la posibilidad de que una empresa pueda interponer una demanda por intromisión al honor. (*J. S. F.*)

IMBERT-QUARETTA/MONFORT/CARPENTIER: «La contravention de négligence caractérisée à la lumière de la mise en oeuvre de la procédure de réponse graduée», *SJ*, núm. 19, 2012, pp. 966-971.

La Comisión de protección de derechos de la Alta autoridad para la difusión de obras y la protección de los derechos en Internet se encarga del procedimiento de reposición gradual. Se trata de mecanismos de advertencia dirigidos a los titulares de un acceso a Internet utilizados con fines de contrafección. (*R. A. 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*, 2012, núm. 3, pp. 712-715. (*M. R. D. R.*)

JANSEN, N./ ZIMMERMANN, R.: «Contract Formation and Mistake in European Contract Law-A Genetic Comparison of Transnational Model Rules», *Oxford J. Leg. Stud.*, 2011, vol. 34, núm. 4, pp. 625-662.

Examen de las reglas sobre perfección del contrato y sobre error en el consentimiento a partir de los diferentes textos académicos de Derecho privado europeo e internacional, desde los principios UNIDROIT hasta el DCFR. Para los autores, estos temas permiten observar cómo evolucionan las reglas en cada una de las propuestas, y sirven para lanzar una grave advertencia: a pesar de la publicación del DCFR y de sus amplios comentarios y notas, no se puede dejar de lado el vastísimo acervo de doctrina europea existente en estas materias. Aunque las ideas básicas que sustentan todas las propuestas son las mismas y suscitan un consenso muy elevado, persisten profundas divergencias terminológicas y de fondo entre los distintos sistemas, que el DCFR no habría conseguido superar. De hecho, el artículo se centra en criticar la metodología y los objetivos de este texto, principalmente el afán por las definiciones doctrinales, sobre cuya utilidad los autores dudan razonablemente, y la voluntad no declarada de ofrecerse como modelo de una futura legislación uniforme. Concluyen que, tanto si las soluciones del DCFR mantienen como si modifican las de los Principios Lando, no hay en el DCFR una justificación clara y convincente por lo que los Principios Lando, y no el DCFR, deben seguir ostentando la primacía en el análisis doctrinal. (*J. R. I.*)

JULIENNE, M.: «Pour un réexamen du principe de division des dettes conjointes», *RD*, 2012, núm. 19, pp. 1201-1207.

La parciariedad de la deuda frente a la solidaridad. Principio general en todas las reformas del derecho de obligaciones que el autor aplaude. Necesidad de ser repensada en el Derecho francés por sus ventajas. (*I. S. P.*)

LAGARDE, X.: «Retour sur les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat», *SJ*, núm. 16, 2012, pp. 808-813.

Numerosos autores consideran que los resultados consecutivos a la anulación de un contrato deben ser sometidos a las reglas de la reparación de lo indebido. Critican en consecuencia el artificio de una jurisprudencia, inexplicablemente atada a la ficción de la retroactividad. El presente estudio trata de justificar esta jurisprudencia mostrando que en el caso de ejecución de un contrato anulado, las restituciones no son más que el reflejo de una exigencia de efectividad de la nulidad. (*I. S. P.*)

LAHE, J./TURK, K.: «The Web Host's Privilege of Limited Liability: Its Application to Operators of Commentary Rooms», *ERPL*, núm. 2, 2012, pp. 447-472.

El artículo trata el problema, desde el punto de vista de Estonia, de los comentarios que se colocan en distintos foros de internet. A veces, tales comentarios pueden ser falsos o difamatorios. Puesto que las víctimas no pueden identificar a quien colocó el comentario, demandan entonces al operador de la página donde se ha insertado. (*M. G.-R.*)

LAIMER, S.: «Nutzungs- und Aufwendersatz nach Vertragsaufhebung wegen nachträglicher Erfüllungsstörungen: Die Regelung des DCFR in rechtsvergleichender Perspektive», *ZEuP*, núm. 1, 2012, pp. 47-71.

Artículo que trata las consecuencias de cualquier desviación en el cumplimiento del contrato (imposibilidad, mora, incumplimiento), referidas tanto a la indemnización por el uso como por los gastos realizados. Hasta ahora no existía una regulación satisfactoria ni en los *Principles of European Contract Law* ni en los Principios *Unidroit*. Sin embargo, sí hay una regulación definida en el Marco Común de Referencia, y en él se centra este estudio. (*M. G.-R.*)

LAUDE, A.: «Le code de déontologie médicale enfin modifié!», *RD*, 2012, núm. 26, pp. 1694-1697.

Estudio sobre la reforma de las normas deontológicas para la medicina a raíz del Decreto 2012-694 de 7 de mayo de 2012. Posibilidad del paciente de acceder a su dossier médico. (*R. A. R.*)

LEDUCQ: «Risque, prévention et assurance: une vision convergente des deux juridictions suprêmes?», *GP*, 2012, núm. 228-231, pp. 7-9.

El riesgo y el álea como elementos inherentes al contrato de seguro según la Sentencia de la Corte de casación francesa de 2011. La posición de los demás tribunales franceses sobre este punto: reparto del riesgo y su prevención. (*R. A. R.*)

LEE, M.: «Safety, Regulation and Tort: Fault in Context», *MLR*, 2011, vol 74, núm. 4, pp. 555-580.

El artículo plantea la interacción entre los estándares de calidad o de seguridad establecidos en normas de naturaleza regulatoria, por un lado, y las normas reguladoras de la responsabilidad civil, por otro. La autora presta especial atención a la incidencia que tienen los estándares establecidos en normas administrativas sobre la configuración del estándar de diligencia determinante de una responsabilidad civil por culpa. Una de las conclusiones es que la influencia de los estándares de seguridad sobre la determinación del nivel de diligencia es muy variable, a causa de la distinta finalidad que persiguen ambos grupos de normas. (*J. S. F.*)

LEROY, M.: «L'assurance-vie», *GP*, 2012, núm. 202-203, pp. 4-18.

Diversos estudios del autor sobre el seguro de vida: redacción de cláusula beneficiaria tras un arbitraje; integración voluntaria de la garantía en el activo sucesorio; renuncia al contrato de seguro de vida; y actualidad fiscal. (*R. A. R.*)

— «Rachat d'un contrat d'assurance-vie et acceptation antérieure au 18 décembre 2007», *GP*, 2012, núm. 39-40, pp. 5-8.

Estudio jurisprudencial del tema tras la entrada en vigor de la Ley de diciembre de 2007. Situación actual del seguro de vida. (*I. S. P.*)

LOIR, R.: «L'information dur franchise sur le future», *RD*, 2012, núm. 22, pp. 1425-1431.

Información que ha de darse a quien quiere entrar en una empresa como franquicia y su posible independencia frente a la empresa matriz. Argumentos doctrinales. (*R. A. R.*)

MACCARI, M.V.: «Durata delle locazioni concluse dall'usufruttuario: fra disciplina codicistica e legislazione speciale», *NGCC*, 2011, núm. 12, pp. 1234-1238.

Comentario a *Cass.* 26.5.2011 n. 11602 sobre el destino del arrendamiento concertado por el usufructuario cuando se extingue el usufructo: opción entre la tutela del nudo propietario y la protección legal imperativa del arrendatario. (*Alma R.G.*)

MAIONE, L.: «Solidarietà passiva e azione revocatoria», *NGCC*, 2011, núm. 11, pp. 1142-1148.

Comentario a *Cass.* 22.3.2011 n. 6486 sobre la acción revocatoria del acto fraudulento realizado por el deudor solidario y, en general, sobre la conservación de las garantías de la solidaridad pasiva. (*Alma R.G.*)

MARTENS, S. A. E.: «Die Regelung der Willensmängel im Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht», *AcP*, núm. 6, 2011, pp. 845-885.

En octubre de 2011 se presentó a la Comisión Europea una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una Normativa

Común de Compraventa Europea. El quinto capítulo regula los vicios de la voluntad: error, dolo e intimidación; el autor se detiene en examinar la regulación criticando especialmente la del error y la de la intimidación. (*M. G.-R.*)

MASTROGIOVANNI, G.: «Liquidazione dell'attivo fallimentare, vendita forzata immobiliare e aliud pro alio – nota a Cass. 14 ottobre 2010 n 21249», *GC*, 2012, núm. 4, pp. 936-940. (*M. R. D. R.*)

MATARESE F.: «Azione di riduzione di liberalità atipica – nota a Cass. 12 maggio 2010 n. 11496», *GC*, 2012, núm. 5, pp. 1287-1292. (*M. R. D. R.*)

MCCAUGHRAN, J.: «Implied Terms: The Journey of the Man on the Clapham Omnibus», *C. L. J.*, 2011, vol 70, núm. 3, pp. 607-622.

Análisis de la jurisprudencia inglesa sobre cláusulas implícitas en el contrato tras la sentencia *Attorney General of Belize v. Belize Telecom Limited* [(2009) W.L.R., 1988]. El criterio tradicional partía del denominado «test del bystander oficioso» y consistía en preguntar si ambos contratantes hubiesen considerado que la cláusula en cuestión se encontraba implícita en el contrato. En la sentencia *Belize*, este test se sustituye por lo que habría decidido un «observador razonable», con los conocimientos disponibles para los contratantes. En este caso, la pregunta no se dirige a las partes contratantes, sino a un tercero razonable, y el artículo trata de calibrar en qué medida este enfoque altera las soluciones a las que llegaba la jurisprudencia tradicional. (*J. S. F.*)

MEILLER, E.: «La distinction du formalisme et de la formalité. Réflexion sur les prescriptions imposées au mandat de l'agent immobilier», *RD*, 2012, núm. 3, pp. 160-166.

La nulidad como máxima sanción formal y su aplicación a las condiciones de formación del contrato. Extensión de tal sanción a defectos contractuales posteriores a la ejecución y sus consecuencias. Distinción entre formalismo y formalidad. (*I. S. P.*)

MELI, M.: «Il risarcimento del danno ambientale», *NGCC*, 2011, núm. 9, pp. 848-856.

Comentario jurisprudencial sobre la valoración económica del daño ambiental en el Código de Medio Ambiente. (*Alma R.G.*)

MÉSA, R.: «Precisions sur la notion de faute lucrative et son régime», *SJ*, núm. 20-21, 2012, pp. 1017-1024.

Los proyectos más recientes de reforma del derecho de la responsabilidad civil incluyen la necesidad de tener en cuenta las faltas lucrativas, sin embargo no define este tipo de ganancia. Este estudio tiene por objeto aclarar la definición de este concepto para proponer la sanción que parece más adecuada y que reside en la consagración de un principio de restitución integral de los provechos ilícitos. (*I. S. P.*)

MESSINETTI, D.: «Considerazioni sul danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale», *RDC*, 2012, núm. 3, parte prima, pp. 333-344.

Reflexiones sobre el fundamento constitucional de los derechos de las personas y la orientación actual de la jurisprudencia en torno al reconoci-

miento y efectos del daño moral por incumplimiento contractual, desde la literalidad del artículo 1225 CC italiano. (*M. R. D. R.*)

MINERVINI, E.: «La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore», *NLCC*, 2012, núm.3, pp. 563- 573.

Análisis del régimen jurídico administrativo aplicable a las cláusulas abusivas como medio de tutela del consumidor, conforme al artículo 37 bis c.cons, convertido en l. 24 marzo 2012, n. 27: del control judicial al control administrativo como garantía de interpretación y control del abuso. (*M. R. D. R.*)

MOLFESSIS, N.: «De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente (ou pourquoi le mauvais usage d'un concept inadapté doit être banni)», *RD*, 2012, núm. 4, pp. 231-237.

Imposibilidad de aplicación de la ejecución forzosa en los casos de promesa unilateral de venta cuando una de las partes se retracta frente a la otra. (*I. S. P.*)

MONACHE, S.: «Clausola compromissoria unilateralmente predisposta e forma della ratifica», *RDC*, 2012, núm, 2, parte prima, pp. 147-165.

Estudio de las condiciones generales de los contratos predisuestas unilateralmente por una de las partes. Especial referencia al tratamiento jurídico de las cláusulas abusivas y efectos de la ratificación por la parte afectada, analizando las resoluciones judiciales al respecto y abogando por la nulidad de la ratificación en negocios con vicios de forma. (*M. R. D. R.*)

MOULY, J.: «Une règle de nature à induire en erreur: “La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée”», *RD*, 2012, núm. 21, pp. 1346-1354.

Problemas jurídicos que plantea la asimilación de la reticencia a la simple intención de equivocar. Consecuencias al deber de información del contratante. No necesidad de tratarlo como el verdadero dolo pero sí debe tener alguna consecuencia legal. (*I. S. P.*)

MOURY, J.: «Le droit confronté à l'omniprésence du risqué», *RD*, 2012, núm. 16, pp. 1020-1027.

Aparición de daños frecuentes con las nuevas tecnologías y la necesidad de una respuesta del Derecho. La jurisprudencia y su función, actuando de forma justa sin exceso. (*I. S. P.*)

MOYSE, JM: «Les limites de l'intervention des négociateurs immobiliers ayant le status d'agent commercial», *GP*, 2012, núm. 55-56, pp. 17-24.

Regulación legal de los agentes inmobiliarios y su sometimiento a la Ley Hoguet de 2 de enero de 1970. Restricción de su función por la limitación al orden público. Límites impuestos por la jurisprudencia francesa a estos agentes en los casos de negociación inmobiliaria. (*I. S. P.*)

MUCCIOLI, M.V.: «Attività di vigilanza e responsabilità della pubblica amministrazione: buona fede, doveri di protezione, diligenza e causalità», *NGCC*, 2011, núm. 12, pp. 1263-1269.

Comentario a *Cass.* 27.4.2011 n. 9404 sobre la responsabilidad de la Administración Pública por omisión de su deber de vigilancia sobre las sociedades fiduciarias de gestión de fondos patrimoniales. (*Alma R.G.*)

NARDI, S.: «Nullità del contratto e potere-dovere del giudice», *RDC*, 2012, núm. 2, parte seconda, pp. 155-184.

Revisión de la naturaleza y función de la acción de nulidad del contrato, legitimidad activa y efectos de la demanda, desde la perspectiva de la actuación judicial en el procedimiento civil: análisis de los artículos 1421 CC y 100 CPC. (*M. R. D. R.*)

NAVONE, G.: «La disciplina del documento informatico dopo il d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235», *NLCC*, 2012, núm.2, pp. 269-307.

Estudio del documento informático en torno a su valor jurídico y la validez y eficacia de los diferentes tipos de firma electrónica: avanzada, no avanzada, cualificada y digital. (*M. R. D. R.*)

NEGRO, A.: «Numero telefonico non inserito nell'elenco abbonati: il risarcimento del danno», *NGCC*, 2011, núm. 7-8, pp. 673-676.

Comentario a *Cass.* 27.1.2011 n. 1418 sobre el resarcimiento y cuantificación del daño no patrimonial derivado del incumplimiento de un contrato. (*Alma R.G.*)

NEVEJANS, N.: «L'ordonnance du 16 novembre 2011. Un encouragement au développement de la médiation?», *SJ*, núm. 6, 2012, pp. 264-273.

La ordenanza número 2011 -1540 del 16 noviembre 2011 transfiere la directiva de 21 mayo 2008, que pretende desarrollar la mediación en materia civil y comercial para solucionar los litigios transfronterizos. Pero más bien crea a la vez un texto concerniente a las diferencias transfronterizas e internas, y el gobierno ha querido concentrarse esencialmente sobre las diferencias internas. (*I. S. P.*)

NIGRO, C.A.: «L'ordine di negoziazione quale fonte dell'obbligo di informare il cliente nel caso di *downgrading*: osservazioni (parzialmente critiche) a margine di un singolare *case-law*», *NGCC*, 2011, núm. 7-8, pp. 692-701.

Comentario a sentencia sobre la obligación de información al cliente en la prestación de servicios financieros. (*Alma R.G.*)

OETKER, H.: «AGB Kontrolle im Zivil- und Arbeitsrecht», *AcP*, núms. 1/2, 2012, pp. 202-250.

Estudio sobre el Derecho de la competencia y de las condiciones generales de la contratación, comparando los Derechos alemán, suizo y austriaco, así como la legislación comunitaria y el Proyecto de Marco Común de Refe-

rencia. Se pone de manifiesto la diferencia que existe en los distintos países en el ámbito de aplicación del Derecho de las condiciones generales, pues en unos sólo regulan los contratos entre empresario y consumidor, mientras que en otros se incluyen los contratos entre empresarios. Finalmente, se defiende la aplicación del Derecho de las condiciones generales a los contratos de trabajo. (*M. G.-R.*)

PAISANT, G.: «La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne», *SJ*, núm. 18, 2012, pp. 912-919.

El 11 octubre 2011 la Comisión europea promueve iniciativas para una información del derecho de los contratos en la Unión europea y publica una proposición del reglamento para la creación de un derecho común europeo de la venta aplicable tanto entre profesionales como entre profesionales y consumidores. Esta disposición está destinada a integrar en cada uno de los estados miembros, a título opcional, un segundo régimen concurrente con el derecho nacional para los intercambios transfronterizos e incluso para los internos. Por su carácter experimental y su insuficiencia técnica unida a la diversidad de fuentes de inspiración, suscita muchas reservas. (*I. S. P.*)

— «La directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs», *SJ*, núm. 3, 2012, pp. 103-111.

Después de tres años de negociación, la nueva directiva 2011/83/UE de protección de los consumidores, en lo esencial de armonización maximalista, reemplaza las precedentes directivas minimalistas de 1985 y 1997, tanto para los contratos realizados fuera de los establecimientos comerciales como de los contratos a distancia. Contiene igualmente disposiciones aplicables a los contratos de consumidores en lo que concierne a obligaciones pre contractuales, información de los profesionales y cuestiones relativas a la liberación y la transferencia de riesgos de la venta. (*I. S. P.*)

PALMERINI, E.: «Il concepito e il danno non patrimoniale», *NGCC*, 2011, núm. 12, pp. 1272-1278.

Comentario a *Cass.* 3.5.2011 n. 9700 acerca de si el hijo que nace después del fallecimiento del padre, cuando éste ha muerto a causa del hecho ilícito de un tercero durante la gestación, tiene derecho al resarcimiento del daño no patrimonial por la pérdida de la relación parental. (*Alma R.G.*)

PIEDELÈVRE, S.: «Vers un nouveau droit européen de la vente», *GP*, 2012, núm. 11-12, pp. 7-10.

Estudio de la proposición de reforma del contrato de venta en el ámbito europeo. Medidas previstas y diferencias con el derecho francés. (*R. A. R.*)

— «Le consommateur et le regroupement de crédit», *GP*, 2012, núm. 158-159, pp. 5-8.

Estudio a propósito del Decreto de 30 de abril de 2012 por el que se obliga a informar al consumidor en caso de unificación de créditos. Necesidad de que el prestamista informe correctamente al prestatario de todas las circunstancias de la operación y que éste último comprenda bien todo. (*I. S. P.*)

PIZARRO WILSON, C.: «An Analysis of Contract Non-Performance Remedies under French Reform Proposals», *ZEuP*, núm. 2, 2012, pp. 229-244.

En Francia existe una creciente preocupación entre la doctrina civil por la reforma del Derecho de contratos. En este momento hay tres propuestas sobre la mesa: la de un grupo de profesores dirigido por Pierre Catala, otro del Gobierno, conocido como propuesta de la *Chancellerie*, y otro más dirigido por François Terré, que es probablemente el más logrado desde el punto de vista técnico. El autor analiza y compara las distintas propuestas. (*M. G.-R.*)

POLLAUD-DULIAN, F.: «Le prix du rétrait litigieux dans les cessions globales de créances», *RD*, 2012, núm. 13, pp. 834-839.

Cesión de créditos litigiosos en auge hoy en día en Francia, a pesar de ser una institución proveniente del Derecho Romano. Su inadaptación al derecho de los negocios y su necesidad de armonización a los nuevos tiempos mediante las cesiones globales. Inconvenientes jurídicos. (*I. S. P.*)

PUPPO, C.A.: «Preliminare di compravendita immobiliare, mutamento delle condizioni patrimoniali del promittente venditore e tutela del promissario», *NGCC*, 2011, núm. 9, pp. 839-843.

Comentario a *Cass.* 9.2.2011 n. 3173, que se pronuncia sobre una cuestión controvertida en materia de resolución del contrato preliminar: resarcimiento del daño sufrido por el promisorio adquirente por la no disposición del inmueble objeto del contrato preliminar. (*Alma R.G.*)

QUARTICELLI, P.: «Diritto alla sostituzione del bene non conforme al contratto nella vendita dei beni di consumo e tutela cautelare atípica», *NGCC*, 2011, núm. 11, pp. 1052-1058.

Comentario a sentencia acerca de los remedios existentes en la hipótesis de no conformidad del bien con lo pactado en el contrato de venta de bienes de consumo. (*Alma R.G.*)

QUÉZEL-AMBRUNAR, CH.: «La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du code civil. À la découverte d'une hiérarchisation des intérêts protégés», *RTDC*, 2012, núm. 2, pp. 251-274.

La tendencia de la jurisprudencia francesa de ver el principio de equivalencia de la responsabilidad civil en el libro primero del código civil y sus consecuencias. Tendencia a acudir a la base de otros derechos y no a la tradición francesa. (*I. S. P.*)

RADÉ, CH.: «Causalité juridique et causalité scientifique: de la distinction à la dialectique», *RD*, 2012, núm. 2, pp. 112-117.

Estudio a propósito de la responsabilidad del fabricante de vacunas y sus problemas jurídicos. Entre la ciencia y el derecho. El laboratorio ha de soportar el riesgo de incertidumbre científica. (*I. S. P.*)

RENARD, C.: «Le renouveau de la responsabilité délictuelle des intermédiaires de l'internet», *RD*, 2012, núm. 13, pp. 827-833.

Evolución de la materia doce años después de la trasposición de la directiva 2000/35/CE de 8 de junio de 2000 sobre comercio electrónico y la res-

ponsabilidad delictiva de los intermediarios técnicos en internet. Consecuencias jurídicas en Francia. (R. A. R.)

RENDE, F.: «Le regole d'informazione nel diritto europeo dei contratti», *RDC*, 2012, núm. 2, parte seconda, pp. 185-218.

Estudio de la relevancia jurídica del cumplimiento e incumplimiento del deber de información en el derecho contractual europeo y la interpretación jurisprudencial de las consecuencias del incumplimiento. Análisis de la sentencia de casación de 19 de diciembre de 2007, 26724 26725. (M. R. D. R.)

RENDINA, M.: «I provvedimenti di “chiusura anticipata” nell'esecuzione contro i terzi degli obblighi di non fare: ammissibilità, rimedi, limiti», *NGCC*, 2011, núm. 12, pp. 1194-1212.

Comentario a *Cass.* 3.5.2011 n. 9676 acerca de la oponibilidad a los terceros del título ejecutivo judicial que tiene por objeto la condena al cumplimiento de las obligaciones de no hacer. (*Alma R.G.*)

RESETTI, C.: «Alienazione dell'immobile locato e indennità per la perdita di avviamento: il debito grava sull'acquirente», *NGCC*, 2011, núm. 12, pp. 1226-1232.

Comentario a *Cass.* 27.4.2011 n. 9408 acerca de quién es el sujeto obligado a pagar al arrendatario de un local comercial el daño por la pérdida de clientela derivado de la extinción del arriendo por la venta del local. (*Alma R.G.*)

RICCIO, A.: «La nuova tabella unica nazionale sul danno biologico e la lesione dei diritti dell'uomo», *CI*, 2012, núm. 1, pp. 34-49.

Artículo acerca de la oportunidad de valorar el daño biológico según los criterios objetivos y uniformes previstos en un baremo: el valor del mercado de la lesión de la integridad psico-física de la persona y de la pérdida de la relación parental. (*Alma R.G.*)

RINALDI, G.C.: «Il riconoscimento del trust e i poteri del giudice: primi sforzi della giurisprudenza di legittimità», *GC*, 2012, núm. 5, pp. 263-291.

Revisión de la figura del trust en el Derecho comparado anglosajón e italiano y la Convención de la Haya de 1985, y la necesidad de control y responsabilidad del trustee. (M. R. D. R.)

RIZZO, N.: «Danno morale e quantificazione del risarcimento attorno al pregiudizio considerato prevalente», *NGCC*, 2011, núm. 11, pp. 1080-1088.

Artículo acerca de la prohibición de las duplicidades resarcitorias y cuantificación del resarcimiento en torno al perjuicio considerado preferente. Críticas a la tesis de la preferencia del daño biológico sobre el daño moral y el daño existencial. (*Alma R.G.*)

ROSSETTI, M.: «Lo stato dell'arte sul danno da nascita indesiderata – nota a Cass. 4 gennaio 2010 n. 13», *GC*, 2012, núm. 10, pp. 2467-2468. (M. R. D. R.)

ROSSI, G.: «Aste on line: sulla responsabilità del *provider* per le aste che si svolgono nel proprio sito si pronuncia la Corte di Giustizia», *CI*, 2012, núm. 1, pp. 50-75.

Artículo acerca del comercio electrónico y la tutela del consumidor. (*Alma R.G.*)

SANGIOVANNI, V.: «Il ruolo dell'informazione nel contratto di franchising», *GC*, 2012, núm. 5, pp. 245-261.

Reflexiones sobre los elementos esenciales del contrato de franquicia comercial y la regulación de su contenido: forma del contrato, deberes pre-contractuales, nulidad y desistimiento, etc. (*M. R. D. R.*)

SEEVAGEN, JM.: «La garantie extrinsèque d'achèvement et les vicissitudes du permis de construire», *RDI*, 2012, núm. 3, pp. 143-152.

Problemas de la garantía de terminación de la obra cuando falta el permiso de construcción o este ha caducado. ¿Puede considerarse una falta del vendedor y por tanto un caso de responsabilidad por no terminar la obra? (*R. A. R.*)

SEIN, K.: «Transposition of the New Consumer Credit Directive in Estonia», *ERPL*, núm. 2, 2012, pp. 435-446.

Estudio sobre la transposición de la nueva directiva sobre consumo en Estonia, donde el legislador ha ampliado su ámbito de aplicación más allá de lo que exigía la norma comunitaria. (*M. G.-R.*)

SETHE, R.: «Treuepflichten der Banken bei der Vermögensanlage», *AcP*, núms. 1/2, 2012, pp. 80-156.

Estudio comparativo entre los ordenamientos alemán y suizo relativo a los deberes de lealtad de los bancos con los inversores patrimoniales. Las principales diferencias vienen dadas por la aplicación en Alemania de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros. También es importante la diferencia de tratamiento de las autoridades de control, más estricto en Alemania que en Suiza. (*M. G.-R.*)

SGANGA, C.: «Una nuova equità? Le tabelle di Milano e la Cassazione tra *ius dicere* e *ius dare*», *NGCC*, 2011, núm. 11, pp. 1080-1088.

Comentario jurisprudencial acerca de la interpretación del concepto de equidad en la liquidación del daño no patrimonial: necesidad de garantizar igualdad de trato y uniformidad en la indemnización a nivel nacional. (*Alma R.G.*)

SICCHIERO, G.: «I patti sulla responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.)», *CI*, 2012, núm. 1, pp. 91-105.

La normativa reguladora de la responsabilidad patrimonial contenida en el artículo 2740 del código civil italiano ha llevado a la doctrina a sostener que, como norma general, están prohibidos todos los pactos dirigidos a limitar la responsabilidad patrimonial del deudor. El autor estudia qué pactos deben ser objeto de prohibición y qué pactos son admisibles (aquellos sobre

una parte del patrimonio del deudor, los pactos sobre la graduación temporal de la ejecución, los pactos sobre la postergación del crédito y los pactos sobre responsabilidad). (*Alma R.G.*)

SIRENA, P.: «La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo», *RDC*, 2012, núm. 3, parte prima, pp. 359-388.

Reflexiones sobre el tratamiento de los remedios frente al incumplimiento en la propuesta de unificación del derecho privado europeo y los efectos en el ordenamiento jurídico italiano, en especial en tema de interpretación del concepto de remedios y acciones de tutela como la acción de resarcimiento, de cumplimiento, inhibitoria, de restitución, enriquecimiento sin causa, etc. (*M. R. D. R.*)

TOMULIC VEHOVEC, M.: «The Cause of Member State Liability», *ERPL*, núm. 3, 2012, pp. 851-880.

El artículo trata el problema de la relación causal en la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros, y cómo la valoración de esa relación causal, que en principio corresponde a los Tribunales nacionales, está influida por la jurisprudencia del TJUE. (*M. G.-R.*)

TOURNAFOND, O./TRICOIRE, JPH: «Ventes d'immeubles inachevés et prêts à finir», *RDI*, 2012, núm. 7-8, pp. 380-386.

Estudio con propuestas al proyecto de ley AN núm. 3821 de 18 de octubre de 2011 por el que se propone la regulación de la venta de inmuebles sobre plano. Lagunas del proyecto y propuestas de los autores en estos temas. (*I. S. P.*)

TRONCONE, F.: «Brevi note sugli aspetti civilistici del consenso informato in tema di attività medico-chirurgica», *GC*, 2012, núm. 4, pp. 207-230.

Análisis del tema de la responsabilidad civil por daños ocasionados por vicios de información al paciente en actividades médicas. (*M. R. D. R.*)

TUCCARI, E.: «La prova del pregiudizio non patrimoniale attraverso le presunzioni», *NGCC*, 2011, núm. 10, pp. 1016-1022.

Se analiza una sentencia cuyo objeto es la prueba del daño no patrimonial sufrido: tras un accidente de circulación un joven sufre lesiones que requieren una atención permanente. La madre abandona su trabajo para dedicarse al cuidado del hijo. Además de un profundo dolor interior, la madre ha sufrido un evidente cambio en su vida. (*Alma R.G.*)

UNGER, O.: «Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher – Eine systematische Einführung», *ZEuP*, núm. 2, 2012, pp. 270-304.

Trabajo sobre la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre los Derechos de los Consumidores. El autor la considera innovadora en dos aspectos: la aplicación por primera vez del principio de total armonización mediante un instrumento horizontal; por otra, su contenido, tanto por lo que se refiere a los deberes de información en los contratos de consumo, como la regulación de contratos sobre contenidos digitales, y la regulación especial para los contratos celebrados on-line. (*M. G.-R.*)

VALORE, P.: «Profili di responsabilità medica per omessa informazione al paziente delle carenze strutturali della clinica - nota a Cass. 17 febbraio 2011 n 3847», *GC*, 2012, núms. 7-8, pp. 1720-1724. (*M. R. D. R.*)

VAUTHIER, M.: «L'activité nouvelle d'avocat mandataire en transactions immobilières: une jeune pousse pleine de promesses», *GP*, 2012, núm. 125-126, pp. 21-26.

El autor estudia, tras dos años de puesta en práctica, el gran desarrollo de la actividad del abogado como mandatario de los intercambios inmobiliarios. Luces y sombras en dicha actividad. (*I. S. P.*)

VIDIRI, G.: «La liquidazione del danno non patrimoniale: declino delle tabelle e necessaria personalizzazione del danno», *GC*, 2012, núm. 3, pp. 141-152.

Reflexiones sobre la valoración del daño moral y la necesidad de cuantificar la indemnización personalizando los criterios según las circunstancias del caso concreto, sin imperatividad de las tablas de baremos. (*M. R. D. R.*)

VVAA: «Justice pénale des mineurs», *GP*, 2012, núm. 193-194.

Diversos estudios sobre el centenario de la ley de 22 de julio de 1912 relativa a los tribunales de menores. La imputabilidad penal del menor y otros aspectos. (*R. A. R.*)

VVAA: «États généraux du dommage corporel», *GP*, 2012, núm. 167-168.

Estudios varios sobre el Coloquio organizado el 12 de abril de 2012 en el estudio de la Ley Kouchner. Indemnización por accidentes médicos; información médica; falta médica; causalidad en materia de responsabilidad médica y daños médicos. (*R. A. R.*)

VVAA: «La vente d'immeubles à construire: questions actuelles», *RDI*, 2012, núm. 1.

Diversos estudios sobre la problemática que plantea la venta de inmuebles sobre plano. Se estudia el campo de aplicación del contrato y las novedades del contrato preliminar; garantía intrínseca y sus límites; plazos y defectos aparentes así como no aparentes en la obra sin construir; modalidades de pago y otras cuestiones relativas al contrato. (*I. S. P.*)

VVAA: «Droit du dommage corporel», *GP*, 2012, núm. 69-70.

Estudios diversos a propósito de la indemnización por daños a los niños. Reparación del daño; su evaluación; autonomía o no del menor según el lugar donde se causa el daño (escuela o casa); goce de los bienes del menor indemnizado. (*I. S. P.*)

VVAA: «États généraux du dommage corporel», *GP*, 2012, núm. 25-26.

Estudios a propósito del Coloquio celebrado en Nantes el 20-21 de enero sobre la reparación de los daños corporales y sus consecuencias: elección

entre capital y rentas; evaluación de las consecuencias fiscales de la reparación; etc. (R. A. R.)

WEICK, G.: «Fault or Risk? A Comparative Study on the Liability for Damage Caused by Trees», *ERPL*, núm. 3, 2012.

Estudio comparado sobre daños causados por árboles rotos o caídos, problemas con las raíces y deterioros causados por las hojas que otras pequeñas partes del árbol. Se concentra en el Derecho alemán y Francés. Con referencia a daños de tormenta causados por árboles se analizan también las soluciones del Derecho suizo y austriaco. (M. G.-R.)

WITTMANN, V.: «La renonciation unilatérale à la défaillance de la condition suspensive dans les promesses de vente: à la recherche d'un équilibre contractuel», *RD*, 2012, núm. 5, pp. 301-307.

El autor estudia la situación de incertidumbre en que queda la otra parte contratante admitiendo tal situación. Actuación de la corte de casación francesa para evitar esta facultad de renuncia unilateral, fijando límites temporales en su ejercicio. (I. S. P.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ABRAVANEL-JOLLY, S.: «Nécessité du maintien de la distinction entre exclusion et condition de garantie», *RD*, 2012, núm. 15, pp. 957-963.

Distinción confusa en el ámbito del Derecho del Seguro. Necesidad de una unificación de régimen jurídico. Criterios de distinción y su explicación. (I. S. P.)

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*, 2012, núm. 6, pp. 1453-1457. (M. R. D. R.)

ANDREU, L.: «Gage avec despossession contre gage sans despossession», *RD*, 2012, núm. 27, pp. 1761-1764.

Ventajas de la prenda sin desposesión tras la reforma de las garantías en Derecho Francés de 2006. Estudio de la prenda en este trabajo. (I. S. P.)

BELLANI, V.: «Pirateria: sorvegliare o non sorvegliare: questo è il dilemma», *Dir. Aut.*, 2011, núm. 4, pp. 515-546.

La Corte de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse en la causa C-70/2010 acerca de las violaciones del derecho de autor y de los derechos en Internet procedentes de la piratería de obras musicales, cinematográficas, audiovisuales o literarias, en concreto, acerca de las medidas técnicas para reprimir la piratería. (Alma R.G.)

BOSCHI, D.: «Interversione di fatto ed usucapione della proprietà esclusiva da parte del coerede», *NGCC*, 2011, núm. 9, pp. 889-896.

Comentario a sentencia sobre la usucapión de la propiedad exclusiva de un bien hereditario por parte de uno de los coherederos. (Alma R.G.)

DE SANTIS, S.: «Ritrovamento di beni archeologici, premio spettante al proprietario del fondo e giurisdizione sulle relative controversia - nota a Tar Cal. Catanzaro sez. I, 29 marzo 2010 n. 385», *GC*, 2012, núm. 10, pp. 2518-2522. (*M. R. D. R.*)

FRANÇOIS, J.: «Retour sur la revendication des sommes d'argent», *RD*, 2012, núm. 23, pp. 1493-1501.

Estudio sobre la naturaleza jurídica de la detentación en precario de cosas fungibles y consumibles. Jurisprudencia sobre el tema y la posible aplicación de un acción directa. (*I. S. P.*)

FUSARO, A.: «Il contributo della prassi al sistema vigente dei diritti reali», *NGCC*, 2011, núm. 11, pp. 517-526.

Artículo relativo a la problemática que plantean los derechos reales en la práctica cotidiana: servidumbre, derecho de superficie, derecho de uso y habitación, copropiedad, la publicidad inmobiliaria, el catastro... Comparación con los *property rights* ingleses. (*Alma R.G.*)

GIACONIA, A.: «Indennità di espropriazione e CEDU: la Corte costituzionale va oltre la giurisprudenza di Strasburgo – nota a C. cost. 10 giugno 2011 n 181», *GC*, 2012, núm. 12, pp. 2789-2803. (*M. R. D. R.*)

IZZO, N.: «Gli alberi nel condominio – nota a Cass. 9 febbraio 2011 n 3188», *GC*, 2012, 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*, 2012, núm. 11, pp. 2562-2563. (*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, 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*, 2012, núm. 12, pp. 2874-2898. (*M. R. D. R.*)

MARI, G.: «Dalla Corte di Giustizia una nuova conferma della piena legittimità del sistema italiano di copia privata dell'operato della SIAE: questa la posizione del Tribunale di Roma», *Dir. Aut.*, 2011, núm. 4, pp. 435-453.

El 21 de octubre de 2010 la Corte de Justicia de la Unión Europea ha confirmado la validez del sistema de copia privada prevista en el ordenamiento jurídico italiano y los mecanismos de exención y reembolso adoptados por la SIAE. (*Alma R.G.*)

MAZZARIOL, R.: «Preliminare di vendita di un bene indiviso e presenza di una parte soggettivamente complessa: il riflesso pavloviano della Supr. Corte», *NGCC*, 2011, núm. 10, pp. 1042-1049.

Comentario a sentencia sobre la promesa de venta de un bien indiviso sin el consentimiento válidamente manifestado de todos los copropietarios: ¿eficacia de la venta limitada a las cuotas del copropietario vendedor? (*Alma R.G.*)

MORETTI, M.: «Indegnità a succedere ed esercizio di diritti a tutela della personalità dell'autore», *Dir. Aut.*, 2011, núm. 4, pp. 477-514.

El derecho moral de autor se manifiesta en un doble aspecto: por un lado, el autor tendrá derecho a impedir que otro sujeto se atribuya la paternidad de la obra por él realizada. Por otro lado, tendrá el derecho de impedir que el producto de su ingenio sufra alguna alteración. Así ocurre en la hipótesis en que un editor publicase, bajo el nombre de un autor, la obra de otro autor con el fin de disfrutar la fama del primero, o por otros motivos. Tal hecho es ciertamente un acto que vulnera la personalidad del autor y, por consiguiente, debe ser reprimido. A la vez a este autor debe reconocérsele un derecho al desconocimiento de la paternidad a él atribuida de modo falso, esto es, un derecho a la identidad personal. Se trata sin duda de un derecho de la personalidad, que no entra dentro de los derechos morales de autor, pero sí entre aquellos que el Código Civil prevé para la tutela de la persona. (*Alma R.G.*)

NABET, P.: «Pour un agent des sûretés efficace en droit français», *RD*, 2012, núm. 29, pp. 1901-1907.

Estudio a propósito del artículo 2328, 1º del CC en el que se regula el agente de garantías que constituye, inscribe y realiza las garantías reales. Función de tal agente y naturaleza jurídica de éste: mandatario, comisionado, ... (*I. S. P.*)

NATUCCI, A.: «*Numerus clausus* e analisi economica del diritto», *NGCC*, 2011, núm. 7-8, pp. 319-334.

Artículo sobre autonomía contractual y tipicidad de los derechos reales. El análisis económico del derecho y el problema del *Numerus Clausus*. (*Alma R.G.*)

PALERMO, G.: «*Nemini res sua servit*», *NGCC*, 2011, núm. 7-8, pp. 335-341.

Artículo dedicado a las servidumbres prediales: entre tradición y utilidad actual. (*Alma R.G.*)

QUÉMENT, CH.: «Le pacte de préférence: vers un renforcement de son efficacité?», *GP*, 2012, núm. 48-49, pp. 15-19.

Eficacia del pacto de preferencia de un tercero en la adquisición de un inmueble cuando su propietario lo quiere vender. Condiciones de tal pacto y posible sustitución del beneficiario. (*R. A. R.*)

SALVAGO, S.: «L'indennità di espropriazione per i suoli non edificatori dopo la pronuncia di incostituzionalità del meccanismo dei VAM - nota a C. cost. 10 giugno 2011 n 181», *GC*, 2012, núm. 9, pp. 1943-1960. (*M. R. D. R.*)

SPARKES, P.: «Certainty of Property: Numerus Clausus or the Rule with No Name?», *ERPL*, núm. 3, 2012, pp. 769-804.

El artículo plantea la cuestión de si el debate sobre *numerus clausus* o *apertus* de derechos reales puede ser trasplantado al *Common Law*. La falta

de claridad deriva en parte de la inexistencia de una exacta definición de *numerus clausus*, que es una expresión sintética para una serie de reglas relacionadas entre sí. Puesto que el *Common Law* carece de una definición de lo que es *property right*, se ha dicho que la búsqueda de un *numerus clausus* es ilusoria. (M. G.-R.)

SPEDICATO, G.: «La forma impertinente: una riflessione sui rapporti tra arte contemporanea e diritto di autore», *Dir. Aut.*, 2011, núm. 4, pp. 563-584.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 29 de junio de 2011, que se ha pronunciado sobre el plagio de una obra de arte abstracto informal. (Alma R.G.)

STEFINI, U.: «L'applicazione della normativa di tutela degli acquirenti di immobili da costruire, e il problema degli immobili per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire», *NGCC*, 2011, núm. 10, pp. 955-966.

Comentario a sentencia, la cual sostiene que la normativa reguladora de la tutela del adquirente de un inmueble sobre plano no se aplica al caso en que el inmueble sea vendido o prometido en venta antes de la solicitud de la licencia para construir. (Alma R.G.)

TOCCHI, V.: «Format televisivo e requisiti per la tutela», *Dir. Aut.*, 2011, núm. 4, pp. 588-602.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 4 de noviembre de 2010, que se ha pronunciado sobre los requisitos necesarios para la tutela del *format* televisivo ante la violación del derecho de autor de dicho *format* por otra cadena de televisión que ha emitido en onda un programa similar. (Alma R.G.)

ZINNO, M.: «Apparenza ed obbligazioni *propter rem*», *NGCC*, 2011, núm. 7-8, pp. 627-633.

Debate sobre la aplicación del principio de la apariencia en el ámbito de la propiedad inmobiliaria. (Alma R.G.)

DERECHO DE FAMILIA

ABRAMS, K.: «Marriage Fraud», *CLR*, 2012, vol. 100, pp. 1-68.

Este artículo reflexiona sobre los contextos que han propiciado el desarrollo de una pluralidad de doctrinas, a veces poco coherentes entre sí, sobre nulidad matrimonial por simulación. Concluye que el problema surge, en realidad, porque el matrimonio no está en condiciones de jugar el papel que tradicionalmente se le había dado como criterio básico para la asignación de beneficios sociales, fiscales o laborales. Sugiere, en consecuencia, explorar nuevos criterios que, sin cuestionar la necesidad del matrimonio como institución, eviten al privilegiarlo discriminaciones e ineficiencias que estimulan el fraude y los matrimonios (y divorcios) de conveniencia. (J. R. I.)

BARBANERA, R.: «Condannata la madre che chiede senza motivo l'affidamento esclusivo del figlio», *NGCC*, 2011, núm. 11, pp. 1115-1121.

Daño por abuso del proceso judicial: condena de la madre que presenta una demanda, manifiestamente infundada, solicitando la custodia exclusiva del hijo. (*Alma R.G.*)

BARENGHI, A.: «Note sugli acquisti individuali per surrogazione del coniuge in comunione legale», *RDC*, 2012, núm. 2, parte seconda, pp. 141-154.

Estudio de la relación entre el artículo 179. 1 f. del Codice Civile y su párrafo segundo, en torno a la validez y efectos de la declaración del cónyuge, para atribuir carácter privativo o ganancial a un bien adquirido individualmente por un cónyuge en el régimen económico de gananciales. Análisis jurisprudencial. (*M. R. D. R.*)

BAZIN, E.: «La fidelité dans les couples», *GP*, 2012, núm. 53-54, pp. 9-14.

El reforzamiento del deber de fidelidad en el ámbito del matrimonio y sus sanciones mediante la responsabilidad civil extracontractual. Otras formas de unión y el deber de fidelidad. (*I. S. P.*)

BOULANGER, F.: «Droit de la famille et contrôle de la notion d'égalité», *RD*, 2012, núm. 9, pp. 565-570.

El principio de igualdad de las relaciones familiares impuesto por el derecho interno e internacional y su aplicación por el Consejo constitucional francés. Motivación de sus decisiones frente al Tribunal europeo. (*R. A. R.*)

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*, 2012, núm. 10, pp. 2467-2468. (*M. R. D. R.*)

CADARS-BEAUFOUR, C.: «La fraude et le divorce», *GP*, 2012, núm. 104-105, pp. 13-14.

Problemas de fraude, sobre todo en casos de crisis matrimonial y necesidad de prueba para atacar a la otra parte. Consecuencias de la aplicación de fraude en estos casos. (*R. A. R.*)

CARRANO, R.: «Lo stato giuridico di figlio e il nuovo statuto dei diritti e doveri», *GC*, 2012, núm. 4, pp. 183-190.

Estudio de la naturaleza jurídica y efectos de la filiación natural, y la prohibición de discriminación de los hijos por razones de origen tanto respecto de derechos como de obligaciones. (*M. R. D. R.*)

CASINI, M.: «La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed il superamento della c.d. «teoria del preembrione»», *DFP*, 2012, núm. 1, pp. 38-58.

La Corte de Justicia se pronuncia por primera vez sobre la definición de embrión humano. La exigencia de definir un concepto de embrión humano viene requerida por la delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva 98/44/CE sobre protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, en

cuanto tal directiva excluye de su ámbito las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales. (*Alma R.G.*)

CHABAULT-MARX, C.: «À propos de la médiation familiale: vers une judiciarisation du dialogue?», *RD*, 2012, núm. 1, pp. 43-46.

Se pone en cuestión la función de la mediación como un sistema de resolución de conflictos que evita los problemas entre los cónyuges. El juez como sujeto que impide la preponderancia de la mediación para entrar en juego el proceso. (*R. A. R.*)

COCUCCIO, M.: «Responsabilità dell'insegnante per mancata protezione del minore – nota a Cass. 3 marzo 2010 n 5067», *GC*, 2012, núm. 12, pp. 2932-2938. (*M. R. D. R.*)

COSCO, G.: «Le unioni omosessuali e l'orientamento della Corte costituzionale – nota a C. cost. Ord. 5 gennaio 2011 n 4», *GC*, 2012, núm. 4, pp. 845-853. (*M. R. D. R.*)

DEPONDY, A.: «Pour un renouveau des contrats de mariage», *GP*, 2012, núm. 76-77, pp. 15-24.

El contrato de matrimonio frente al régimen económico legal de comunidad de ganancias para solventar los problemas en caso de conflictos financieros y patrimoniales cuando se produce una crisis matrimonial o hay problemas económicos de sus miembros. (*R. A. R.*)

DEVERS/FARGE: «Le nouveau droit international privé du divorce. À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce», *SJ*, núm. 26, 2012, pp. 1277-1289

Habitados desde 1975 a aplicar el artículo 309 del Código civil para determinar la ley aplicable al divorcio y la separación, los abogados del derecho de familia deberán, a partir del 21 junio 2012, volverse hacia el reglamento número 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 en el campo de la ley aplicable al divorcio y la separación. (*R. A. R.*)

FINOCCHIA, M.: «Il mantenimento dei figli naturali e la concreta situazione di fatto – osservazione a Cass. 14 luglio 2010 n 16551», *GC*, 2012, núm. 11, pp. 2651-2652. (*M. R. D. R.*)

GALASSO, R.: «Questioni in tema di assegnazione consensuale della casa familiare», *NGCC*, 2011, núm. 11, pp. 1160-1168.

Comentario jurisprudencial acerca de la función de la atribución de la vivienda familiar al cónyuge en ausencia de hijos y los problemas de su oponibilidad a terceros. (*Alma R.G.*)

GIACOBBE, E.: «Trabucchi: un “profeta” inascoltato!», *DFP*, 2012, núm. 1, pp. 169-196.

Comentario jurisprudencial acerca de la violación de los deberes conyugales: ¿inmunidad o responsabilidad? El Tribunal Supremo sostiene que los deberes conyugales tienen naturaleza jurídica y que su violación no sólo ha de sancionarse con las medidas típicas previstas en el Derecho de Familia

(como la solicitud de separación conyugal) sino que puede dar lugar al resarcimiento de los daños al amparo del artículo 2059 del código civil italiano. (*Alma R.G.*)

LETELLIER, H.: «Le Règlement Rome III: du nouveau pour les contrats de mariage!», *GP*, 2012, núm. 104-105, pp. 7-12.

Modificación en materia de matrimonio con ocasión del Reglamento Roma III sobre la ley aplicable a la separación y el divorcio, Reglamento 1259/2010 y sus consecuencias: proposiciones de la comisión europea de 16 de marzo de 2011 sobre regulaciones para los matrimonios y para las uniones de hecho y resolución de 13 de marzo de 2012 sobre ley aplicable en materia sucesoria. (*I. S. P.*)

LONG, J.: «Strasburgo condanna l'Italia per inefficiente tutela del diritto di visita del genitore non affidatario», *NGCC*, 2011, núm. 7-8, pp. 781-786.

La sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre de 2 de noviembre de 2010 manifiesta que vulnera el artículo 8 de la Convención europea de Derechos del Hombre el comportamiento de la autoridad nacional que no haya adoptado medidas directas y específicas para que se mantenga la relación de hecho entre el menor y el progenitor no custodio. (*Alma R.G.*)

MAIONE, L.: «Allontanamento dalla casa coniugale, “giusta causa” e addebitabilità della separazione personale», *NGCC*, 2011, núm. 9, pp. 911-916.

Comentario jurisprudencial como ocasión para analizar las relaciones existentes entre el abandono del hogar familiar, como incumplimiento de un deber conyugal, y la solicitud de separación conyugal por esta causa. (*Alma R.G.*)

MECKE, C.-E.: «Güterrechtliche Grundsatzfragen. Zur Legitimation und Dogmatik güterrechtlicher Teilhabe im Zeichen gesellschaftlichen Wandels und europäischer Harmonisierungbestrebungen», *AcP*, núm. 6, 2011, pp. 886-929.

Estudio sobre los regímenes económico-matrimoniales vigentes en Alemania, a la luz de una posible unificación o aproximación de las legislaciones nacionales en esta materia, y al Tratado entre Francia y Alemania sobre elección del régimen económico matrimonial, de 2010.

El trabajo critica algunos de los fallos del régimen de participación, como el hecho de que lo ganado en juegos de azar o las indemnizaciones por daños personales se computen en el patrimonio final, cuando tienen poco que ver con el matrimonio en sí mismo. (*M. G.-R.*)

MORACE PINELLI, A.: «Il problema della rilevante giuridica della c. d. parentela naturale», *RDC*, 2012, núm. 3, parte prima, pp. 345-358.

Estudio de los efectos jurídicos de la determinación natural de la filiación desde la perspectiva jurisprudencial constitucional y de la Corte de Casación, según la interpretación del ordenamiento jurídico estatal y supranacional. Propuestas de reforma en el ordenamiento jurídico italiano. (*M. R. D. R.*)

MORANI, L.: «Ancora sulla legittimazione attiva dei nonni a chiedere l'instaurazione di normali, adeguati rapporti con i nipoti in età minorile», *DFP*, 2012, núm. 1, pp. 446-460.

La sentencia del Tribunal Supremo italiano de 16 de octubre de 2009 n. 22081 ha mantenido que el derecho del hijo menor a conservar una relación afectiva significativa con los ascendientes y parientes tras el divorcio y la separación de los progenitores, sancionada por ley de 8 de febrero de 2006, no es suficiente para atribuir a los abuelos legitimación para ser partes en el juicio de separación o divorcio con el fin de lograr que alguno de los progenitores se abstenga de impedir las relaciones de los abuelos con el nieto. (*Alma R.G.*)

MULON, E.: «La résidence alternée», *GP*, 2012, núm. 76-77, pp. 7-14.

Problemas que plantea la residencia alterna para el menor cuando cada uno de los progenitores vive en un sitio y este ha de cambiarse cada cierto tiempo. Causas y consecuencias de tal tipo de residencia. (*I. S. P.*)

PALERMO, P.: «Sul diritto inviolabile al matrimonio (ed alla famiglia legittima) dell'essere umano, anche se "clandestino": brevi riflessioni su irragionevoli cause di "irregolarità" e di "inesistenza"», *DFP*, 2012, núm. 1, pp. 59-83.

La existencia de un derecho inviolable al matrimonio es hoy objeto de polémica en la doctrina y jurisprudencia italianas: en especial se centra el debate en el derecho a contraer matrimonio de los extranjeros irregulares, de las parejas de hecho y de las parejas homosexuales. (*Alma R.G.*)

PALERMO, P.: «Sul diritto inviolabile al matrimonio dell'essere umano, anche se "clandestino"», *NGCC*, 2011, núm. 12, pp. 567-583.

La existencia de un derecho inviolable al matrimonio constituye en la actualidad objeto de debate en el ordenamiento italiano; en este sentido el autor del artículo señala que el derecho a contraer matrimonio por parte de personas clandestinas (como inmigrantes irregulares) y de parejas de hecho es prueba visible de las contradicciones internas inherentes al carácter absoluto de un derecho fundamental que no es reconocido a todos los individuos. (*Alma R.G.*)

ROSSETTI, M.: «Lo stato dell'arte sul danno da nascita indesiderata – nota a Cass. 4 gennaio 2010 n. 13», *GC*, 2012, núm. 10, pp. 2467-2468. (*M. R. D. R.*)

ROUDIÉ, V.: «Le mariage: tranchons dans le vif», *GP*, 2012, núm. 88-89, pp. 6-8.

Dado el gran número de divorcios en Francia, el autor se plantea la posibilidad de un matrimonio donde se renueve su validez por etapas o plazos, pues considera que hoy en día es una institución poco válida. (*R. A. R.*)

RUSCELLO, F.: «Il rapporto genitori-figli nella crisi coniugale», *NGCC*, 2011, núm. 9, pp. 395-407.

Artículo sobre la relación paterno-filial tras la crisis matrimonial: el interés del menor, la crisis de la relación conyugal en la fase inicial, la segunda

fase de la crisis (la escucha de la opinión del menor), la tercera fase de la crisis conyugal, la corresponsabilidad de los progenitores, la tutela de los hijos mayores de edad pero aún no autónomos, el acuerdo entre los padres... (Alma R.G.)

SALZANO, A.: «Sui rapporti intercorrenti (e sulla reciproche implicazioni) tra il c.d. Regolamento di Bruxelles II bis e la Convenzione de L'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori: per una maggiore, effettiva loro tutela», *DFP*, 2012, núm. 1, pp. 83-110.

Comentario a *Cass.* 14 de julio de 2010 n. 16549, que ofrece un amplio análisis de las relaciones existentes entre el Reglamento de Bruselas II bis y la Convención de la Haya de 25 de octubre de 1980 acerca de los aspectos civiles del secuestro internacional de menores. (Alma R.G.)

SAVI, G.: «Quali possibili obbligazioni contrattuali tra ex amanti divenuti genitori?», *DFP*, 2012, núm. 1, pp. 224-273.

Comentario jurisprudencial acerca de la autonomía privada dentro del ámbito de la pareja de hecho: otorgamiento de escritura pública que contiene la obligación paterna de mantener a la madre, con la que el varón ha tenido relación de orden meramente sexual con el nacimiento de una hija de ambos como resultado, hasta el momento de la suficiencia económica de la hija. (Alma R.G.)

SESTA, M.: «L'esercizio della potestà sui figli naturali dopo la l. n. 54/2006: quale sorte per l'art. 317 bis cod. civ.?», *NGCC*, 2011, núm. 12, pp. 1206-1212.

Comentario a *Cass.* 10.5.2011 n. 10265, que sostiene que es necesario el ejercicio de la potestad por parte de ambos progenitores naturales que han reconocido al hijo, aunque no haya convivencia con este último. (Alma R.G.)

TOULEMENT, B./RIVIÈRE, N.: «La responsabilité solidaire des époux et partenaires liés par un pacs pour le paiement de l'impôt sur le revenu, de la taxe d'habitation et de l'impôt de solidarité sur la fortune», *GP*, 2012, núm. 200-201, pp. 6-9.

Responsabilidad solidaria de los esposos y parejas de hecho en caso de impuestos indirectos. Vuelta a la legislación anterior. Posibilidad de desvincularse de dicha responsabilidad solidaria siempre que se solicite judicialmente. (I. S. P.)

VELLUZZI, V.: «Tutele proporzionate, prognosi del comportamento del coniuge (o ex coniuge) obbligato e interpretazione giudiziale», *NGCC*, 2011, núm. 12, pp. 584-598.

Estudio a raíz de varias resoluciones judiciales que mantienen que la sentencia de separación conyugal constituye un título válido para inscribir una hipoteca judicial sobre un bien inmueble del obligado a la pensión compensatoria por parte del cónyuge acreedor de la misma. (Alma R.G.)

VILLANI, R.: «L'attribuzione del doppio cognome ai figli (naturali, nel caso di specie, ma, in realtà, anche legittimi), quale strumento per salvaguardare la relazione tra i nati ed i rami familiari di ciascun genitore?», *NGCC*, 2011, núm. 7-8, pp. 680-686.

Comentario a sentencia sobre la problemática de la atribución del apellido de ambos progenitores a los hijos naturales, que se mantiene viva ante la inactividad del legislador que no ha regulado tal cuestión a pesar de las continuas solicitudes del Tribunal Constitucional italiano. (*Alma R.G.*)

VVAA: «États généraux du droit de la famille», *GP*, 2012, núm. 83-84.

Coloquio de 26 y 27 de enero de 2012 en el que se estudia el aspecto judicial del Derecho de familia: procesos actuales del derecho de familia y sus consecuencias. (*R. A. R.*)

WINKLER, M.M.: «Stranieri irregolari e matrimonio: anatomia di un diritto fondamentale», *NGCC*, 2011, núm. 12, pp. 1244-1251.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 27 de julio de 2011 n. 245, que se plantea si es inconstitucional la prohibición de contraer matrimonio a las personas clandestinas, esto es, a los inmigrantes irregulares. (*Alma R.G.*)

DERECHO DE SUCESIONES

BARBA, V.: «Istituzione ex re certa e divisione fatta dal testatore», *RDC*, 2012, núm. 1, parte prima, pp. 53-103.

Interpretación de disposiciones testamentarias que contienen asignación de bienes particulares como parte de la cuota. Análisis de la función de la institución de heredero en cosa cierta en sus diferentes supuestos. (*M. R. D. R.*)

CINQUE, M.: «Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell'“ageing testator”», *NGCC*, 2011, núm. 10, pp. 1032-1040.

Comentario jurisprudencial sobre la falta de capacidad natural del testador anciano y el papel del notario en la emisión del juicio de capacidad de éste. (*Alma R.G.*)

COSTANTINO, F.: «La rinuncia in forma scritta ad un legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto beni immobili», *NGCC*, 2011, núm. 9, pp. 923-928.

Comentario jurisprudencial sobre la figura jurídica del legado en sustitución de la legítima: ¿condición resolutive o condición suspensiva? (*Alma R.G.*)

MANSI, G.: «Le donazioni indirette tra tutela dei legittimari e certezza dei traffici giuridici », *CI*, 2012, núm. 1, pp. 168-180.

Análisis de los problemas que presenta la extensión de la tutela del legítimo a los actos de liberalidad indirectos, que en el plano normativo se

resuelve en los términos de un reenvío a la normativa de reducción de donaciones contractuales. La tutela del derecho del legitimario lesionado en su derecho de crédito y sus efectos sobre la circulación de los bienes procedentes de donaciones. (*Alma R.G.*)

RÖTHEL, A.: «Umgehung des Pflichtteilsrechts», *AcP*, núms. 1/2, 2012, pp. 157-201.

Estudio sobre el fraude de ley en el Derecho de la legítima hereditaria. La autora trata diversas figuras, como el fraude por el cambio de la ley personal, donaciones en general, donaciones de pretensiones procedentes de un seguro o la renuncia a la legítima. (*M. G.-R.*)

SICOT, G.: «Proposition de Règlement européen en matière de successions: le chantier avance», *GP*, 2012, núm. 104-105, pp. 15-17.

Estudio sobre la proposición de Reglamento del parlamento europeo relativo a la competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones y actos auténticos en materia sucesoria de 13 de marzo de 2012. La creación de un certificado sucesorio europeo. (*I. S. P.*)

VARIA

BONNARD, J.: «Les premières femmes licenciées en droit et avocate: le culte de Mithra», *GP*, 2012, núm. 211-213, pp. 9-13.

El autor estudia la evolución desde que la mujer accede a la universidad como estudiante de Derecho en el s. XIX; las prohibiciones y autorizaciones a lo largo del siglo hasta el s. XX, para llegar a hoy, donde hay una gran mayoría de abogadas. (*I. S. P.*)

BÜRGE, A.: «Der spezifische Stil der österreichischen Privatrechtswissenschaft», *AcP*, núms. 1/2, 2012, pp. 63-79.

El ordenamiento civil austriaco visto por un alemán, recorriendo toda la doctrina desde 1811, fecha del ABGB, hasta el presente (*M. G.-R.*)

CHAINE, R.: «La gouvernance de la profession d'avocat: une réforme plus que jamais nécessaire», *GP*, 2012, núm. 183-185, pp. 11-14.

El autor se plantea la necesidad de integrar a los abogados en un colegio o mutualidad que agrupe a todos y puedan estar regidos por unas reglas uniformes. (*I. S. P.*)

COLONNA D'ISTRIA, F.: «Contre le réalisme: les apports de l'esthétique au savoir juridique. Approche interdisciplinaire», *RTDC*, 2012, núm. 1, pp. 1-20.

Continua lucha conceptual en el derecho y el realismo como método que hay que afrontar por la doctrina. El autor se plantea si existe verdaderamente la autonomía en la doctrina, frente a la lucha de poder entre los autores. Límites al realismo jurídico. (*I. S. P.*)

DE BELVAL, B.: «Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de réglemets des litiges par rapport au droit», *GP*, 2012, núm. 127-129, pp. 11-12.

A pesar de la petición, cada vez mayor, de utilizar modos de resolución de conflictos alternativos al procedimiento judicial, el autor plantea los límites subjetivos a esos nuevos sistemas, especialmente en materia de acuerdos. (R. A. R.)

DEHARO, G.: «Entre travail et profession: l'activité de l'avocat saisie par la jurisprudence», *GP*, 2012, núm. 29-31, pp. 13-16.

El ejercicio y la identidad de la profesión de abogado visto por varias sentencias de casación francesa de 15 de diciembre de 2011. (I. S. P.)

DELEBECQUE, Ph.: «L'acte authentique imparfait. Observations sur le défaut d'annexion de procurations dans un acte notarié», *SJ*, núm. 9, 2012, pp. 437-442.

¿Cómo sancionar el defecto de la anexión de procurador en un acto notarial? Esta cuestión planteada por numerosas voces recientemente tiene que encontrar una respuesta. Los textos reglamentarios sobre actos notariales no son precisos, no hacen sino volver hacia el código civil y especialmente hacia el artículo 1318 que considera que un acto que tiene un defecto de forma debe declararse como escritura privada. (R. A. R.)

DUREZ, A.: «La Loi Copé-Zimmermann ou l'entrée des femmes juristes dans les conseils d'administration», *GP*, 2012, núm. 204-206, pp. 13-17.

Estudio crítico a propósito de la Ley de 27 de enero de 2011 donde se obliga a las empresas de más de 500 trabajadores de tener en sus consejos de administración un 20 % de mujeres, hasta llegar al 40 % en 2017. Su incidencia en el ámbito jurídico. (I. S. P.)

KODEK, G. E.: «200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch. Das ABGB im Wandel der Zeit», *ERPL*, núm. 3, pp. 667-684.

Artículo conmemorativo del 200 aniversario del Código civil austriaco y sus cambios a lo largo del tiempo. (M. G.-R.)

KOZIOL, H.: «Glanz und Elend der deutschen Zivilrechtsdogmatik. Das deutsche Recht als Vorbild für Europa?», *AcP*, núms. 1/2, 2012, pp. 1-62.

El Derecho civil alemán visto por un destacado jurista austriaco. Se pone de manifiesto la importancia y relevancia del Derecho alemán, pero también sus defectos, que han llevado a que países de la misma lengua, como Suiza y Austria, se hayan apartado de su seguimiento. Lo cual no es nada deseable desde el punto de vista de la unificación del Derecho privado en Europa. (M. G.-R.)

OLECHOWSKI, Th.: «Das ABGB. Rechtseinheit für Zentraleuropa», *ERPL*, núm. 3, 2012, pp. 685-709.

Estudio sobre el Código civil austriaco y las vicisitudes que su ámbito de aplicación ha sufrido desde que fue promulgado. En la actualidad sólo es de aplicación en Austria y el Principado de Liechtenstein. (M. G.-R.)

STEINMANN/POILLOT-PERUZZETTO: «Rapprocher le citoyen: un défi pour la justice civile en Europe. Journées au TGI de Toulouse», *SJ*, núm. 4, 2012, pp. 157-162.

La jornada europea de justicia civil propone devolver la justicia a la cercanía de los ciudadanos, el tribunal de Toulouse comparte con la Universidad y los profesionales del derecho este reto del acercamiento. (R. A. R.)

WENDEHORST, Chr.: «Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) und Europäisches Privatrecht», *ERPL*, núm. 3, 2012, pp. 749-767.

En opinión del autor el Código civil austriaco ha influido sobre el Derecho privado europeo de forma más bien modesta, a pesar de que en algunos aspectos podría ser muy fructífero, como en materia de enriquecimiento injusto. También se trata la influencia del Derecho europeo sobre el ABGB. (M. G.-R.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

BARLOW, D.: «Les nouvelles obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale», *RD*, 2012, núm. 23, pp. 1509-1519.

Estudio a propósito del Decreto 2012-557 de 24 de abril de 2012 para modernizar las obligaciones de las empresas. Contenido de la obligación y su control por un organismo independiente. (R. A. R.)

BENNI, A.: «Mala fede nel registrare il marchio comunitario e condotta abusiva», *NGCC*, 2011, núm. 7-8, pp. 736-743.

Comentario jurisprudencial relativo a la individualización de los criterios necesarios para la valoración de la mala fe del solicitante de inscripción de una marca comunitaria: el juez nacional debe considerar si el solicitante sabe o debe saber que un tercero utiliza, al menos en un estado miembro, un signo idéntico o similar y confundible con la marca cuya inscripción se solicita; si el solicitante tiene intención de impedir a los terceros continuar utilizando dicha marca y, por último, el grado de tutela jurídica del que disfruta la marca del tercero. (*Alma R.G.*)

DUBARRY, J./FLUME, J. W.: «“Asset Partitioning” beyond corporate law – Eine Studie zur Handlungsform des Einzelunternehmers mit beschränkter Haftung», *ZEuP*, núm. 1, 2012, pp. 128-148.

Los autores se preguntan por qué una persona natural debe responder con todo su patrimonio cuando realiza una actividad empresarial. ¿Por qué los riesgos negociales de un empresario no pueden limitarse al patrimonio negocial, que puede estar separado de su patrimonio privado?

Esta posibilidad ha sido abierta para el Derecho francés, conforme al art. 526-6, pfo. 1 *Code de Commerce*. Se estudian los problemas y ventajas que esta nueva figura aporta. (M. G.-R.)

FESTI, F.: «La nuova legge sul contratto di rete», *NGCC*, 2011, núm. 11, pp. 535-549.

Estudio acerca de las redes de empresa: de la economía al derecho, de la institución al contrato. En especial, el contrato de redes de empresa en la ley n. 122 de 2010. (*Alma R.G.*)

GAILHBAUD, CH.: «De la théorie du co-employeur à la notion de co-emploi», *GP*, 2012, núm. 216-217, pp. 11-15.

Utilización de la figura para solventar los problemas de quiebra de una filial de un grupo de empresas. Los lazos de subordinación entre ambas desde una visión crítica. (*I. S. P.*)

HAERI, K.: «Laissez la loi de blocage tranquille!», *GP*, 2012, núm. 60-61, pp. 7-9.

Estudio de la modificación legal impuesta a la Ley de 16 de julio de 1980 a través de la disposición aprobada por la Asamblea nacional de 23 de enero de 2012 que prohíbe solicitar documentos o acuerdos económicos, financieros o técnicos para utilizarlos como prueba en procedimientos judiciales o administrativos extranjeros, si son secretos a nivel nacional. (*R. A. R.*)

LACROIX DE SOUSA, S.: «La cession du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL)», *RD*, 2012, núm. 10, pp. 620-626.

Cesión a título oneroso del patrimonio afectado por un empresario individual conforme al art. 526-17 del Código de comercio francés. Estudio sobre su naturaleza jurídica, discutida por la doctrina (venta o novación). (*R. A. R.*)

MALAUURIE-VIGNAL, M.: «Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre la piratage économique», *RD*, 2012, núm. 22, pp. 1415-1424.

Estudio de los casos que se deben mantener en secreto en las empresas (secreto de los negocios, secreto de fabricación, informaciones económicas....) así como la forma y consecuencias de tal secreto y su revelación. (*I. S. P.*)

MERUZZI, G.: «Un nuovo ruolo per i modelli di organizzazione e gestione: il progetto di modifica Arel-Pwe alla disciplina della responsabilità degli enti ex d. lgs. 231/2001», *CI*, 2012, núm. 1, pp. 211-226.

Estudio acerca de la nueva arquitectura de los modelos de organización y gestión de las empresas. (*Alma R.G.*)

PUTORTI, V.: «Prestazioni d'opera intellettuale e regole della concorrenza», *CI*, 2012, núm. 1, pp. 126-167.

Artículo que entra en el debate, ciertamente polémico en la actualidad, de la función que las prestaciones de servicios u obras intelectuales cumplen en el más amplio contexto de los servicios y, en general, de la actividad económico-empresarial. Principios comunitarios y constitucionales en materia de actividades profesionales intelectuales. (*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*, 2012, núm. 10, pp. 2288-2289. (*M. R. D. R.*)

BUCHBERGER, M.: «Cessions de droits sociaux et exigence d'un prix déterminable», *RD*, 2012, núm. 25, pp. 1632-1637.

Extensión jurisprudencial a la cesión de derechos sociales del art. 1834,4 del Código civil. Críticas doctrinales y ventajas que podría tener la extensión legal. Posibilidad de derogación del art. 1591 del Código. (*R. A. R.*)

CAPOTORTO, M.: «Riflessioni critiche sulla natura e sulla portata del dovere di vigilanza degli amministratori privi di delega in seno a una società di assicurazioni: ripercussioni processuali», *NGCC*, 2011, núm. 12, pp. 1179-1184.

Comentario jurisprudencial acerca de la responsabilidad de los administradores por omisión del deber de vigilancia en el caso de una sociedad que ejerce la actividad aseguradora. (*Alma R.G.*)

CARRARO, G.: «Società di capitali e diritti dell'uomo», *RDC*, 2012, núm. 2, parte prima, pp. 205-241.

Observaciones en torno a la convivencia del régimen jurídico de las sociedades de capitales con derechos fundamentales como el derecho de asociación, el derecho de propiedad privada en relación con el capital de riesgo y el capital de crédito, etc. (*M. R. D. R.*)

CIAN, M.: «La nuova società tra professionisti. Primi interrogativi e prime riflessioni», *NLCC*, 2012, núm. 1, pp. 3-21.

Comentario al artículo 101 .n. 183/11, sobre sociedades profesionales, en relación a la elección del tipo societario, determinación del objeto social, admisión de socios, ejecución de actividades y responsabilidad frente a clientes. (*M. R. D. R.*)

FEDI, A.: «I codici di autogoverno delle società e la corporate governance», *NGCC*, 2011, núm. 11, pp. 551-558.

Artículo dedicado a la autorreglamentación de las sociedades. El gobierno societario de las empresas y el papel que debe asignársele en la actual crisis financiera, crediticia e industrial. (*Alma R.G.*)

FUSARO, A.: «La natura giuridica delle associazioni professionali nella giurisprudenza», *NGCC*, 2011, núm. 12, pp. 559-566.

Artículo dedicado al régimen jurídico de las asociaciones profesionales; entre otros extremos se analizan las siguientes cuestiones: Licitud, representación y capacidad de actuar en juicio, responsabilidad, normativa aplicable, exclusión del asociado, subjetividad jurídica. (*Alma R.G.*)

PETTI, G.: «Prime osservazioni sull'introduzione dell'impresa individuale a responsabilità limitata in Francia», *NGCC*, 2011, núm. 10, pp. 500-516.

Artículo dedicado a la introducción de la empresa individual de responsabilidad limitada en el ordenamiento francés: actividad de empresa y técnicas de limitación de responsabilidad (*patrimoine d'affectation e société unipersonnelle*). La ley francesa sobre el empresario individual de responsabilidad limitada. La constitución del patrimonio destinado al ejercicio de la profesión. Los requisitos de oponibilidad del vínculo y la protección de los acreedores. (*Alma R.G.*)

SCARPA, D.: «Nozione di controllo societario e controllo del socio di società a responsabilità limitata – nota a Trib. Bologna ord. 18 giugno 2010», *GC*, 2012, núm. 6, pp. 1605-1620. (*M. R. D. R.*)

— «Decisioni non collegiali nelle società a responsabilità limitata: diritto di partecipazione e informazione dei soci », *GC*, 2012, núm. 3, pp. 153-166.

Observaciones en torno a los criterios de adopción de acuerdos en las sociedades de responsabilidad limitada, tras una correcta información de los socios y respetando su derecho de participación en la toma de decisiones sociales. (*M. R. D. R.*)

TIMPANO, E.: «L'abolizione del libro soci delle società a responsabilità limitata: semplificazione o complicazione? », *GC*, 2012, núm. 10, pp. 471-485.

Análisis de la evolución del artículo 2470 c.c: objetivos perseguidos y resultados obtenidos. Efectos de la supresión del libro de socios, en relación a la enajenación de participaciones sociales y control de los nuevos socios. (*M. R. D. R.*)

VVAA: «Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux», *GP*, 2012, núm. 41-42.

Estudios varios sobre la lealtad de los directivos de una sociedad . (*R. A. R.*)

CONTRATOS MERCANTILES

BONTEMPI, P.: «L'anotacionismo bancario alla prova del decreto "mille proroghe"», *NGCC*, 2011, núm. 10, pp. 945-951.

Comentario jurisprudencial sobre la prescripción relativa a los derechos que nacen de la anotación en una cuenta corriente bancaria. La ley 26.2.2011 n. 10 ha introducido un párrafo en el artículo 2, que prevé que en las operaciones bancarias reguladas en cuenta corriente, la prescripción relativa a los derechos que nacen de la anotación en cuenta se inicia desde el día de la anotación misma. (*Alma R.G.*)

EINSELE, D.: «Internationales Prospekthaftungsrecht – Kollisionsrechtlicher Anlegerschutz nach der Rom II-Verordnung -», *ZEuP*, núm. 1, 2012, pp. 23-46.

El Derecho alemán prevé que para comercializar títulos valores, sea o no en bolsa, es necesario emitir un prospecto. En caso de plantearse un proble-

ma de norma de conflicto, se defiende cada vez más que debería aplicarse el ordenamiento que ha establecido la obligatoriedad de ese prospecto. Sin embargo, la autora discute esta opinión y piensa que todo lo referente a una emisión de títulos valores ha de regirse por el mismo ordenamiento. (*M. G.-R.*)

HASENAUER, Cl.: «Internationalisierung der Vertragskultur an Hand von Unternehmenskauf- und Finanzierungsverträgen», *ERPL*, núm. 3, 2012, pp. 711-738.

Comienza el autor señalando que la creciente internacionalización del comercio afecta también al trabajo llevado a cabo por los despachos de abogados. En muchos casos, la lengua elegida es el inglés. Sin embargo, con frecuencia la estructura contractual adoptada es la angloamericana, con la consecuencia de que los contratos se redactan especialmente para cada transacción. Además, tales contratos alcanzan un nivel de detalle que no es corriente en la práctica interna de los países europeos. Tras una breve visión de las normas más importantes del Derecho austriaco en materia de acuerdos de compra de empresas, el artículo expone la estructura de la compra de acciones y acuerdos financieros internacionales. (*M. G.-R.*)

OREFICE, G.: «Orientamenti giurisprudenziali in tema di SWAP», *NGCC*, 2011, núm. 12, pp. 629-637.

Artículo dedicado a la relación entre reglas de comportamiento y normas de validez en la evolución jurisprudencial en materia de instrumentos financieros, en especial, en la permuta financiera. (*Alma R.G.*)

SCARPELLO, A.: «La nuova disciplina della trasparenza bancaria tra normative di settore e categorie generali civilistiche», *CI*, 2012, núm. 1, pp. 227-273.

Artículo dedicado a las cláusulas abusivas en los contratos bancarios y a la tutela del contratante débil. En concreto, analiza la nueva normativa italiana en relación con la modificación unilateral del contrato bancario. (*Alma R.G.*)

DERECHO CONCURSAL

BELVAL, B./JOLY, P.: «Pour un droit d'alerte du bâtonnier en cas de difficultés des avocats», *GP*, 2012, núm. 211-213, pp. 7-8.

Situaciones de dificultad económica de los abogados en Francia y su posible inclusión en el derecho de insolvencia. (*R. A. R.*)

BOYSSON, B.: «La caisse de sécurité sociales Carpimko bénéficie-t-elle d'un droit au paiement immédiat dans le cadre d'une procédure collective? Retour sur les effets d'un privilège», *RD*, 2012, núm. 2, pp. 118-122.

Estudio a propósito de varias decisiones judiciales donde se acepta el pago inmediato de un crédito mediante el recurso a la caja de seguridad social Carpimko, en un proceso de ejecución colectiva. Consecuencias peligrosas de tal solución. (*R. A. R.*)

LE CORRE, PM.: «Les questions soulevées par la déclaration notariée d'insaisissabilité en cas de liquidation judiciaire», *GP*, 2012, núm. 118-119, pp. 5-9.

Problemas doctrinales que se plantean en torno a la declaración pública de insolvencia en los casos de liquidación judicial. Resolución por los tribunales a dichas cuestiones y propuestas del autor a otros problemas que aún no se han visto. (*R. A. R.*)

PANETTA, R.: «Gli effetti della dichiarazione di fallimento sulla clausola arbitrale», *NGCC*, 2011, núm. 10, pp. 978-982.

Comentario a sentencia del Tribunal de *Udine* de 14 de febrero de 2011, que reflexiona sobre la oponibilidad de la cláusula arbitral en el caso de quiebra ocurrida sucesivamente a la estipulación del contrato de arrendamiento que contiene dicha cláusula, pero con anterioridad a la instauración del juicio arbitral. (*Alma R.G.*)

RÉMERY, JP.: «Le ministère public et le droit des entreprises en difficulté: un an de jurisprudence de la chambre commerciale de la cour de cassation», *RD*, 2012, núm. 11, pp. 700-703.

La defensa del orden público por el ministerio público mediante una serie de derechos particulares reconocidos por la ley. Su reconocimiento por la Corte de casación en su sección mercantil. (*I. S. P.*)

RENUCCI, JF.: «Durée de la liquidation judiciaire et CEDH», *GP*, 2012, núm. 20-21, pp. 6-10.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte Europea de Derechos humanos de 22 de septiembre de 2011 donde se analiza la duración de los procedimientos de insolvencia y su incidencia en los derechos fundamentales. (*I. S. P.*)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L	American Journal of Comparative Law
CI	Contratto e Impresa
C. L. J.	Cambridge Law Journal
CLR	California Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
ERPL	European Review of Private Law
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
L. Q. R.	Law Quarterly Review

MLR	Modern Law Review
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
N. Y. U. L. Rev.	New York University Law Review
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile
RD	Recueil Dalloz
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI	Revue de Droit Immobilier
RIDA	Revue Internationale du Droit d' Auteur
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCLA L. Rev.	University of California Los Angeles Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias comentadas

Internamiento involuntario urgente por razones de trastorno psíquico y tutela del derecho fundamental a la libertad personal

JUAN CARLOS CABAÑAS GARCÍA

Profesor Titular de Derecho procesal

Universidad de Alcalá

Letrado del Tribunal Constitucional

RESUMEN

El artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero, regula en España la medida de internamiento involuntario por trastorno psíquico de una persona. Una de las modalidades que contempla esta norma es el internamiento urgente por orden del director de un establecimiento médico, con carácter previo y sin vinculación necesaria con un proceso de incapacitación civil. El internamiento conlleva la privación de libertad del afectado sin autorización judicial ab initio, lo que plantea el debate sobre la protección de su derecho a la libertad personal (art. 17 CE), tanto al adoptarse la medida como después en su control por el juez, sin perjuicio de otros derechos que aquél igualmente tiene como paciente sometido a una cierta terapia médica. El Tribunal Constitucional ha dictado recientemente la STC 141/2012, de 2 de julio en la que, desde la perspectiva de aquel derecho fundamental, fija doctrina sobre las garantías de este procedimiento en sus diversas fases; doctrina que ha de condicionar a partir de ahora la acción del legislador y de los tribunales ordinarios. El presente artículo analiza la importancia y consecuencias que se derivan de la STC 141/2012, situando sus afirmaciones en el contexto de los convenios internacionales, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y referencias de derecho comparado.

PALABRAS CLAVE

Internamiento involuntario; trastorno psíquico y urgencia; derecho a la libertad personal; necesidad y proporcionalidad; derecho de información; control judicial; prueba; plazos máximos; resolución motivada; convenios internacionales; TEDH.

ABSTRACT

The article 763 of the Spanish Civil Procedure Law, passed on January 7th, 2000 by Act 1/2000, envisions the precautionary measure dealing with involuntary internment due to psychiatric disorder of individual. One of the possibilities included in the stated disposition is that of urgent internment under orders of a medical establishment's director, prior and without need of any necessary link to a related ongoing incapacity procedure. This internment implies the deprivation of liberty without need for an ab initio judicial warrant, what brings upon the debate about the right to personal freedom (article 17 of the Spanish Constitution), both at the time the measure is decided as well as at the later stage of judicial review, regardless of other rights the patient may withhold as subject to a given medical treatment. The Constitutional Court of Spain has recently produced case law on its 141/2012, ruling, passed on July 2nd, regarding the guarantees to be respected on this procedure, both by legislator and courts. The present article analyses the importance and consequences of the aforementioned constitutional ruling, under the scope of international treaties, ECHR case law and compared law.

KEYWORDS

Involuntary internment, psychiatric disorder and urgency; right to personal freedom, necessity and proportionality, right to information, judicial review, means of proof, maximum term, grounded resolution, international conventions and treaties, ECHR.

SUMARIO: 1. *Importancia de la STC 141/2012, de 2 de julio, en cuanto a la consideración de la medida de internamiento urgente por trastorno psíquico y su afectación sobre los derechos del artículo 17 CE.* 2. *Libertad personal y presupuestos para la adopción de la medida (legalidad, jurisdiccionalidad, necesidad y proporcionalidad).* 3. *Garantías vinculadas al derecho de libertad personal en la fase extrajudicial del procedimiento de internamiento urgente: a) Acreditación de una justificación médica de la medida. b) Derecho de información al afectado sobre su situación. c) Plazo máximo de comunicación al Juzgado competente. d) Efectos derivados de dicha comunicación (puesta a disposición judicial del interno; responsabilidad del director del centro).* 4. *Garantías vinculadas al derecho de libertad personal en la fase judicial del procedimiento de internamiento urgente: a) Alcance del control judicial. b) Derecho de información al afectado sobre su situación y a la asistencia jurídica. c) Derecho a la prueba y prueba oficial. d) Plazo máximo de confirmación o en su caso de cese de la medida. e) Motivación reforzada de la resolución.*

1. Importancia de la STC 141/2012, de 2 de julio, en cuanto a la consideración de la medida de internamiento urgente por trastorno psíquico y su afectación sobre los derechos del artículo 17 CE:

Por razones de interés social y seguridad pública, vinculadas a la protección de la vida e integridad psíquica y física de los ciudadanos, en muchos ordenamientos jurídicos y en España desde hace ya más de cien años¹, se contempla la posibilidad de privar de libertad a una persona con el fin de someterla a tratamiento médico por motivo de trastorno mental, incluso en contra de su voluntad. Esa medida puede ser ordenada no solamente de modo instrumental a un proceso civil de incapacitación (también como medida de seguridad alternativa a la de prisión, en el ámbito penal), cuando el padecimiento se diagnostica como de larga duración o incurable y procede regular su situación a través de una sentencia que declare ese estado y sus efectos jurídicos. También, en lo que aquí nos importa, cuando una persona presenta una perturbación mental de suficiente gravedad como para impedirle el gobierno de sus propios actos y se prevea, de modo inminente, que puede por ello causarse daño a sí mismo (por ej., en ciertas situaciones de demencia o depresión profunda) o a los demás (aparición de brote psicótico o esquizofrénico), a menos que sea sometido de manera inmediata a un tratamiento médico en establecimiento adecuado al efecto.

De esta manera se concibe esa privación de libertad no tanto como medida protectora en sí misma (más allá de servir sin duda *de facto*, a la evitación de daño a terceros), sino como paso necesario para el sometimiento del paciente a aquellos tratamientos médicos necesarios para la contención y, de ser posible la curación, de su trastorno. Éste se puede revelar *a priori* como meramente temporal (cuando es el resultado de la ingesta de sustancias tóxicas o el abandono de un tratamiento farmacológico ya prescrito, por ejemplo) o en cambio de más difícil solución. En todo caso, sin que tenga por qué existir relación causal necesaria entre internamiento urgente y proceso civil de incapacitación, el cual a la postre puede o no llegar a abrirse².

Resulta evidente, pues, que este internamiento de carácter urgente presenta implicaciones directas sobre el ejercicio del derecho fundamental a la libertad personal del artículo 17 de nuestra Constitución³ (a falta de otro

¹ La primera norma de protección de enfermos mentales con limitación de las condiciones para su internamiento, ya sea que éste se produzca de modo urgente («observación») o con cierto sentido de permanencia –revisable– tras la sustanciación de expediente judicial («reclusión definitiva»), es el Real Decreto de 19 de mayo de 1885 «sobre hospitalidad de dementes» (*Gaceta de Madrid* núm. 141, de 21 de mayo del mismo año).

² Como bien se encargó de precisar la Disposición final duodécima de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dando nueva redacción al artículo 211 CC y, en lo que ahora comentamos, sustituyendo la dicción dada al primer párrafo del precepto por la Ley 13/1983 («el internamiento de un presunto incapaz requerirá...») por la más adecuada de: «el internamiento por razón de trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá...» y que toma literalmente el actual artículo 763.1 LEC.

³ El artículo 17 CE establece: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

precepto más específico⁴), aunque la ejecución de la medida puede afectar con relativa frecuencia, a otros derechos subjetivos del paciente en función de la naturaleza e intensidad de la terapéutica aplicada.

Por otro lado y precisamente debido a la gravedad de sus consecuencias, existe siempre el peligro de que el internamiento urgente se utilice de manera torticera para lograr la anulación «sumaria» de la voluntad del afectado, como paso previo para justificar una demanda de incapacitación⁵, ya por parientes cercanos movidos por un ánimo de lucro, rencillas o desapego familiar; ya por un funcionario o autoridad actuando más bien por motivaciones políticas o de otra índole espuria. Todo ello refuerza la imperatividad de un control legal y judicial preciso sobre los requisitos y control de la medida.

La STC 141/2012, de 2 de julio se ocupa precisamente de dilucidar las repercusiones del derecho a la libertad personal en el internamiento involuntario urgente, una de las modalidades previstas actualmente en el artículo 763 LEC 1/2000, de 7 de enero⁶ (dejando al margen alguna disposición

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional».

⁴ El artículo 32 de la *Costituzione Italiana* de 1947, tras enunciar que la salud se erige en derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad, señala en su segundo apartado que: «Nadie puede ser obligado a un determinado tratamiento sanitario si no es por disposición de la ley. La ley no puede en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto de la persona humana». En desarrollo de esta última previsión constitucional se dictan los artículos 33 y ss. de la Ley n.º 833 de 23 de diciembre de 1978, que contiene las «Normas para la determinación y tratamientos sanitarios voluntarios y obligatorios», equivalente en este segundo ámbito al procedimiento del artículo 763 de nuestra LEC; en concreto el artículo 35 trata del tratamiento sanitario obligatorio (TSO) en condiciones de urgencia hospitalaria por enfermedad mental.

⁵ En la Exposición de Motivos del RD de 19 de mayo de 1885 ya citado, puede leerse: «De aquí que las Diputaciones provinciales, los Ayuntamientos y los particulares tengan a su cargo un gran número de locos que entran en reclusión sin ninguna garantía eficaz de seguridad individual. Y de aquí también que se promuevan con frecuencia litigios, y aun procedimientos criminales, por haber recluso sin razón, y con fines que atentan a la moral, a personas no declaradas judicialmente en estado de demencia».

⁶ Por su parte, el artículo 763 LEC 1/2000, de 7 de enero, reza:

«1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

autonómica⁷). Es la primera sentencia de amparo que el Tribunal Constitucional (en adelante: el Tribunal) dicta en este ámbito; motivo por el cual y en atención a la relevancia social del tema, rechazó inclusive el desistimiento del recurso planteado a último momento por la representación del recurrente, optando antes bien por entrar en el estudio del fondo controvertido⁸.

La Sentencia juzga un caso concreto en que se mantuvo a una persona interna en la unidad de salud mental de un centro hospitalario durante catorce días sin ninguna autorización judicial, siendo dado de alta por el director del centro al entender que habían desaparecido las causas que motivaron su retención. Sólo cinco días después de esa puesta en libertad es

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente».

⁷ Los artículos 212.4 a 212.6 del *Codi Civil de Catalunya* (Ley 25/2010, de 29 de julio, del Parlament) regulan el internamiento por trastorno psíquico, en concreto el 212.5 la modalidad de internamiento urgente, autorizando al director del establecimiento a adoptar la medida «si se produce una causa de urgencia médica que requiera el internamiento sin dilación». Para el procedimiento la norma remite a la LEC y los plazos son los mismos excepto en cuanto a la periodicidad del control judicial ulterior de la medida, que en ésta se reduce a los dos meses (art. 212.5.4).

⁸ Con doctrina previa de apoyo, el Tribunal asevera en su FJ 2 que: «Dicha solicitud de desistimiento ha de ser rechazada con base en la doctrina de este Tribunal que atempera el carácter rogado atribuido a esta jurisdicción constitucional, cuando, “razones de interés público, vinculadas a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales”, determinan la necesidad de hacer un pronunciamiento expreso sobre el fondo del asunto pese al abandono de la respectiva pretensión de parte (STC 51/1998, de 3 de marzo, FJ 2; y AATC 265/2002, de 9 de diciembre, FJ Único; y 330/2003, de 20 de octubre, FFJJ 1 y 2).

En este caso, la concurrencia de ese interés público se deriva, ante todo, del hecho de que se trata del primer recurso de amparo en el que se enjuicia desde la óptica del derecho fundamental a la libertad personal, un caso de internamiento psiquiátrico urgente, con las peculiaridades que éste presenta en nuestro ordenamiento al acordarse *ab initio* sin control judicial, conforme luego veremos. Y en segundo lugar y en línea con lo defendido por el Ministerio Fiscal en el escrito de alegaciones por el que se opuso a dicho desistimiento, en razón a que el colectivo al que afecta esta medida es con alguna frecuencia el de las personas con discapacidad mental, al cual califica con razón de «especialmente vulnerable», lo que confiere a esta materia una innegable importancia social. Por todo ello corresponde denegar el desistimiento solicitado y entrar al examen de fondo del recurso».

que el Juzgado resolvió sobre su situación, confirmando por cierto la medida sin una base médica que realmente lo respaldase, como después veremos. El supuesto de hecho se ofrecía así como una plataforma inmejorable desde la que sentar doctrina constitucional en la materia, teniendo presente el Tribunal para ello, de un lado, sus postulados previos sobre las distintas garantías del artículo 17 CE con proyección más allá de las figuras de la detención y prisión provisional (penal); y de otro lado a los Convenios internacionales suscritos por España que contienen un catálogo de derechos básicos que asisten al afectado por la medida de internamiento, enriquecedor de los derechos que ya se fijan en nuestra norma interna de desarrollo –el citado art. 763 LEC–.

Como resultado de ello, veremos que el Tribunal ha modulado incluso determinados aspectos del procedimiento de internamiento urgente, los cuales de manera tradicional obtenían cobertura exclusiva en el artículo 24 CE. Tal sucede por ejemplo con el derecho a la información de los motivos del internamiento, a su acreditación objetiva y a la existencia de un cauce de revisión de la medida acordada por el personal médico, que quedan así entronizadas como garantías propias para la protección del derecho a la libertad personal del sujeto, con lo que su desconocimiento se traduce en lesión del propio derecho fundamental sustantivo. Posición por lo demás que deviene respetuosa con la jurisprudencia del TEDH dictada en este campo, según luego se verá.

De este modo, la STC 141/2012 ha traído consigo una ampliación de las zonas de cobertura del artículo 17 CE respecto del internamiento urgente, aparte del núcleo ya estatuido por la STC 132/2010, de 2 de diciembre –FJ 3 y fallo–, estimatoria esta última de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la falta de rango legal orgánico del inciso del artículo 763 previsor de la posibilidad de acordar la medida; y que ahora con la STC 141/2012 se extiende a los requisitos para su adopción regulados en otros apartados de la norma.

2. Libertad personal y presupuestos para la adopción de la medida (legalidad, jurisdiccionalidad, necesidad y proporcionalidad):

a) El Tribunal considera necesario situar ante todo el internamiento urgente como una medida privativa de la libertad cuya constitucionalidad, al igual que ha proclamado ya para otras modalidades de internamiento, exige acreditar su existencia, necesidad y proporcionalidad en el caso concreto, siguiendo para ello el canon formulado por la jurisprudencia del TEDH a partir de su Sentencia de 24 de octubre de 1979, *asunto Winterwerp contra Países Bajos*. De esta manera, dice, el internamiento por motivo de trastorno psíquico comporta siempre para el afectado:

«... una privación de su libertad personal que: "...ha de respetar las garantías que la protección del referido derecho fundamental exige, interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España (art. 10 C.E.), y, en concreto, con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [...] la legalidad del internamiento de un enajenado, prevista expresamente en el artículo 5.1.e) del Convenio, ha de cumplir tres condiciones mínimas, según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar dicho artículo en su Sentencia de 24

de octubre de 1979 (*caso Winterwerp*). Estas condiciones son: *a*) haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; *b*) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y *c*) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo ...”: SSTC 112/1988, de 8 de junio, FJ 3 y 24/1993 de 21 de enero, FJ 4, respecto del internamiento como medida de seguridad (penal); 104/1990, de 4 de junio, FJ 2, para internamiento decretado tras sentencia civil de incapacitación; y 129/1999, de 1 de julio, FJ 3, resolviendo cuestión de inconstitucionalidad sobre el párrafo segundo del artículo 211 CC, regulador entonces del internamiento cautelar en el orden civil...» (STC 141/2012, FJ 3).

Ese triple condicionamiento (diagnóstico previa, gravedad y persistencia del padecimiento mental), traducido en presupuesto de garantía para la licitud de la medida *ex* artículo 5.1.e) CEDH, según se define en el último párrafo del § 39 de la Sentencia *Winterwerp*, ha marcado la jurisprudencia del TEDH en la materia, tanto para los supuestos de internamientos urgentes (en resoluciones de dicho Tribunal de las que más adelante haremos cita); como también en internamientos no urgentes –cautelares o definitivos⁹.

Por tanto, el presupuesto inexcusable para autorizar la restricción de la libertad ambulatoria del sujeto es la existencia de un trastorno mental y además de suficiente magnitud para requerir su tratamiento en régimen cerrado. Sólo desnaturalizando su objeto puede pretenderse su utilización para otro tipo de situaciones asistenciales a personas ancianas o a otros grupos de riesgo social, cuya solución ha de venir dada por otros medios jurídicos e institucionales. Resulta por ello acertada la posición de los tribunales ordinarios que rechazan ese intento de extensión indebida del internamiento psiquiátrico¹⁰ y que al tener lugar en contra de la voluntad del afectado, entraña inexorablemente una privación indebida de su libertad ambulatoria, sin cobertura legal. Desde luego tampoco cabría acudir a

⁹ En este segundo grupo (internamiento no urgente) y entre otras, las SSTEDH de 5 de noviembre de 1981, *asunto X contra el Reino Unido*, § 40 (penal); 23 de febrero de 1984, *asunto Luberti contra Italia*, § 27 (penal); 28 de mayo de 1985, *asunto Ashingdane contra el Reino Unido*, § 37 (penal); 24 de octubre de 1997, *asunto Johnson contra el Reino Unido*, § 60; 20 de febrero de 2003, *asunto Hutchinson Reid contra el Reino Unido*, § 47 (penal); 27 de marzo de 2008, *asunto Shtukaturov contra Rusia*, § 114.

¹⁰ Sobre esta cuestión, con reseña de algunas de esas resoluciones judiciales, MORETÓN SANZ, M. F.: «La intervención judicial en los internamientos psiquiátricos: cuestiones sobre su aplicabilidad a los ingresos no voluntarios en residencias de mayores», en la obra colectiva *Cuestiones actuales de la Jurisdicción en España, Tomo I* (Coordinador Alfredo Montoya Melgar), Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2010, pp. 609, 612-613.

dicho internamiento como subterfugio para instrumentar medidas de policía encubierta en situaciones de seguridad pública¹¹.

b) Partiendo entonces del mencionado presupuesto objetivo y tras recordar su doctrina sobre la utilidad interpretativa de los derechos fundamentales a la luz de los tratados y convenios internacionales, artículo 10.2 CE (por todas, SSTC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12 y 37/2011, de 24 de marzo, FJ 4 y las que en ambas se citan), la STC 141/2012, FJ 3 añade otros presupuestos, predicables al igual que aquél, por cierto, de cualquier modalidad de internamiento (urgente o no urgente, civil o penal).

El primero de ellos es la garantía de *legalidad* de la medida: resultaba innecesaria una fundamentación en la STC 141/2012 dedicada a explicar el porqué de esta exigencia, no sólo por la evidencia de un marco legal ya dictado como es hoy el artículo 763 LEC, sobre cuyo contenido se pronuncia el Tribunal a lo largo de su resolución, sino porque la garantía de legalidad de toda medida restrictiva de la libertad personal deriva directamente de los artículos 17.1 y 53.1 CE, según ha proclamado la doctrina general del Tribunal¹².

La Sentencia, con todo, aprovecha para poner de manifiesto la aplicación por los tratados internacionales de la garantía de legalidad respecto del internamiento por trastorno mental, en cuanto ésta comporta una situación privativa de libertad. Así, se hace cita del artículo 9.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que recoge los derechos a la libertad y a la seguridad personales y condiciona su restricción al cumplimiento

¹¹ El artículo L-3213 del Código francés de Salud Pública establecía que «En caso de peligro inminente para la seguridad de las personas, acreditado por una opinión médica o, en su defecto, por notoriedad pública, el alcalde y, en París, los comisarios de policía...», dictan las medidas provisionales necesarias incluyendo el internamiento del afectado. Este segundo supuesto, el de la «notoriété publique», fue declarado por el *Conseil Constitutionnel* en Sentencia n.º 2011-174 QPC («question prioritaire de constitutionnalité», equivalente a nuestra cuestión de inconstitucionalidad *ex arts.* 35 y ss. LOTC y 5.2 y 5.3 LOPJ) de 6 de octubre, como contrario al artículo 66 de la Constitución francesa de 1958 que proclama el derecho a la libertad personal («Nadie podrá ser detenido arbitrariamente. La autoridad judicial, garante de la libertad individual, asegurará el respeto de este principio en la forma prevista por la ley»). En efecto, tras invocar (fundamento 8) su criterio favorable a la constitucionalidad de la atribución de competencias a la autoridad administrativa en esta materia, sin perjuicio de su ulterior control judicial (doctrina ya explicitada en la Sentencia 2010-71 QPC de 26 de noviembre, fundamento 20) considera sin embargo el *Conseil* que tratándose de una medida restrictiva de la libertad fundada estrictamente en motivos de trastorno mental, el permitir este inciso del precepto que la medida «... pueda ser pronunciada sobre el fundamento únicamente de la notoriedad pública, las disposiciones de este artículo no aseguran que una medida tal quede reservada a los casos en los que sea adaptada, necesaria y proporcionada al estado del enfermedad así como a la seguridad de las personas o a la preservación del orden público; que, por consiguiente, las palabras: “o, en su defecto, por la notoriedad pública” deben ser declaradas contrarias a la Constitución...» (fundamento 10). Con posterioridad se dio redacción a este artículo por la Ley n.º 2011-803 de 5 de julio.

La eliminación de la cláusula de la notoriedad pública, presente en el ordenamiento galo desde una ley de 6 de julio de 1838, ha sido saludada por la doctrina científica de este país al traer consigo no solamente la acogida de la jurisprudencia del TEDH que exige la acreditación médica del trastorno, sino la ruptura de una visión que consideraba indispensable la preservación del orden público, haciendo con ello que la protección del grupo primara en definitiva sobre la del individuo: PÉCHILLON, É.: «Inconstitutionnalité de la procédure d'hospitalisation sous contrainte en cas de danger imminent fondée sur la seule notoriété publique: une réduction du pouvoir de police du maire», *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n.º 5, 6 Février 2012, 2040, 1.a.

¹² Últimamente, STC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 8 y las que ahí se citan.

de los requisitos establecidos legalmente¹³, advirtiendo que conforme a la interpretación dada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU (cuyas resoluciones, puntualiza el Tribunal, «también hemos considerado fuente interpretativa válida: entre otras, SSTC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3; y 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4») expresada en su *Observación General núm. 8*, 16.º periodo de sesiones, de 30 de junio de 1982, la garantía de legalidad resulta «aplicable a todas las formas de privación de libertad... como por ejemplo las enfermedades mentales» (STC 141/2012, FJ 3)¹⁴.

Por otro lado, en el ámbito del CEDH, aparecen tres preceptos implicados desde la óptica que aquí nos ocupa, en relación con el internamiento psiquiátrico: los artículos 5.1.e) (derechos a la libertad y a la seguridad, sujetos sólo a limitación por ley y «conforme a derecho», también cuando se trata «de un enajenado»), 5.2 (derecho a ser informado de los motivos de la detención «en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda») y 5.4 (derecho a presentar recurso contra la privación de libertad «mediante detención o internamiento» y a que tal recurso se resuelva «en breve plazo», ordenando «su puesta en libertad si fuera ilegal»). Sobre ellos el Tribunal Europeo ha levantado su jurisprudencia en torno al concepto de legalidad («lawful») de la medida de internamiento (urgente y no urgente), desglosada en una serie de consecuencias que iremos viendo más adelante para la modalidad que aquí nos ocupa.

En lo que importa destacar desde ya, el TEDH parte del reconocimiento de la libertad de los Estados para acomodar sus legislaciones a los principios generales del Convenio¹⁵ pero con el condicionamiento de que «toda medida privativa de libertad debe emanar de una autoridad competente, ser ejecutada por ella y no revestir un carácter arbitrario» (proclamado ya en *Winterwerp* § 45). Un control de legalidad que se extiende tanto a las normas de fondo (contenido, autoridad ordenante, plazo, modo y lugar de ejecución de la medida), como a las procesales (primer grado y recursos) que regulan la adopción del internamiento¹⁶.

¹³ Artículo 9.1 PIDCP: «Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta».

¹⁴ Podemos añadir lo dispuesto también en la *Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad* (Instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 1997, BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, en vigor en España desde el 3 de mayo de 2008), cuyo artículo 14.1.b) proclama que los Estados Partes asegurarán a las personas con discapacidad (es decir y conforme a su vez con el art. 1, aquellas que presenten deficiencias mentales o intelectuales «a largo plazo»), la igualdad de condiciones con todas las demás para que «no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad».

¹⁵ Un estudio amplio pero genérico de la regulación en la materia por los Estados miembros de la Unión Europea –y de los que carecen de ella– aparece en el documento *Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems, preparado por* la Agencia de los derechos fundamentales de la Unión Europea con sede en Viena (European Union Agency for Fundamental Rights, FRA); Luxemburg, 2012.

¹⁶ Como recalcan entre otras, SSTEDH de 21 de febrero de 1990, *asunto Van der Leer contra Países Bajos* § 22; 20 de febrero de 2003, *asunto Hutchison Reid contra el Reino Unido*, § 46; 14 de diciembre de 2006, *asunto Filip contra Rumanía*, § 55; 27 de marzo de 2008, *asunto SHTUKATUROV contra RUSIA*, § § 112 y 113.

c) La garantía de la *jurisdiccionalidad* de la medida. Señala la Sentencia 141/2012 asimismo que: «Considerando por ello su repercusión directa sobre el derecho fundamental a la libertad personal, este Tribunal ha declarado que “la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente”...» (STC 141/2012, FJ 3, con cita de la STC 129/1999, de 1 de julio, FJ 2).

Conviene no obstante situar esta afirmación con el alcance que le resulta propio: no se trata de negar la posibilidad de que un particular o una autoridad no judicial efectúe el internamiento, lo que nuestro ordenamiento contempla también en otros campos, como la detención penal¹⁷, o la prevención de la salud pública¹⁸. Más correctamente, supone entender esta garantía de jurisdiccionalidad en el sentido de su control efectivo por el juez, ya porque la ley determine que sea él quien la adopte, ya sea, como aquí en el internamiento involuntario urgente por trastorno psíquico, porque su continuidad se sujete a la confirmación judicial dentro de un plazo perentorio desde su materialización.

No cabe extraer una exigencia constitucional desde la óptica del artículo 17 CE en cuanto a atribuir la decisión inicial siempre al juez, pero sí a que la medida no subsista sin su autorización. De esto último no puede prescindir el legislador al regular la normativa correspondiente¹⁹ y aparece debidamente cumplido por el artículo 763 LEC.

¹⁷ Actuando como colaboradores de la Justicia, los artículos 490-491 LECrim ofrecen la opción a «cualquier persona» de poder practicar la detención de quien vieren intentando cometer un delito en ese momento o justamente después de hacerlo o a quien se estuviere fugando del establecimiento en que estuviere confinado. Imponiéndolo el artículo 492 de la misma Ley como obligación (deber) a la autoridad policial.

¹⁸ Véase Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, sobre Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, así como artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

¹⁹ En Francia, el *Conseil Constitutionnel* ha tenido que pronunciarse hasta en tres ocasiones en sede de QPC, declarando contrarios al artículo 66 de la CF determinados preceptos del Código de Salud Pública que justamente, en materia de internamiento, adolecían de la falta de previsión de un control judicial frente a la decisión adoptada por el director del centro o en su caso por la autoridad administrativa competente. Así: a) Sentencia n.º 2010-71 QPC de 26 de noviembre de 2010, declara inconstitucional el artículo 337 del citado Código por no prever control judicial posterior a los 15 días de acordada la medida; b) Sentencia n.º 2011-135/140 QPC de 9 de junio de 2011, en relación con los artículos L 3213-1 (existencia de informe contradictorio tras 24 horas de adoptada, previéndose sólo el control del centro) y 3213-4 (de nuevo falta de control judicial tras los 15 días de vigencia); y c) Sentencia n.º 2012-235 QPC de 20 de abril de 2012, en cuanto a los artículos 3211-12-II y 3213-8, en materia de internamiento como medida de seguridad penal.

Es de observar que las dos primeras QPC obligaron al Parlamento a acelerar la reforma que se gestaba del Código de Salud Pública, dando lugar a la ya citada Ley n.º 2011-803 de 5 de julio, la cual entre otras disposiciones incluyó el artículo L. 3211-12-I (declarado conforme con el artículo 66 CF, por la Sentencia 2012-235, fundamentos 16 a 18) en cuya virtud se impone la ratificación de la medida de internamiento por el juez de libertades y detención, antes de que expire el plazo de los 15 días de su vigencia, así como el control antes de 6 meses de la adoptada por la autoridad judicial en un procedimiento penal. Sin embargo, los preceptos declarados nulos por la QPC de 20-4-2012 también formaban parte de la Ley 2011-803.

Para una crítica en doctrina del apresuramiento legislativo al que se alude: PÉLLICHON, É.: «Publication de la loi sur le soin sous contrainte. Un texte adopté en urgence avant l'écécance fixée par le Conseil constitutionnel», *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, núm. 29, 18 de juillet 2011, act. 508.

d) Siguiendo con el internamiento urgente, precisa la STC 141/2012, FJ 4 que ambas circunstancias, tanto la de la existencia del trastorno psíquico como la propia situación de urgencia en la intervención médica dirigidas a proteger la vida e integridad del afectado —o la de terceros—, han de ser determinadas por un facultativo con remisión «a los conocimientos propios de la ciencia médica»²⁰, sin que, añade, pueda reputarse en ningún caso como trastorno mental la mera discrepancia del sujeto con el sistema de «valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad».

Ambos postulados guardan armonía con lo establecido al efecto en los convenios internacionales en la materia. En efecto así se recoge en los Principios 4.1²¹, de un lado, y 4.2 en relación con el 4.3²², de otro lado y respectivamente, de la *Declaración 46/119 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 17 de diciembre de 1991*, aprobatoria de *Los principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental*; como también en los artículos 2.1 y 2.2 de la *Recomendación Rec (2004) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, relativa a la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales*²³.

En concreto, la prohibición de reputar como trastorno mental la mera discrepancia o conflicto de adaptación del individuo con los valores de la sociedad que le rodea, estaba ya contenida en el Artículo 2 de la anterior *Recomendación R (83) 2 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Protección Legal de las Personas que padecen Trastornos Mentales, Internados como Pacientes Involuntarios*²⁴, lo que en su momento

²⁰ La Organización Mundial de la Salud (OMS) se encarga de la publicación de la «Clasificación internacional de enfermedades» (en inglés *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems –ICD–*), estando actualmente en vigor la décima revisión aprobada en 1992 (CIE-10) con ajustes puntuales posteriores. El Capítulo V, Código F00-F99, trata de los «Trastornos mentales y del comportamiento», en el que aparece un catálogo bastante amplio de dichas afecciones (más de un centenar, incluyendo las variables correspondientes), con descripción de los síntomas y la etiología de cada uno. Por su parte, las sociedades de psiquiatría de algunos países disponen de su propia clasificación.

²¹ Principio 4.1 Dec. 46/119 ONU: «La determinación de que una persona padece una enfermedad mental se formulará con arreglo a normas médicas aceptadas internacionalmente».

²² Principio 4.2 Dec. 46/119 ONU: «La determinación de una enfermedad mental no se efectuará nunca fundándose en la condición política, económica o social, en la afiliación a un grupo cultural, racial o religioso, o en cualquier otra razón que no se refiera directamente al estado de la salud mental».

Principio 4.3 Dec. 46/119 ONU: «Los conflictos familiares o profesionales o la falta de conformidad con los valores morales, sociales, culturales o políticos o con las creencias religiosas dominantes en la comunidad de una persona en ningún caso constituirán un factor determinante del diagnóstico de enfermedad mental».

²³ Artículo 2 de la Rec. (2004) 10: «1. Esta Recomendación se aplica a las personas un trastorno mental definido de acuerdo con los estándares médicos aceptados internacionalmente.

2. La ausencia de adaptación a los valores morales, sociales, políticos o de cualquier otra índole de una sociedad, por sí mismos, no pueden ser considerados como trastorno mental».

²⁴ Artículo 2 de la Rec. R (83) 2: «Al determinar si una persona sufre o padece de un trastorno mental y requiere internación, los psiquiatras y otros médicos deben hacerlo de acuerdo con los cánones de la ciencia médica. La mera dificultad en adaptarse a los valores morales, sociales, políticos u otros no debe considerarse un trastorno mental».

supuso a su vez la traslación de uno de los principios incluidos en la ya emblemática STEDH *Winterwerp* de 1979, en su § 37²⁵ y ha sido incorporada a la legislación de algún Estado miembro²⁶. Con ello se pretende evitar que la figura del internamiento psiquiátrico sirva de arma de guerra sucia contra el adversario político o religioso o sencillamente, como instrumento de control de orden público contra extranjeros o minorías sociales; en ambos casos generalmente por parte de las autoridades.

e) La adopción de la medida y su duración, prosigue afirmando de principio el Tribunal en el FJ 4 de la STC 141/2012, «deben satisfacer en cada caso concreto los requisitos de necesidad y proporcionalidad». Se trata de una exigencia obligada, en cuanto el internamiento acarrea la restricción de un derecho fundamental sustantivo como es la libertad personal, de modo que el Tribunal aplica aquí su doctrina general en la que exige la concurrencia de ambas notas esenciales para su sacrificio²⁷. En consecuencia, hay que ponderar tanto lo ineludible del tratamiento médico aun en contra de la voluntad del sujeto, merced a su diagnosticado padecimiento psíquico, como la gravedad de éste al punto de no resultar posible u objetivamente aconsejable su tratamiento ambulatorio, sino en régimen cerrado y bajo control constante de los facultativos.

Al mismo resultado se llega atendiendo a la normativa internacional en la materia. Necesidad y proporcionalidad, se exigen así en el *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina*, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (Instrumento de Ratificación de 23 de julio de 1999, *BOE* núm. 251 de 20 de octubre), al establecer que en situaciones de «trastorno mental grave» y con el fin de evitar un riesgo «gravemente perjudicial para su salud» (art. 7), se admitirá de inmediato la intervención médica de la persona cuando concorra una situación de «urgencia» (art. 8). En términos similares se expresa el principio 26 de la *Recomendación N° R (99) del Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados*, de 23 de febrero de 1999. Y la antes citada *Recomendación Rec (2004) 10 del Comité de Ministros*, artículo 17, para el caso de que el estado de la persona comporte un «riesgo real de daño grave para sí mismo o para terceros», que no exista un medio «menos restrictivo de atención necesario para su tratamiento» y que el tratamiento que reciba sea «proporcional» a su estado de salud (art. 19) y no dure más que «un breve período, sobre la base de una evaluación médica apropiada a la medida» (art. 21.2).

²⁵ Puede leerse en la versión francesa de la Sentencia: «*En tout cas, on ne saurait évidemment considérer que l'alinéa e) de l'article 5 par. 1 (art. 5-1-e) autorise à détenir quelqu'un du seul fait que ses idées ou son comportement s'écartent des normes prédominantes dans une société donnée*».

En términos similares, SSTEDH de 28 de octubre de 2003, *asunto Rakevich contra Rusia*, § 27, y 11 de diciembre de 2008, *asunto Shulepova contra Rusia*, § 40.

²⁶ Artículo 2, párrafo segundo, Ley belga de 26 de junio de 1990: «La inadaptación a los valores morales, sociales, religiosos, políticos u otros, no podrán ser en sí considerados como enfermedad mental».

²⁷ Expresivas de esa doctrina en relación con el derecho a la libertad personal (art. 17 CE), las SSTC 56/1997, de 17 de marzo, FJ 9; 14/2000, de 17 de enero, FJ 7; 169/2001, de 16 de julio, FJ 9; 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; ATC 474/204, de 29 de noviembre, FJ 3.B).

La propia jurisprudencia del TEDH no escapa desde luego a esta doble exigencia (necesidad-proporcionalidad), como ya hemos visto en relación a la segunda de las condiciones establecidas por *Winterwerp*, aplicada también en internamientos urgentes conforme veremos en los próximos dos epígrafes y esa misma exigencia, como es lógico, aparece en ordenamientos similares al nuestro²⁸.

²⁸ Algunos ejemplos al respecto: a) en Alemania el régimen de internamiento –no penal– por trastornos mentales se incardina en el campo de las acciones administrativas de garantía (Gefahrenabwehr), materia no atribuida por la Constitución de la República a la Federación, ni como competencia exclusiva de ésta (arts. 71 y 73 de la *Grundgesetz*), ni como competencia concurrente (arts. 72 y 74), lo que determina su asunción legislativa y de ejecución por los Länder, *ex* artículo 70. Partiendo de ello y a título de ejemplo, para el Land de Berlín rige actualmente la Ley de Enfermo Mental, en vigor desde el 1 de octubre de 2011, cuyo § 8.1 exige para el internamiento involuntario, que la enfermedad psíquica que padece «pueda poner seriamente en peligro su vida, su salud o sus bienes jurídicos importantes de manera considerable», regulando más adelante el internamiento «oficial provisional» cuando hubieran «indicios urgentes» sobre la existencia de aquella situación y no haya tiempo para esperar una decisión judicial sobre la medida (§26.1).

En términos similares, la *Ley de Asistencia y Protección contra las enfermedades mentales* del Länd de Renania del Norte-Westfalia, de 17 de diciembre de 1999, prevé el requisito general del internamiento, en su § 9 («si se dan indicios ponderados de que un afectado por una enfermedad psiquiátrica puede resultar peligroso para sí mismo o para los demás, o los bienes jurídicos importantes»; y la variante «de peligro de demora» susceptible de hacer «indispensable el internamiento inmediato» en el § 14 de la misma Ley.

b) La Ley Federal austriaca de 1 de marzo de 1990 sobre el ingreso de enfermos psíquicos en hospitales, dispone en el § 3 que sólo podrá internarse en una división (unidad hospitalaria) psiquiátrica a quien sufra una enfermedad de este tipo y por ella «ponga seriamente en peligro su propia vida o la integridad física o la vida o la salud de otros», no bastando con un tratamiento fuera del centro. Más adelante, se recoge la situación de urgencia, § 17, existiendo informe médico que lo justifique.

c) En Bélgica, el artículo 2 de la Ley de 26 de junio de 1990, *Relative à la protection de la personne des malades mentaux*», prevé que el internamiento procederá, en defecto de otro tipo de tratamiento, cuando la enfermedad que padece la persona ponga «gravemente en peligro su salud y seguridad» o constituya una «amenaza grave para la vida e integridad de otros», situación que en caso de «urgencia», habilita al procedimiento del artículo 9 y ss.

d) Francia: El Código de Salud Pública, reformado en el articulado que concierne a esta materia primero por la Ley 90-527 de 27 de junio y, más recientemente como veíamos por la Ley núm. 2011-803 del 5 de julio, estructura varios niveles de necesidad y proporcionalidad de la medida:

d-1) Como regla general, procede cualquier intervención médica involuntaria, previo dictamen favorable de dos médicos –cuyos requisitos se especifican–, cuando la persona padezca un trastorno mental que haga imposible recabar su consentimiento y el mismo requiera «cuidados inmediatos» que han de ser dispensados bien mediante una hospitalización completa, bien mediante tratamientos ambulatorios (L. 3212-1-II, 1.º en relación con L. 3211-2-1).

d-2) Podrá no obstante acordarse la medida con un único informe médico, externo eso sí al establecimiento, si concurre «peligro inminente para la salud de la persona» (L. 3212-1-II, 2.º) o cuando la persona padezca un trastorno mental que compromete «la seguridad de las personas o puede atentar, de forma grave, al orden público» (L. 3213-1-I).

d-3) Con mayor inmediatez, fija el Código que «en caso de urgencia» y ante un «riesgo grave» para la integridad del enfermo, procederá también el internamiento con la sola justificación de un certificado de un médico del propio centro, sin perjuicio de su ratificación posterior (L. 3212-3).

d-4) Igualmente puede hablarse de urgencia, en el supuesto del artículo L. 3213-2: «delito inminente para la seguridad de las personas y percepción de trastornos mentales «manifiestos» en el individuo, que faculta a la adopción de una medida provisional con base no ya en un informe médico completo, sino en una opinión médica («avis

3. Garantías vinculadas al derecho de libertad personal en la fase extrajudicial del procedimiento de internamiento urgente:

Sentadas las anteriores premisas, la STC 141/2012 aborda el test de constitucionalidad *ex* artículo 17 CE de las resoluciones impugnadas en el recurso, clarificando para ello cuáles son los derechos que acompañan al afectado por la medida de internamiento en cada una de las dos fases en que se articula su adopción y control, conforme al ya mencionado artículo 763 LEC.

Como se sabe, nuestro legislador ha optado por mantener la tradición de confiar la iniciativa del internamiento al criterio del responsable del centro, generalmente de la unidad psiquiátrica o del servicio de urgencias de un hospital público (aunque la Ley no impide que puedan ser clínicas privadas) al que llega la persona por su propia voluntad o con el auxilio o intervención de terceros (representante o familiares del afectado a los que se refiere el artículo 757 LEC²⁹ o en virtud de su traslado forzoso por agentes policiales al ser llamados por un suceso violento o por los servicios sociales).

En otros países, la decisión de internar a la persona se hace recaer ya sea sobre una autoridad administrativa³⁰, un órgano relacionado con la Adminis-

médical»), en lo que viene a ser más un periodo de observación, sujeto a la confirmación de la medida en las siguientes 48 horas por la autoridad competente –*vid infra*, nota 30–.

e) Italia: el artículo 34, párrafo cuarto, de la Ley 33-1978 dispone la adopción de tratamiento sanitario obligatorio (TSO) por enfermedad mental, en condiciones de urgencia hospitalaria, «sólo si existen alteraciones psíquicas tales para requerir intervenciones terapéuticas urgentes» y no sea posible recabar el consentimiento del afectado.

f) Portugal: con carácter general, la medida de internamiento únicamente puede proceder, *ex* artículo 12.1 de la Ley 36-1998, párrafo primero, cuando «el portador de la anomalía psíquica «grave cree, en virtud de ella, una situación de peligro para los bienes jurídicos de relevante valor, propios o ajenos, de naturaleza personal o patrimonial», siendo que el afectado rehúse (párrafo primero) o carezca del discernimiento necesario para consentir (párrafo segundo). Partiendo de ello, concurrirá el internamiento de urgencia, a su vez y según el artículo 22, cuando la persona «verificándose los presupuestos del artículo 12, n.º 1, exista peligro inminente para los bienes jurídicos referidos, normalmente por deterioro agudo de su estado».

²⁹ Además del propio afectado («el presunto incapaz», como señala el precepto puesto que está refiriéndose a la legitimación en tales procesos, no específicamente a la medida de internamiento urgente que, ya hemos dicho, no se vincula de modo necesario con la interposición de aquél), el cónyuge o quien se encuentre en situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes o hermanos del afectado, el Ministerio Fiscal o incluso cualquier tercero que tenga conocimiento de su situación.

³⁰ Por ejemplo en el sistema alemán: el § 26 de la Ley berlinesa determina que la autoridad territorial competente o, en su defecto, el presidente de la policía de Berlín o alguna de las instituciones señaladas en el § 10, podrá ordenar el internamiento oficial provisional sin perjuicio de informar de ello al tribunal tutelar, debiendo cesar si éste no la confirma a lo largo del día siguiente. En términos similares, el § 14 de la Ley de Renania del Norte-Westfalia de 1999, faculta a la autoridad pública local a que decrete la medida, con base en un dictamen médico de «pocos días» elaborado por un psiquiatra, psicoterapeuta o facultativo con experiencia en psiquiatría. En caso de acordarla dirigirá «con urgencia» solicitud de confirmación del internamiento al tribunal tutelar y, si este último no la ratifica antes del vencimiento del día siguiente, la misma deberá levantarse §§ 14.3 y 15.

En Italia, por su parte, se confía la orden de internamiento (TSO) al alcalde como autoridad sanitaria en el ámbito local, en el plazo de 48 horas desde la recepción de la propuesta fundada de un facultativo, apoyada por un segundo dictamen a cargo de un médico de la red de sanidad pública (art. 35, en relación con artículos 33 y 34, de la Ley núm. 833-1978). A partir de ese momento corre otro plazo de 48 horas para su comunicación

tración de Justicia³¹, el director del centro médico³² como aquí o, incluso se prevé un régimen mixto³³.

La LEC asume la fórmula que considera más efectiva en orden a la atención inmediata al afectado, pero imponiendo sobre el facultativo que ordena la medida determinados derechos indisponibles de aquél, que el Tribunal se encarga de enunciar en su FJ 5. Estos son los siguientes:

a) Acreditación de una justificación médica de la medida:

Comporta el cumplimiento del presupuesto objetivo de toda modalidad de internamiento psiquiátrico, con lo que no cabe efectuar éste sin que exista un diagnóstico científico sobre la realidad del padecimiento y la necesidad de su tratamiento en régimen cerrado y sin demora alguna. El Tribunal recuerda que debe existir un informe que sustente el juicio técnico en orden a su ulte-

al juez tutelar, quien a su vez en las siguientes 48 horas y tras la práctica de la prueba, dictará decreto motivado convalidando o no la medida (art. 35).

³¹ El artículo 9 de la Ley belga de 1990 atribuye en caso de urgencia al Procurador del Rey (equivalente a nuestro Ministerio Fiscal) el disponer la puesta en observación del enfermo en el servicio psiquiátrico que él mismo designe, de lo que deberá dar parte en las siguientes 24 horas al juez del lugar de residencia o en su defecto del domicilio o, en su defecto, de dónde se halle el interno, además de a este último, su representante legal y/o personas con las que viva; siguiéndose a partir de entonces el procedimiento judicial de los artículos 6-8, con 10 días de plazo a la autoridad judicial para resolver sobre la convalidación de la medida (art. 8).

³² Este sistema es el acogido en Austria (§ 17 de la Ley de 1990), debiendo el director de la «división» (unidad psiquiátrica) informar «sin demora» de la medida al juzgado competente, con copia del dictamen médico que lo justifica, disponiendo este último a su vez de un plazo de cuatro días desde que conoce del internamiento, para practicar la prueba (audiencia con el afectado, el director del centro, el abogado y representante y posible pericial de especialista para contraste: § 19) y resolver. En caso positivo, mantendrá la medida (§ 20) hasta que se celebre nueva vista oral en el plazo máximo de 14 días desde que tuvo lugar la audiencia.

También en Portugal: una vez trasladado al centro médico más próximo a donde se halle la persona por orden de las autoridades de policía o de salud pública (art. 23 de la Ley 36-1998), con entrega de un mandato motivado sobre las razones de su conducción, se somete a la persona a una «evaluación clínico-psiquiátrica», de modo que si se confirma la necesidad de internamiento, el responsable del centro remitirá al juez competente «de inmediato» (art. 25), copia de toda la documentación informando de la medida. El órgano judicial dispone a su vez del plazo de 48 horas desde la privación de libertad, para su mantenimiento o cesación (art. 26). Si se mantiene, se dará traslado de ello al juez con competencia para el internamiento no urgente, debiéndose sustanciar el proceso establecido en los artículos 12 y ss.

³³ En Francia, previa solicitud de un tercero y recabado el o los informes periciales exigibles –según concurra o no urgencia– (*vid. supra*, nota 25) el director del establecimiento ordenará el internamiento, (L. 3212-1, 3212-3), comunicándolo a las autoridades pertinentes, iniciándose un plazo de entre cinco y ocho días desde el ingreso para que dicho responsable solicite un nuevo examen médico que justifique el mantenimiento de la medida (L. 3212-7) y pasando, si fuere así, a controles periódicos mensuales.

Sin embargo, junto a esto se contempla la posibilidad de una doble actuación administrativa: tanto la del representante del Estado en el departamento (prefecto), que podrá internar con base en un informe médico externo al establecimiento al que vaya a ir destinado el afectado (L. 3213.1); como del alcalde en cualquier municipio y en París los comisarios de policía, en la situación de urgencia descrita por la L-3213-2 (*vid supra*, nota 28). En este último supuesto la medida provisional deberá comunicarse en el plazo de 24 horas al representante del Estado en el departamento y si éste no se pronuncia en sentido confirmatorio en las siguientes 48 horas, la medida caducará. Ya se ha visto antes además, *vid supra* 19, que el artículo L. 3211-12-1 garantiza el control de ratificación de la medida por el juez de libertades y detención, antes de que expire el plazo de los 15 días de su vigencia.

rior control jurisdiccional, lo que tampoco debe tomarse como requisito previo para el acto de ingreso, sí para su redacción inmediata una vez producido éste y desde luego para que obre junto a la comunicación que habrá de efectuar acerca del internamiento:

«si bien el responsable del centro médico está facultado para tomar *ab initio* la decisión de internar a la persona, es evidente que esto se condiciona al hecho de que consten acreditadas en ese momento y tras su reconocimiento, la necesidad y proporcionalidad de la medida, de la que ha de informarse al interesado hasta donde le sea comprensible, debiendo quedar plasmado por escrito el juicio médico para su posterior control por la autoridad judicial».

La exigencia de este diagnóstico médico que pondere los factores concurrentes en el caso de internamiento urgente, enlaza con la posición de la jurisprudencia del TEDH en este concreto ámbito, la cual considera reiteradamente dicha prueba como expresiva de que el internamiento no responde a una medida *arbitraria* sino lícita: así, SSTEDH de 28 de octubre de 2003, asunto *Rakevich contra Rusia*, § 27 y de 14 de diciembre de 2006, asunto *Filip contra Rumanía*, §§ 56, 57 y 60). Eso sí, matiza el Tribunal Europeo que en tales casos de urgencia el internamiento puede tener lugar sin informe médico previo, el cual podrá redactarse tras llevarse a cabo la intervención médica inmediata: SSTEDH de 12 de junio de 2003, asunto *Herz contra Alemania*, § 54; 14 de diciembre de 2006, asunto *Filip contra Rumanía*, cit., § 58 y 11 de diciembre de 2008, asunto *Shulepova contra Rusia*, §§ 41 y 42.

b) Derecho de información al afectado sobre su situación:

El Tribunal señala en segundo lugar que el interno tiene derecho a ser informado de su situación, esto es, que a partir del momento en que se ha adoptado la decisión facultativa, queda confinado en el establecimiento médico y sometido a terapias farmacológicas o del tipo que se requiera. Garantía que constitucionalmente emerge de manera directa y sin necesidad de desarrollo normativo legal –no viene previsto de hecho en el artículo 763 LEC– ya que, puntualiza la Sentencia:

«resulta evidente que nadie puede ser privado de libertad sin conocer los motivos que lo determinan, como proclama el artículo 17.2 CE para la detención».

Al margen de esta implicación con el derecho a la libertad personal, no puede descuidarse el contenido complejo que rodea la situación de internamiento, pues como ya se indicó al principio de estas páginas no se trata sólo de retener al sujeto sino de emprender una serie de intervenciones sobre su cuerpo que, en el supuesto que nos ocupa, han de producirse contra su voluntad y que entrañan casi siempre riesgos y efectos secundarios. Se incardina así este derecho subjetivo dentro del ámbito del consentimiento informado del paciente, esto es, la necesidad de recabar siempre que sea posible la aceptación libre de la persona a someterse al tratamiento médico debido, salvo

que por un «riesgo inmediato grave» a su integridad psíquica (que podría hasta comprometer su vida: piénsese en un comportamiento suicida) deba prescindirse de ese consentimiento, cual dispensa el artículo 9.2.b) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*. El propio Tribunal, en STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5, al reconocer el valor integrador de las disposiciones de la Ley 41/2002 desde la óptica de los derechos fundamentales del paciente, afirmó ya que: «...el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física (art. 15 CE) del que ese consentimiento es manifestación».

Con todo, si el consentimiento no puede ser otorgado por el sujeto internado porque éste «no sea capaz de tomar decisiones» [art. 9.3.a) Ley 41/2002], seguirá prevaleciendo con todo su derecho a la información «...incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal» (art. 5 de la Ley misma 41/2002).

El derecho a un «consentimiento informado» también se reconoce en el Principio 11 de la *Declaración 46/119 de la Asamblea General de la ONU*; el artículo 22 de la *Recomendación Rec. (2004), 10*; y en el artículo 5 del *Convenio relativo a los derechos humanos y la biotecnología de 1997* ya citados.

c) Plazo máximo de comunicación al Juzgado competente:

El Tribunal se detiene en las implicaciones del plazo establecido en el artículo 763 LEC para que el responsable del centro dé cuenta «al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que proceda a la preceptiva ratificación de la medida».

Desde el punto de vista estrictamente legal, conviene tener en cuenta que este mismo plazo de 24 horas se contenía ya como límite en el antiguo Decreto de 3 de julio de 1931 *Sobre asistencia al enfermo psíquico* (*Gaceta de Madrid núm. 188*, de 7 de julio), el cual arbitraba un procedimiento de control administrativo y en su caso judicial para situaciones de ingreso involuntario, incluso de urgencia (art. 12), y entonces la comunicación se dirigía por el director del establecimiento al Gobernador de la Provincia³⁴. Ese mismo plazo se asumió décadas después por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que reformó el artículo 211 CC para regular esta figura, derogando expresamente aquel Decreto (artículo segundo de la Ley 13/1983).

Mas, al tratarse de la privación del derecho fundamental a la libertad personal, ese plazo extrajudicial se rodea de límites tanto para el legislador como para el destinatario de la ejecución material de la medida (director del centro):

³⁴ Curiosamente, el artículo 3 del RD de 19 de mayo de 1885 resultaba todavía más garantista en este punto, pues fijaba el plazo en sólo tres (3) horas, «a contar desde el momento del ingreso del presunto alienado», para que el director del establecimiento comunicara el hecho de su «observación» al alcalde o en su caso al Gobernador de la provincia.

- Para el primero (legislador), la STC 141/2012, FJ 5 advierte que:

«el legislador actual o futuro no podría elevar en ningún caso (dicho plazo) más allá de las setenta y dos horas, al resultar vinculante en este ámbito privativo de libertad la limitación que fija el artículo 17.2 CE para las detenciones extrajudiciales, el cual, como tenemos declarado, no opera con carácter exclusivo en el orden penal (SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6; 179/2000, de 26 de junio, FJ 2; y 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6).

- Para el segundo (director del centro médico), entender que se trata de un plazo habilitante limitado en sentido absoluto pero también relativo, es decir y según precisa la Sentencia:

«Se trata, en todo caso, no de un plazo fijo sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente. De este modo, la comunicación al Tribunal habrá de efectuarla el director del centro en cuanto se disponga del diagnóstico que justifique el internamiento, sin más demora, siendo que las veinticuatro horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad. Precisión esta última importante, en aquellos casos en los que la persona ha podido acceder inicialmente al tratamiento de manera voluntaria y en algún momento posterior exterioriza su cambio de criterio, siendo en ese preciso momento cuando, tornándose en involuntario, se precisará la concurrencia de los requisitos del artículo 763.1 LEC para poder mantener el internamiento, empezando simultáneamente a correr el cómputo de las 24 horas para comunicarlo al órgano judicial.»

El incumplimiento de esta comunicación llevaría automáticamente a la ilegalidad de la detención, lo que permitiría su control judicial en sede de *habeas corpus* a instancia de su representante legal o sus familiares, posibilidad que deja abierta la propia STC a tenor del artículo 1.b) LO 6/1984³⁵.

d) Efectos derivados de dicha comunicación:

Una vez informado el Juzgado que se ha acordado el internamiento de la persona, adjuntándose a la comunicación el pertinente informe médico que así lo justifica, se desencadenan de inmediato dos consecuencias que afectan al estado jurídico del retenido, como son:

³⁵ «En todas aquellas situaciones donde el centro médico responsable incurra en exceso del plazo legal de las veinticuatro horas, la tutela judicial del afectado podrá ser recabada mediante el procedimiento de *habeas corpus* por su representante o familiares, aplicable también a este ámbito del internamiento *ex* artículo 1.b) de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo (“Las [personas] que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar”)...»: STC 141/2012, FJ 5.

d-1 Puesta a disposición judicial del interno: dice la Sentencia que:

«desde que tiene lugar la comunicación antedicha ha de considerarse que la persona pasa a efectos legales a disposición del órgano judicial, sin que ello exija su traslado a presencia física del Juez, como hemos tenido ocasión de precisar en el ámbito de las detenciones judiciales (SSTC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 4; y 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 5). Traslado que además tratándose de internamiento psiquiátrico contradiría la necesidad misma de la medida, de allí que lo normal es que el examen judicial directo del afectado se realice en el propio establecimiento hospitalario».

Por tanto, desde que el Juzgado tiene conocimiento de la situación del sujeto, el caso pasa a su jurisdicción y recae sobre su titular el doble deber de tramitar el procedimiento que establece el artículo 763 LEC, asegurando la protección jurídica integral del afectado desde ese momento hasta el fin de la pieza incidental cautelar y aun después, durante la vigencia de la medida.

Y ha de protegerlo tanto en cuanto a su situación privativa de libertad respecto a la idoneidad del establecimiento donde está recluso³⁶, como en cuanto a la del tratamiento médico impuesto, de modo que no suponga riesgo para su vida, integridad psíquica y física y dignidad como persona. Téngase en cuenta que éstas pueden incluir en la práctica situaciones de aislamiento o restricción de las comunicaciones personales, contención física o mecánica de la persona (ataaduras), alteración por fármacos de su conducta; incluso en ciertos cuadros depresivos graves, el recurrir a terapias electroconvulsivas (TEC)³⁷.

Conciérne en todo caso también y al margen del concreto tratamiento recibido, a asegurar el ejercicio efectivo de los demás derechos fundamentales que le corresponden al interno como paciente médico (Leyes 14/1986, 41/2002): prohibición general de torturas o tratos inhumanos o degradantes o de abusos sexuales; protección de sus datos personales, intimidad, etc³⁸.

d-2 Responsabilidad del director del centro: sin embargo, dado que en los hechos la persona sigue confiada al cuidado del hospital que le internó, continúa aseverando la STC 141/2012 que:

«[e]n todo caso, el director de este último sigue siendo responsable de la vida e integridad física y psíquica del interno mientras

³⁶ En todo caso, pero tratándose de menores por indicación expresa del artículo 763.2 LEC, como ya previó el artículo 211 CC, último inciso, en la redacción dada a este precepto por la Disposición final duodécima de la LO 1/1996.

³⁷ Sobre algunas de esas técnicas de psiquiatría y las dudas sobre su correcto empleo, MAYORAL CLERIES, F., «Destapando la caja de Pandora: utilización de medidas coercitivas en psiquiatría», en la obra colectiva *La respuesta judicial ante la enfermedad mental, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 92, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 128-141.

³⁸ Remarcando esta segunda vertiente de tutela jurisdiccional, derivada de la adopción del internamiento, VENTURA MAS, S., «Derechos fundamentales y cuestiones éticas en las unidades de psiquiatría. Instrucciones previas», en la obra colectiva de la nota anterior, pp. 110-119, así como la doctrina que ahí se cita; CALAZA LÓPEZ, S., *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, Madrid, 2008, pp. 306-307.

no acuerde el alta, bien por orden judicial o porque a criterio de los facultativos encargados se aprecie que han desaparecido o mitigado suficientemente las causas que motivaban el internamiento; incluso cuando tal ratificación judicial ya se hubiere producido».

4. Garantías vinculadas al derecho de libertad personal en la fase judicial del procedimiento de internamiento urgente:

a) Alcance del control judicial:

Se refiere después la STC 141/2012 a la segunda fase del internamiento urgente, cumplida íntegramente ante el juzgado que conoce del caso según dispone el ya varias veces citado artículo 763 LEC, el cual cumple en nuestro ordenamiento –como indica la propia Sentencia, FJ 6- la misma finalidad del proceso al que hace referencia el artículo 5.4 CEDH. Más que articularse en trámites formalmente separados, lo que la norma interna pretende es que tras un conocimiento de los hechos por el Juez, a resultas de la comunicación efectuada por el centro médico tras el internamiento; provea de inmediato a la realización de las necesarias pruebas para su esclarecimiento, a practicar en el lugar donde se encuentra el interno o, las que lo permiten, en la sala de vistas del órgano judicial. Pero todo ello en el plazo perentorio –y veremos que improrrogable- de las setenta y dos horas que marca el dispositivo legal para resolver. Con ese límite temporal, no es posible ni exigible seguir los trámites de un procedimiento de jurisdicción voluntaria de los todavía vigentes, sí el acordar una práctica ordenada de los actos esenciales que lo componen sin causar indefensión, no sólo en cuanto a informar al afectado de sus derechos (*vid. infra*), sino recibiendo las alegaciones orales y escritas que formulen las partes durante el procedimiento y contestando a ellas. No sucede lo mismo con los recursos de apelación interpuestos contra los autos que resuelven la pieza cautelar urgente, los cuales se sujetan al régimen general de plazos y trámites de la LEC.

La primera cuestión que se suscita entonces desde la óptica del artículo 17 CE es la del propio alcance del control en esta fase judicial, habida cuenta de que el incidente cautelar de urgencia no se articula como mera revisión formal de lo ya actuado, sino que la ley ordena la práctica de diligencias probatorias que permitan al juez contar con un material propio de convicción, susceptible de ser contrastado con el informe ofrecido por el facultativo que llevó a cabo la medida.

Si, por tanto, la tutela jurisdiccional legalmente prevista entraña a todas luces un examen material del internamiento, cabe preguntarse, ¿la ratificación judicial de éste importa sólo a efectos de establecer su procedencia a la fecha en que el juzgado tuvo contacto directo con el afectado –y desde luego, a la fecha en que dicta ese mismo día o después el auto de hipotética ratificación- o, más ampliamente, entraña el control de su procedencia desde el instante en que aquél se adoptó? Es evidente que el órgano judicial no resulta responsable de que la medida se llevara a cabo inicialmente, pero de optarse por la primera opción, las garantías que se han enunciado antes para la fase extrajudicial del procedimiento quedarían vacías de contenido, empezando por la propia exigencia de la justificación médica adecuada a la necesidad y proporcionalidad del internamiento, que ha de tenerla en el momento en que se materializa, no después y a resultas de los fármacos u otro tipo de terapias de choque indebidamente administradas. En definitiva, el juez ha de tutelar debidamente la vida e integridad psíquica y física del afectado durante su

estancia en el centro hospitalario, verificando la evolución de su estado y la idoneidad del tratamiento recibido.

Por ello, la STC 141/2012, FJ 6, contesta a la cuestión planteada apostando sin ambages por la plena *cognitio* judicial de la medida de internamiento, en contra por cierto del parecer de la resolución de la Audiencia Provincial recurrida en el caso, partidaria de un mero control *ex post* a la fecha de práctica de las diligencias del Juzgado. Dice en este punto el TC:

«Interesa poner de manifiesto que el juicio de ratificación comprende desde luego la consideración del estado mental del interno a la fecha en que tienen lugar las pruebas judiciales sobre su persona, pero también la procedencia del internamiento cuando se adoptó por el responsable sanitario, esto es, la revisión de lo actuado por éste: primero porque el Juez, que es quien garantiza la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), independiente (art. 117.1 CE) e imparcial (art. 24.2 CE) de los derechos del interno, debe determinar si la medida estuvo justificada en su origen, pues lo contrario llevaría a convertir la fase extrajudicial previa en un limbo sin derechos para el afectado. Pero segundo, porque si aparecen dudas fundadas acerca de la no necesidad de la medida en aquel primer instante y, sin embargo, sí parece justificarse *a posteriori* con el resultado de las pruebas judiciales, deberá dilucidar el Tribunal si ello se debe a la implementación –o no– de un tratamiento inadecuado para el paciente, lo que dejando al margen otras consecuencias legales, podría ser justo motivo para no ratificarla».

El control judicial continúa en todo caso en el supuesto de que se ratifique la medida y se prolongue la situación privativa de libertad. En este punto –no abordado por la STC 141/2012 pues las circunstancias del caso no planteaban discusión al respecto–, señala el artículo 763.4 LEC, sin distinguir entre internamientos urgentes o de otro tipo, que la resolución correspondiente fijará un control periódico cada seis meses salvo que el Juzgado ejecutor, «atendida la naturaleza del trastorno (...) señale un plazo inferior». Este plazo parece en exceso elevado o, por mejor decir, inadecuado tratándose de internamientos urgentes que pueden no estar anudados a un trastorno mental con pronóstico de permanencia, sino que en muchas ocasiones puede superarse en días o semanas, al menos para permitir su sustitución por un tratamiento ambulatorio. Establecer un plazo de 6 meses releva al órgano judicial de tener que adecuarse en su resolución a las circunstancias concretas, convirtiendo así en excepción lo que debería ser principio y a la inversa. A fuerza de «quitar trabajo» al juez aumentando el arco temporal de su intervención, se perjudica al interno cuya defensa jurídica, en todo caso, deberá preocuparse de presentar escrito al Juzgado tan pronto como objetivamente se acredite un cambio de circunstancias. Resultaría por tanto preferible que pro futuro el legislador optara por periodos

más reducidos (ya lo ha hecho así la norma autonómica³⁹), como además es la tendencia en otros ordenamientos⁴⁰.

b) Derecho de información al afectado sobre su situación y a la asistencia jurídica:

Ambos derechos vienen recogidos de manera expresa en el artículo 763, párrafo tercero LEC y a ellos se refiere la STC en el mismo FJ 6:

«El Juez ha de informar al interno o a su representante acerca de su situación material y procesal, lo que implica a su vez el derecho del afectado (o su representante en su nombre) a ser oído personalmente dentro del procedimiento.

Además y conforme recoge expresamente el artículo 763.3 LEC, el privado de libertad también será informado de su derecho a contar con Abogado y Procurador en este trámite y de su derecho a la práctica de pruebas.»

Sin perjuicio de que tales derechos constituyen una manifestación del derecho de audiencia derivado del fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del derecho fundamental a la asistencia jurídica (art. 24.2 CE), importa resaltar tal como advertíamos al principio del trabajo, que estas garantías se derivan en el ámbito específico en el que ahora nos hallamos como un correlato del derecho sustantivo a la libertad personal [al modo,

³⁹ El artículo 212.5.4 del *Codi Civil* catalán recoge como regla un intervalo de control de dos meses, aunque no deja de ser peculiar que permita la ampliación hasta los seis meses «a petición del director del establecimiento», sin que sin embargo medie ninguna razón anudada a la protección o bienestar del afectado. Dice el precepto que: «La autoridad judicial, en la resolución en que ratifica el internamiento, debe hacer constar el plazo, que no puede exceder de dos meses, en que el director del establecimiento debe informar periódicamente sobre la situación de la persona internada, a fin de revisar la necesidad de la medida. A petición del director del establecimiento, la autoridad judicial puede acordar, dada la situación de la persona internada, que los informes sucesivos se emitan en intervalos superiores, que no pueden exceder de seis meses»).

Por otro lado, nos encontramos indefectiblemente ante una diferencia de trato respecto del régimen general del 763.4 LEC, lo que tanto significa como una diferencia de trato entre personas internadas en centros situados en distintas partes del territorio nacional. Esto además podría suscitar un problema de constitucionalidad en el orden competencial, *ex* artículo 149.1, 6.ª y 8.ª CE, a la luz de los criterios asentados por el Tribunal recientemente en su STC 21/2012, de 16 de febrero, sobre todo FFJJ 3, 4, 6 y 9, a propósito del artículo 43.1 del mismo Código que fijaba una regla especial sobre acumulación de acciones para procesos de nulidad, separación o divorcio entablados en tribunales situados dentro de dicha Comunidad.

⁴⁰ Así por ejemplo: *a)* el artículo 11 de la Ley belga de 16 de junio de 1990 fija un plazo de cuarenta (40) días de duración de la medida, sin perjuicio de su prórroga justificada (art. 12); *b)* en Francia, si el director del centro acuerda la medida ésta podrá prolongarse por periodos de un mes, sujetos a nueva acreditación pericial al vencimiento de cada uno (L. 3212-7), y en todo caso si supera el plazo de un año, la ley obliga a una revisión médica «profunda» de su situación; *c)* el artículo 35 de la Ley italiana 833-1978 determina que el TSO tenga una duración de siete (7) días, para que se prolongue tras esa fecha ha de justificarse su necesidad por un informe médico motivado, dando lugar a la intervención – como en el procedimiento inicial- del alcalde y del juez tutelar; *d)* y el artículo 35.2 de la Ley portuguesa 36/98, señala un plazo de dos meses desde que se adoptó o para sus sucesivas prórrogas, según precisa la norma de manera «obligatoria» y aunque no medie requerimiento previo al órgano judicial.

para entendernos, cual sucede con similares derechos concedidos al detenido en vía penal *ex* artículo 520, encabezamiento y apartado *c*), respectivamente, de la LECrim). Con lo que su vulneración, así, entraña no solamente la de aquellas dos vertientes del artículo 24 CE, sino también la del artículo 17.1 CE. En este último sentido se ha interpretado igualmente por la jurisprudencia del Tribunal Europeo, al derivar tales derechos de información y audiencia de los artículos 5.1.e) y 5.2 del Convenio de 1950: SSTEDH de 21 de febrero de 1990, *asunto Van der Leer contra Países Bajos*, § 28; y 11 de diciembre de 2008, *asunto Shulepova contra Rusia*, cit., § 51.

c) Derecho a la prueba y prueba oficial:

En el párrafo recién transcrito de la STC 141/2012, se menciona en el inciso final la información al afectado o a su representante, del derecho a la prueba. Al igual que ocurre con la actividad probatoria del proceso de capacidad (art. 759 LEC), en este incidente cautelar urgente coexiste el derecho a la prueba del afectado con la práctica por el juez de medios al margen de la voluntad de las partes, algunas de éstas fijadas por la propia ley en el mismo artículo 763.3 LEC: examen directo del interno y reconocimiento pericial a cargo de un facultativo; y las demás que el Juzgado reputa útiles y pertinentes conforme al caso –testificales, documentos–. Es evidente, no obstante, que inclusive las pruebas oficiales se traducen en una garantía para el afectado, desde luego las preceptivas lo son pues por su naturaleza permiten conocer de primera mano a la autoridad judicial el estado mental del sujeto, pudiendo dirigir al facultativo designado por él, generalmente el médico forense, aquellas aclaraciones o solicitud de complemento de su dictamen que precise para formar idea lo más exacta posible de su situación. En cuanto a las pruebas que solicite la defensa del afectado o este mismo, se sobreentiende que han de permitir su práctica dentro del plazo improrrogable asignado por la ley a esta segunda fase procedimental y a que dichas pruebas resulten, a su vez, pertinentes y útiles (art. 24.2 CE).

Como puede verse, la STC 141/2012 no exige de manera necesaria que el facultativo consultado por el juez sea un especialista en psiquiatría, por no disponerlo la norma y porque en definitiva es el juez quien debe ponderar si necesita su auxilio en virtud de la naturaleza y complejidad del cuadro mental del paciente; al margen de que siempre resulte sin duda más conveniente acudir a él⁴¹. Tampoco lo exige la jurisprudencia del TEDH, que distintamente prefiere poner la lupa en otro aspecto de la actuación del perito revisor como es el de su imparcialidad, en el sentido de que dicha persona no ha de guardar vínculo alguno con el centro hospitalario que llevó a cabo el internamiento (no del que aconsejó *ab initio* el internamiento, que sí puede tenerlo). De incumplirse la garantía de la imparcialidad del perito revisor, ha declarado el Tribunal Europeo que se quebrantaría el derecho a un proceso equitativo del artículo 6.1 Convenio (STEDH de 11 de diciembre de 2008, *asunto Shulepova contra Rusia*, §§ 65 y 69).

⁴¹ Respecto de esa conveniencia de contar con un especialista en psiquiatría, GARCÍA GARCÍA, L., «Enfermedad mental e internamientos psiquiátricos», en la obra colectiva *La respuesta judicial ante la enfermedad mental...*, cit., p. 97, quien añade que sería mejor incluso disponer de dos informes, lo que ciertamente el 763.3 LEC no impide. En puridad, no obstante, este segundo informe (en sede judicial) sólo sería preciso en caso de criterio dirimente, puesto que en realidad de plano siempre se contará con dos informes en esa fase revisora: el del facultativo del centro que internó y el del que interviene a requerimiento judicial. O bien porque resulte oscuro, ambiguo o poco convincente el instado dentro del procedimiento, siendo posible aclararlo o practicar otro pero dentro del plazo de las 72 horas.

d) Plazo máximo de confirmación o en su caso de orden de cese judicial de la medida:

Todo el procedimiento urgente del artículo 763 LEC está diseñado para completarse en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que se recibe la comunicación del centro hospitalario respecto del hecho jurídico del internamiento⁴². El precepto no prevé motivos para su extensión por causa más o menos justificada, posibilidad ésta que queda por tanto fuera del alcance del aplicador (juez), quien en consecuencia tiene el deber de que al menos las pruebas oficiales se practiquen dentro del tiempo predeterminado.

Sobre este plazo de setenta y dos horas, la STC 141/2012 sitúa su directa cobertura constitucional en el artículo 17.1 CE conforme a la doctrina precedente del Tribunal; proclama su improrrogabilidad no dispensable en razones de carga excesiva de trabajo del órgano competente, y concreta los efectos de su eventual quebranto en el FJ 6 de la STC 141/2012, señalando:

«Sin duda una de las principales garantías de este marco regulador del internamiento urgente lo constituye el límite temporal del que dispone el Juez para resolver, inédito hasta la aprobación de la LEC 1/2000. La base constitucional de dicho plazo, al tratarse de una privación de libertad judicial, no reside en el artículo 17.2 CE, sino el artículo 17.1 CE, como tenemos ya dicho (SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 2).

El plazo ha de considerarse improrrogable, tal como hemos reconocido con otros plazos de detención judicial que desarrollan el artículo 17.1 CE [SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4 B); y 180/2011 de 21 de noviembre, FFJJ 5 y 6]. Por tanto no puede mantenerse el confinamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, ni cabe aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el Auto y éste resulte confirmatorio. Vencido el plazo no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si éste se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de que tras esa ratificación deba ejecutarse la orden judicial con todos sus efectos. Otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente.

Como consecuencia, la superación del plazo de las setenta y dos horas conllevará la vulneración del derecho fundamental del artículo 17.1 CE.»

A lo expuesto por la Sentencia cabe añadir tres datos de interés que refuerzan la corrección de su juicio:

Primero, que la previsión del plazo fijado en la LEC, como desarrollo legal en este ámbito del artículo 17.1 CE (detención de quien ya se encuentra

⁴² Se trata de un plazo perentorio, en la misma línea por lo demás de lo regulado en otros ordenamientos de nuestro entorno: vid. *supra* nota 28 y siguientes.

a disposición judicial) y no del plazo de detención del artículo 17.2 CE, se desprende también de los términos de la justificación dada por la enmienda parlamentaria (núm. 292 del GP Popular) que propuso su introducción durante el trámite del proyecto de LEC en el Senado⁴³.

Segundo, que también la jurisprudencia del TEDH viene considerando como vulneración del artículo 5.1.e) del Convenio (derecho a la libertad personal) el incumplimiento del plazo fijado por cada Estado miembro para el procedimiento de internamiento urgente, sea el asignado al responsable de tomar la decisión inicial, como del que corresponde a la ulterior autoridad revisora para resolver: SSTEDH de 14 de octubre de 2003, *asunto Tkácik contra Eslovaquia*, §§ 34 y 35; 28 de octubre de 2003, *asunto Rakevich contra Rusia*, § 35; y 11 de diciembre de 2008, *asunto Shulepova contra Rusia*, §§ 48 a 50.

Y tercero, conforme precisa asimismo la STC 141/2012, FJ 6, existen dos vías de impugnación contra las eventuales vulneraciones de los derechos, sustantivos y procesales del interno, durante esta fase judicial: la ordinaria, que se sustancia mediante peticiones y recursos si fuere preciso, ante el propio órgano judicial actuante, ya sea el de primera instancia o, en su caso, el de apelación. Y la vía extraordinaria, si se constata una inactividad material del órgano judicial, en el sentido de que éste no atienda a los escritos que se le presenten denunciando la situación no controlada aún de internamiento de una persona, lo que legitimaría al representante o familiares de ésta a instar el *habeas corpus* ante el Juzgado instructor competente⁴⁴. Alternativa abierta por el propio Tribunal en alguna de sus Sentencias anteriores en materia de internamiento, «en procura de la necesaria tutela de la libertad (STC 104/1990, de 4 de junio, FJ 3)...».

e) Motivación reforzada de la decisión:

Pasando al enjuiciamiento del asunto de autos, el Tribunal en su Sentencia declara vulnerado el derecho fundamental del artículo 17.1 CE por tres motivos concurrentes: a) incumplimiento clamoroso por el Juzgado del plazo de las 72 horas que tenía para resolver⁴⁵; b) no haber proveído éste tampoco

⁴³ «Además, en garantía del derecho a la libertad personal, y cumpliendo lo dispuesto para la *detención judicial confirmatoria*, el tribunal debe pronunciarse en setenta y dos horas acerca de si ratifica o no el internamiento realizado»: *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, VI Legislatura, Serie II: Proyectos de Ley, Núm. 154 (d)*, 27 de noviembre de 1999, pág. 334.

⁴⁴ El artículo 31 de la Ley 36/98 de Portugal, recoge el derecho del «portador de la anomalía psíquica» de tal guisa privado de libertad, a instar el *habeas corpus* ante el tribunal del lugar donde se encuentre, a fin de lograr su «inmediata liberación»: a) por exceso del plazo judicial para resolver la medida; b) por no haberse ordenado su privación de libertad por entidad competente y c) por no estar amparada dicha privación de libertad en las condiciones previstas en la ley para su adopción.

⁴⁵ Una vez repasados los hechos del caso, la actividad cumplida por el Juez y las fechas en que tiene lugar todo ello, sostiene la STC 141/2012, FJ 7.a), que: «En total, el Juzgado incurrió en un exceso de catorce días respecto de la fecha de vencimiento del plazo legal. El plazo de las setenta y dos horas, como ya se ha razonado en esta Sentencia, devenía improrrogable y no podía ser demorado ni siquiera aduciendo carga excesiva del Juzgado. Mas ni siquiera el Auto resolutorio intenta excusar este incumplimiento, limitándose a pronunciar su decisión como si el trámite hubiera discurrido con total normalidad, lo que claramente no ocurrió. Lejos después de censurar este hecho, la Audiencia Provincial califica este exceso como «leve y razonable demora», trasladando toda la responsabilidad al centro médico en cuanto a su obligación de conceder el alta. Todo ello determina que el recurrente estuvo, en todo caso, privado ilegalmente de su libertad entre el 7 de mayo de 2007 y el 16 de mayo de 2007».

al recurrente mientras se hallaba interno, de sus derechos a la información, a la defensa jurídica y a la prueba⁴⁶, sin que quepa disculpar este vacío la mera presencia del Ministerio Fiscal, el cual ocupa su propio espacio de legitimación en el procedimiento⁴⁷; y c) al constatar que los dos autos impugnados en el recurso carecieron de la debida «motivación reforzada», esto es, la mención de las circunstancias específicas que resultaban determinantes de la decisión, lo que en este caso implicaba la debida explicitación de los datos que sustentarían los requisitos de necesidad y proporcionalidad de la medida de internamiento que se ratifica.

Un deber de motivación reforzada que a ambas resoluciones –primera instancia y apelación– les resultaba exigible, conforme a doctrina general del Tribunal:

«teniendo en cuenta su incidencia como medida privativa de la libertad personal (SSTC 251/2005, de 10 de octubre, FJ 4; 120/2008, de 13 de octubre, FFJJ 2 y 3; 191/2009, de 28 de septiembre, FJ 4 y 179/2011, de 21 de noviembre, FFJJ 3 y 5)... »: STC 141/2012, FJ 7.c).

Y que en esa misma perspectiva, no puede satisfacerse mediante la mera cita de los preceptos legales de aplicación y el enunciado de frases apodícticas en las que se colige, sin más, la procedencia de la medida, cuando las pruebas de autos se revelan del todo insuficientes, cuando no contrarias, a tal propósito⁴⁸. En el caso concreto, inclusive, la falta de atención a la verdadera

⁴⁶ « En segundo lugar, ha de darse la razón al recurrente cuando se queja de no haber recibido la necesaria información sobre sus derechos dentro del procedimiento, ni en cuanto a designar Abogado y Procurador para su defensa, ni sobre la práctica de posibles pruebas pertinentes. Las actuaciones remitidas muestran la ausencia de cualquier diligencia de notificación de tales derechos y en el acta de examen personal del interno levantada por el Sr. Magistrado-Juez, ninguna alusión se hace a esa puesta en conocimiento de sus derechos. Como ya hemos establecido, ese derecho a la información se integra por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como una garantía propia del derecho a la libertad personal y su omisión además de infringir el propio artículo 763.3 LEC y no es constitucionalmente aceptable.

No cabe hablar estrictamente de la denegación de ciertas pruebas, como la testifical de algunos parientes del recurrente o de la aportación de otro dictamen pericial, como se queja la demanda de amparo, porque formalmente no hubo ni siquiera una petición que fuese rechazada. El problema arranca antes: faltando la información sobre el derecho a la defensa jurídica y a la prueba, estos sencillamente no pudieron ser ejercitados. En este concreto ámbito, en el que la persona interna se halla prácticamente indefensa mientras está encerrada, la ley y la jurisprudencia de derechos humanos impone que el órgano judicial tome la iniciativa en la información, no presuponer su conocimiento por el afectado, como erróneamente sostiene el Auto de la Audiencia Provincial para disculpar lo sucedido...»: STC 141/2012, FJ 7.b).

⁴⁷ Continúa diciendo la STC 141/2012, en el mismo Fundamento Jurídico: «...ni cabe tampoco dar por cubierta esa defensa con la presencia del Ministerio Fiscal, el cual actúa en defensa de la legalidad y no como defensor judicial del interno, quien ha de tener por tanto siempre su propia voz y defensa dentro del procedimiento, ya que en este momento procesal no está declarado incapaz. El resultado es una nueva lesión del derecho fundamental del artículo 17.1 CE del recurrente».

⁴⁸ STC 141/2012, FJ 7.c): «El citado Auto (del Juzgado *a quo*), tras efectuar la transcripción completa del artículo 763 LEC e invocar “las actuaciones realizadas y... los informes obrantes en autos”, afirma que el recurrente “tiene anuladas sus capacidades cognitivas y volitivas, y su estado de salud requiere de una intervención inmediata”, por lo que considera “correcta y adecuada la medida”.

situación del recurrente llega al punto de formular previsiones futuras sobre el control periódico de su internamiento, cuando aquel ya había sido dado de alta –y tal hecho comunicado al Juzgado– cinco días antes de adoptarse la decisión de ratificar la medida, lo que ya bordea el surrealismo⁴⁹.

En consecuencia, el Tribunal otorga el amparo solicitado, anulando las resoluciones impugnadas por vulneración del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE) aunque sin acordar la retroacción de actuaciones para que se dicte nuevo auto decisorio, al no resultar necesario en el caso puesto que el recurrente no estaba interno⁵⁰. Asimismo, para salvaguardar su intimidad y con base en doctrina precedente, se opta por no incluir la identificación de su nombre completo sino únicamente sus iniciales, «teniendo en cuenta los hechos del caso»⁵¹.

Dicha respuesta ha de considerarse objetivamente incorrecta, porque el material de convicción del que el Juzgado dispuso para resolver, esto es, el informe de un folio del hospital universitario remitido el 3 de mayo de 2007, el acta de examen judicial personal del recurrente y el informe del médico forense, no permiten llegar al diagnóstico que describe el Auto en su fundamento segundo. Ninguno de esos informes ni tampoco el acta hablan de anulación de capacidades, ni cognitivas ni volitivas, del recurrente; limitándose los dos primeros (periciales) a referir un estado de trastorno bipolar de éste, y el acta judicial el resultado de su conversación con el Sr. Magistrado-Juez, sin ningún altibajo o anomalía en la conducta del interno referida en el acta y menos aún la constatación de un estado de enajenación fundante de la necesidad de mantenerle interno. Que tanto el informe del hospital como también el del médico forense, recomendaran en un texto pre-impreso que continuara el internamiento, sin una concreta argumentación acerca de la necesidad y proporcionalidad de la medida, esto es, sin explicar por qué no hubiera bastado con un tratamiento ambulatorio para tratar el referido trastorno, como al parecer ya venía sucediendo con el recurrente, hace indebida su asunción acrítica por el Juzgado, quien ante ese vacío debió solicitar como mínimo aclaraciones o ampliación de su informe al médico forense, fuese para dar por ciertas aquellas notas de necesidad y proporcionalidad, fuese para no ratificar la medida caso de no obtener una opinión científica convincente. No habiéndolo hecho así, no cabe considerar, ni razonable ni dotada de la debida motivación reforzada, su decisión...».

Y por lo que respecta a la decisión de alzada, añade el mismo FJ: «Nada se reconsidera tampoco en este punto en apelación, donde el Auto de la Audiencia parte de rechazar de plano cualquier control judicial en momento anterior a la práctica de las pruebas por el Juzgado, tesis que ya hemos rechazado aquí expresamente (fundamento jurídico 6) y se limita a considerar adecuada la valoración de medios hecha por el Auto de primera instancia».

⁴⁹ «Por lo demás y ahondando en esa falta de razón, el Auto no solamente no hace ninguna referencia al alta médica del recurrente el 16 de mayo de 2007, que ya conocía y que como mínimo circunscribía la ratificación al periodo anterior a esa fecha; sino que se incluye un requerimiento a la Unidad de Salud Mental del Hospital Universitario San Cecilio, “en la que se halla actualmente” –dice– el recurrente, para el seguimiento futuro de la medida (a saber: comunicar al Juzgado cualquier cambio de residencia y remitir informe acerca de su estado cada seis meses), cuyo contenido evidencia su desfase con la realidad de los hechos»: STC 141/2012, mismo FJ 7.c).

⁵⁰ «...y que la tutela de su derecho fundamental queda garantizada con los pronunciamientos indicados, siguiendo así la doctrina de este Tribunal fijada para situaciones similares (SSTC 12/2007, de 15 de enero, FJ 4; 169/2008, de 15 de diciembre, FJ 7 y 179/2011, de 21 de noviembre, FJ 6»: STC 141/2012, FJ 8.

⁵¹ El Tribunal, FJ 8 último párrafo, cita en apoyo de esta medida el artículo 86.3 LOTC así como las SSTC 114/2006, de 5 de abril, FJ 7 (que contiene la doctrina general); 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 9 y 77/2009, de 23 de marzo, FJ 5), todas ellas dictadas en recursos de amparo donde la parte recurrente era mayor de edad.

Con el mismo propósito de protección de su intimidad, en relación con menores de edad, existen entre otras las SSTC 114/1997, de 16 de junio, fallo; 124/2002, de 20 de mayo, fallo; 221/2002, de 25 de noviembre, fallo; 94/2003, de 19 de mayo, fallo; 41/2009, de 9 de febrero.

Sentencias, año 2011

Coord.: **Ramón CASAS VALLÉS (Universidad de Barcelona)**. Colaboran: **Mariana DE LORENZI (Universidad de Barcelona)**, **Asunción ESTEVE PARDO (Universidad de Barcelona)**, **Isabel MIRALLES GONZÁLEZ (Universidad de Barcelona)**, **Mónica NAVARRO MICHEL (Universidad de Barcelona)** **Carles VENDRELL CERVANTES (Uría & Menéndez)**.

STC 4/2011, de 14 de febrero

CI: Estimada. Se declara la nulidad de la norma cuestionada.

Ponente: Manuel Aragón Reyes.

Conceptos: Competencia estatal sobre legislación mercantil. Ventas en rebajas: regulación administrativa y regulación de las relaciones contractuales.

Preceptos de referencia: Artículo 149.1.6.^a CE y artículo 34.1 del Decreto Legislativo 1/1993, de 9 de marzo, de la Generalitat de Cataluña, sobre comercio interior.

Según el artículo 34.1 del Decreto Legislativo de la Generalitat de Cataluña 1/1993, de 9 de marzo, sobre comercio interior «*[s]e consideran ventas a precio rebajado las ventas en las que se ofrece al público, mediante cualquier tipo de publicidad, una reducción de los precios o unas condiciones especiales de estos que supongan su aminoración en relación con los precios practicados habitualmente*». El inciso final de esta norma («*o unas condiciones especiales de estos que supongan su aminoración en relación con los precios practicados habitualmente*») fue considerado contrario a la distribución constitucional de competencias por la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC), que formuló la correspondiente Cuestión. A juicio del TSJCA, el legislador catalán habría vulnerado las competencias exclusivas del Estado en materia mercantil (art. 149.1.6.^a CE y art. 24.1 de la Ley 7/1996 de

Comercio minorista). Como viene siendo habitual en este género de conflictos, el problema estriba en saber si la Comunidad Autónoma, al regular la venta en rebajas, *«ha incidido sobre el contenido contractual de este tipo de ventas»*, cosa que supondría vulnerar la competencia estatal sobre legislación mercantil.

El problema había sido ya abordado por una sentencia anterior, en relación con la Ley Foral 17/2001, de 12 de julio, reguladora del comercio en Navarra, que tenía prácticamente la misma redacción que el inciso aquí cuestionado (STC 157/2004). En esta nueva sentencia, el TC se limita a aplicar su doctrina anterior, llegando a la misma conclusión. En este sentido, el TC recuerda que *«la determinación de las relaciones contractuales propias de los diferentes tipos de ventas desarrolladas por los comerciantes se inscribe en el ámbito del artículo 149.1.6 CE (FJ 11 STC 157/2004)»* (FJ 4). Al igual que la ley Navarra, también la norma catalana se habría *«introducido en el núcleo normativo que es propio de la figura contractual de la venta en rebajas, separándose, además, de la conceptualización que de este contrato ha realizado la Ley estatal 7/1996 en su artículo 24.1»* (FJ 4). En efecto, prosigue el TC, siempre con cita de la anterior STC 157/2004: *«Definir la venta en rebajas como aquella modalidad de venta en la que se ofertan al público artículos “a un precio inferior al fijado antes de su venta o en unas condiciones que supongan una minoración en relación con el precio practicado habitualmente” supone regular las relaciones contractuales en un aspecto tan central como es el precio de los productos que se someten a esta modalidad de venta. Y hemos de coincidir con el Abogado del Estado en que la incidencia sobre dicha relación contractual desborda el marco fijado al respecto por la legislación estatal, puesto que la norma foral no sólo incluye como venta en rebajas la de aquellos productos que se ofertan a “un precio inferior al fijado antes de su venta”, sino también la de los que se ofertan “en unas condiciones que supongan una minoración en relación con el precio practicado habitualmente”. Es claro que la “minoración” en el precio no es asimilable, en términos conceptuales y en el preciso y estricto significado propio de esta expresión, a la oferta de condiciones complementarias que supongan, de hecho, una minoración en aquél, por lo que la regulación autonómica va más allá de lo previsto en la estatal, incidiendo en el ámbito del contenido contractual de la operación que contempla y, con ello, entrando en campo propio de la “legislación mercantil”, competencia exclusiva del Estado a tenor de lo establecido en el artículo 149.1.6 CE»* (FJ 4).

Con las anteriores premisas el TC concluye que *«el inciso final del artículo 34.1 del Decreto Legislativo de la Generalitat de Cataluña 1/1993 incide en el núcleo normativo propio de la figura contractual de la venta en rebajas, desbordando el marco fijado al respecto por el artículo 24.1 de la Ley estatal 7/1996, de ordenación del comercio minorista, puesto que la norma catalana incluye como venta en rebajas también la de aquellos productos que se ofertan en unas condiciones especiales de los precios “que supongan su aminoración en relación con los precios practicados habitualmente”», de modo que la regulación cuestionada provoca la alteración de una modalidad de contrato mercantil contenida en la legislación estatal, vulnerando con ello la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil (art. 149.1.6 CE)»* (FJ 5).

STC 7/2011, de 14 de febrero

RA: Estimado.

Ponente: Pérez Tremps.

Conceptos: Incapacitación. Derecho a la asistencia letrada en el procedimiento de incapacitación.

Preceptos de referencia: Artículos 24.1 y 24.2 CE.

El objeto del presente recurso de amparo es determinar si en el procedimiento judicial de incapacitación del recurrente se han vulnerado los derechos a la defensa, asistencia letrada y proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por haberse seguido el procedimiento sin hacer posible la comparecencia personal del recurrente, al no haberse facilitado la designación de profesionales del turno de oficio. Subsidiariamente, se trata de analizar si se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) concretamente el derecho de acceso a los recursos, por haberse denegado el tener por preparado el recurso de apelación contra la sentencia de incapacitación.

El derecho a la defensa y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE) tiene como finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, y evita desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan generar indefensión. Si bien este derecho *«se ha vinculado especialmente al proceso penal y sólo en menor medida al resto de procesos, es indudable que también despliega todo el potencial de su contenido en relación con procedimientos como el de incapacitación no sólo por lo esencial de los derechos e intereses que en el mismo se ventilan sino por la situación de presunta incapacidad del sometido a este procedimiento»* (FJ 4).

La Sentencia distingue entre aquellos casos en que la intervención del letrado es legalmente preceptiva y aquellos en la que no lo es. En aquel supuesto, la pasividad del titular del derecho debe ser suplida por el órgano judicial, que debe considerar la ausencia de letrado como un requisito subsanable, ofreciendo al interesado una oportunidad de reparar tal omisión; en éstos, el ejercicio del derecho de asistencia letrada es disponible y por tanto el interesado debe solicitar formalmente la designación de letrado de oficio ante el órgano judicial. El artículo 750 LEC prevé que en el proceso sobre la capacidad de las personas las partes deben comparecer asistidas de abogado y representadas por procurador.

En las actuaciones quedó acreditado que el recurrente, interno en un centro penitenciario, tras la notificación del auto de admisión de la demanda de incapacitación presentada por el Ministerio Fiscal, dirigió un escrito al juzgado señalando que no necesitaba la tutela de ningún organismo y que se encontraba capaz para gobernar su persona y bienes; este escrito no fue admitido. El recurrente presentó otro escrito en que negaba padecer patología alguna que pudiera conllevar su incapacitación, que fue devuelto por no haber sido presentado en forma legal. Poco después presentó un tercer escrito solicitando la suspensión del procedimiento por necesidad de *«hablar con mi defensa antes»*. El recurrente, por tanto, iba remitiendo escritos oponiéndose al procedimiento de incapacitación, que eran sistemáticamente inadmitidos, por falta de cumplimiento de requisitos formales. Según la Sentencia, *«el órgano judicial, siendo manifiesta e inequívoca la voluntad del recurrente de comparecer personalmente en el procedimiento de incapacitación, y aunque éste no solicitó formalmente la designación de profesionales del turno de*

oficio, no ofreció al recurrente la oportunidad de reparar esa omisión para que pudiera hacer efectiva su oposición a la demanda, generando con ello una indefensión con relevancia constitucional» (FJ 4). El órgano judicial debió adoptar las medidas necesarias que posibilitaran al recurrente, tal como era su voluntad expresa, comparecer formalmente en el proceso con su propia defensa y representación para oponerse a la acción de incapacitación. Concretamente, debió haber instado el nombramiento de abogado y procurador del turno de oficio o, en su defecto, al menos, haber puesto en conocimiento del recurrente la posibilidad de solicitar dicho nombramiento. Porque en los procesos de incapacitación, «la única posibilidad de hacer efectiva la personación del demandado en caso de que quiera oponerse personalmente a la pretensión de incapacidad es mediante Abogado y Procurador, estando vedada legalmente la posibilidad de autodefensa» (FJ 5). Esta conclusión es acorde con el artículo 13 del Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Al estimar el amparo por la vulneración del derecho a la defensa y a la asistencia letrada del recurrente, la Sentencia no entra a analizar el otro argumento del recurso, es decir, el derecho de acceso al recurso.

STC 8/2011, de 28 de febrero

RA: Estimado.

Ponente: Rodríguez Arribas.

Conceptos: Filiación. Sentencia extranjera anterior a la reforma legal para admitir pruebas biológicas.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE.

El recurso de amparo se interpone contra los autos dictados por el Juzgado de Primera Instancia núm. 71 de Madrid y la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, por los cuales se inadmite a trámite la demanda de impugnación de filiación presentada por las recurrentes en amparo contra doña Nelly Gladys Pérez Cava, quien figura como hija extramatrimonial del padre de aquellas (ya fallecido en el momento de promoverse la demanda) en virtud de una sentencia dictada por un juzgado de Lima en 1970.

Según las recurrentes, la declaración judicial de paternidad se dictó en una época en la que no existían pruebas biológicas que permitieran acreditar fehacientemente el parentesco. Las recurrentes interpusieron la demanda invocando la DT 6.^a de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio: «Las sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva». El Juzgado de instancia no admitió a trámite la demanda aplicando, sin más, lo dispuesto en el artículo 764.2 LEC, que impide impugnar una filiación ya establecida en sentencia firme. La Audiencia Provincial confirmó el rechazo *a limine* de la acción, introduciendo en la argumentación un elemento de extranjería.

El recurso de amparo no se centra en si el artículo 764.2 LEC ha derogado o no la DT 6.^a de la Ley 11/1981, ni en analizar los requisitos sustantivos y procesales de la acción de impugnación de filiación, sino en determinar si la falta de mención alguna en el Auto de inadmisión del Juzgado *a quo* de

aquella disposición transitoria lesiona el derecho de las recurrentes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Se atribuye, además, incongruencia *extra petitum*, defectuosa motivación e irrazonabilidad al Auto de apelación. Una segunda queja alega la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) que, sin embargo, no es analizada por el TC.

En cuanto a la falta de referencia alguna a un precepto que las recurrentes adujeron en su demanda, señala el TC que *«una decisión judicial que ha de dirimir si aquella Sentencia extranjera podía o no producir el efecto impeditivo de un nuevo proceso, no puede pronunciarse de plano y sin motivación alguna de si puede o no aplicarse aquella disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981, como si sólo existiera el artículo 764.2 LEC, cuando la parte actora la ha invocado (...) y dicho precepto no aparece derogado expresamente por la disposición derogatoria única 2.1 LEC 1/2000, la cual contiene un largo listado de normas del Código civil del que, sin embargo, está ausente la disposición transitoria sexta referida. Exigía, en definitiva, una respuesta razonada sobre su aplicación o no»* (FJ 3). El TC destaca el *«vacío dialéctico en la labor de selección de la norma aplicable»* y los drásticos efectos que produce sobre *«el principio pro actione que rige en esta primera fase jurisdiccional»*, con el resultado de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva que se denuncia (*ibíd.*). La labor de selección y aplicación de la norma aplicable es una función propia de la jurisdicción ordinaria, atribuida por el artículo 117 CE, pero el TC recuerda que puede ser objeto de control constitucional bajo el prisma del principio *pro actione*, más aún cuando conduce a un sacrificio desproporcionado del derecho de acceso a la justicia (FJ 2). No puede olvidarse, además, que el TC ha declarado que las acciones de impugnación de la filiación sirven también al fin de garantizar la efectividad del derecho a la investigación de la paternidad del artículo 39.2 CE, *«sin que pueda impedirse su ejercicio sin razón o justificación alguna, o afectando el derecho de acceso a la jurisdicción»* (FJ 2).

El Auto de la Audiencia Provincial, confirmando la inadmisión del Juzgado *a quo*, introduce un elemento de extranjería en la acción que se promueve, y de ahí deduce un requisito de procedibilidad de la acción de filiación que el Tribunal considera inadmisibles. Según la Audiencia, para admitir a trámite la demanda tenían las actoras que probar *ab initio* que en el Derecho de California (lugar de residencia de la demandada) o en el ordenamiento de Perú (donde se dictó la sentencia estableciendo la filiación) existe un precepto similar a la disposición transitoria sexta. Y como no lo han hecho, les aplica el artículo 764.2 LEC. El Auto empieza por sostener que la DT 6.^a es un precepto material, mientras que el artículo 764.2 LEC es de naturaleza procesal, sin aportar razones para discernir esta diferente calificación, *«siendo que ambos dispositivos se encargan de regular una misma cuestión jurídica de manera compatible entre sí, esto es, fijando el principio general y los supuestos de excepción para la inimpugnabilidad de un estado de filiación declarado judicialmente»* (FJ 4). *«Este tratamiento diferenciado entre normas sustancialmente de la misma índole, distorsiona el sentido de la regla de la especialidad normativa con resultado de impedir el acceso a una decisión de fondo de las pretensiones de la demanda (art. 24.2 CE)»* (*ibíd.*). El Tribunal recuerda que para que una norma de derecho interno pueda quedar condicionada por la previa acreditación de otra norma extranjera de similar tenor, tendría que preverse en algún precepto legal, lo que no es el caso (FJ 5).

STC 26/2011, de 14 de marzo

RA: Estimado.

Ponente: Manuel Aragón Reyes. Voto particular de Pablo Pérez Tremps. Conceptos: Conciliación de la vida familiar y laboral. Rechazo de la petición de horario laboral nocturno por el padre para cuidar de sus hijos menores. Derecho a la igualdad. Derecho a la no discriminación por razón del sexo y de las circunstancias familiares. Derecho a la tutela judicial efectiva. Protección de la familia y la infancia.

Preceptos de referencia: Artículos 14, 24.1 y 39 CE. Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Artículos 36.3 y 34.8 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El recurrente en amparo alega la vulneración de sus derechos fundamentales a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en la que incurrirían las resoluciones judiciales impugnadas. Sostiene que el rechazo de su pretensión de realizar las jornadas laborales del curso 2007-2008 en horario nocturno, que le permitiría el cuidado de sus dos hijos de corta edad, se basa en consideraciones de estricta legalidad (una interpretación restrictiva de los arts. 36.3 y 34.8 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y del convenio colectivo aplicable) ignorando la dimensión constitucional del asunto y privándole así del ejercicio de un derecho íntimamente ligado a la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral. Ello implicaría además una discriminación indirecta por razón de sexo hacia su cónyuge, trabajadora y madre de los menores, al obligarla a reducir su jornada laboral para atender al cuidado de los hijos.

Antes de entrar a analizar la existencia o no de discriminación, el Alto Tribunal aclara dos cuestiones. En primer lugar, que concurre el requisito de «*especial trascendencia constitucional*» para la admisión del recurso de amparo [art. 50.1.b) LOTC] que le permitiría perfilar «*la doctrina constitucional sobre el derecho a la no discriminación en el ámbito laboral, cuando es un varón el que insta una modificación de sus condiciones de trabajo para el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar*», puesta en relación con el mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE). En segundo término, el TC niega sustantividad propia a la alegación de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que entiende debe reconducirse al análisis de la lesión del derecho a la no discriminación (art. 14 CE).

Tras tales aclaraciones, define el objeto del recurso de amparo que considera es la determinación de si el demandante vio afectado su derecho fundamental a la no discriminación por razón del sexo o por cualquier otra circunstancia personal o social (art. 14 CE), independientemente que la decisión denegatoria del horario solicitado pueda haber tenido una repercusión negativa para su mujer. Mediante el recurso de amparo no puede analizarse si la denegación resulta lesiva para la esposa del demandante, pues se trata de un remedio para la persona que se ve directamente afectada en sus derechos fundamentales y libertades públicas (salvo contadas excepciones que no se reúnen en el caso).

Llegado a este punto, el Tribunal rechaza que haya existido una discriminación por razón del sexo, con dos fundamentos esenciales: 1.º «*El cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre*

para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres»; y 2.º) La denegación de su pretensión «no se fundamenta en que sea trabajador varón».

Ello no es óbice para que, en cambio, el TC encuentre que sí ha habido una «discriminación por razón de las circunstancias familiares», convirtiéndose ésta en la primera decisión en que utiliza esta categoría discriminatoria. Sostiene que la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres impone, siguiendo al TJUE, erradicar normas e interpretaciones de normas que permitan consolidar una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares. Por ello, «[e]l hecho de que los órganos judiciales no se hayan planteado la cuestión de si denegar al trabajador demandante la pretendida asignación del horario nocturno constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex artículo 14 CE, en relación con el artículo 39.3 CE, del asunto planteado», siendo reprochable de este modo «que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado». La decisión judicial rechazando la pretensión del recurrente «sin analizar hasta qué punto [...] resultaba necesaria para lograr la efectiva participación de aquél en el cuidado de sus hijos de corta edad a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, ni cuáles fueran las dificultades organizativas que el reconocimiento del horario solicitado pudiera ocasionar al centro de trabajo en el que presta servicios», conduce al TC a concluir que no tuteló debidamente su derecho fundamental a la no discriminación por razón de sus circunstancias personales o familiares, relacionadas con su responsabilidad parental para asistir en todo orden a sus hijos (art. 39.3 CE).

La decisión otorgando el amparo y declarando la nulidad de las decisiones judiciales dictadas con las omisiones señaladas fue adoptada por la mayoría del TC pero con el voto disidente del Magistrado Pérez Tremps respecto a dos cuestiones. En primer lugar, discrepa acerca de la delimitación del derecho fundamental implicado. Siendo que las «circunstancias familiares» configuran una nueva categoría discriminatoria distinta de las expresamente reconocidas en el artículo 14 CE debió haberse demostrado, a su parecer, la concurrencia de «diferenciaciones históricamente muy arraigadas que hayan situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE». Rechaza que el hecho de tener dos hijos de corta edad haya supuesto históricamente una diferenciación que colocara a los hombres en una situación atentatoria de la dignidad personal que permita identificarla como una categoría discriminatoria. Disiente, asimismo, en que no haya existido una debida ponderación de las circunstancias personales del recurrente en las vías administrativa y judicial. Considera que los órganos judiciales han hecho suyo el razonamiento de la Administración que entiende razonable e incluso «respetuoso con las obligaciones familiares, intentando conciliar de la mejor forma posible para todos esas obligaciones y la organización del trabajo, al establecer tres turnos horarios, posibilitando la adscripción voluntaria no solo a un régimen de rotación, sino a un turno fijo en horario escolar coincidente con el horario en el que habitualmente los menores se encuentran en los centros educativos, para facilitar de ese modo la conciliación de la vida profesional con la familiar en caso de menores escolarizados».

STC 34/2011, de 28 de marzo

RA: Desestimado.

Ponente: Hernando Santiago.

Conceptos: Libertad religiosa en su vertiente objetiva y subjetiva, principio de igualdad.

Preceptos de referencia: Artículos 14 y 16.1 y 16.3 CE.

El recurrente en amparo es un abogado sevillano, miembro del Colegio del Abogados de Sevilla, que sostiene la inconstitucionalidad del artículo 2.3 de los Estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla, aprobados por la Junta General el 30 de enero de 2004. En dicha disposición se declara que *«el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla es aconfesional»*, y se añade: *«si bien por secular tradición tiene por Patrona a la Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada»*.

Argumenta el recurrente que este inciso final de la norma colegial quiebra la neutralidad ideológica y religiosa constitucionalmente exigida en el artículo 16.3 CE, por lo que vulnera la libertad ideológica en su vertiente objetiva. Alega también que la mencionada disposición lesiona el derecho a la libertad ideológica en su vertiente subjetiva a no creer en ninguna religión (art. 16.1 CE) ya que la simple designación de la Virgen María como Patrona *«supone como mínimo la imploración de su protección y el sometimiento a la misma, algo que pertenece a la esfera de la más estricta intimidad de cada uno de los miembros de la Corporación»*. Considera también vulnerado el derecho a la igualdad (art. 14 CE) en la medida en que se priman las creencias religiosas de un determinado grupo en detrimento de quienes mantienen otras o carecen de ellas.

El recurso de amparo se interpone contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 25 de abril de 2006, que confirma en apelación la dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Sevilla, de 21 de marzo de 2005, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden del Consejero de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, que declaraba la adecuación a la legalidad de los estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla.

El Tribunal Constitucional considera que la redacción del artículo 2.3 de los Estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla no vulnera la dimensión objetiva de la libertad religiosa (art. 16.3) puesto que al declarar que el Colegio de Abogados de Sevilla *«es aconfesional»* y *«tiene por Patrona a la Santísima Virgen María»* no incurre en una contradicción ya que una ambas frases por las palabras *«si bien por secular tradición»*, por lo que se advierte que la finalidad de la norma estatutaria es conservar una de las señas de identidad del Colegio de Abogados de Sevilla. Declara la sentencia que *«no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone el artículo 16.3 CE. La cuestión se centra en dilucidar, en cada caso, si ante el posible carácter polisémico de un signo de identidad, domina en él su significación religiosa en un grado que permita inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa»* (FJ4). En este caso, considera el Alto Tribunal que *«cuando una tradición religiosa se encuentra integrada en el conjunto del tejido social de un determinado colectivo, no cabe sostener que a través*

de ella los poderes públicos pretendan transmitir un respaldo o adhesión a postulados religiosos» (FJ 4).

Tampoco admite el Tribunal Constitucional vulneración en este caso de la libertad religiosa del recurrente en su vertiente subjetiva (art. 16.1 CE) ya que el patronazgo de la Virgen María del Colegio de Abogados no cercena su libertad individual a no tener creencias puesto que no le obliga a participar en eventuales actos de contenido religioso ni el recurrente ha razonado convincentemente en qué medida se ha visto afectado su ámbito íntimo de creencias (FJ 5).

Al no haber apreciado que la norma colegial menoscabe la neutralidad religiosa del Colegio de Abogados de Sevilla ni la libertad religiosa de sus miembros, considera la sentencia que queda desprovista de sustento la queja relativa a la infracción del artículo 14 CE por lo que desestima el amparo solicitado.

STC 37/2011, 28 de marzo

RA: Estimado.

Ponente: Elisa Pérez Vera.

Conceptos: Consentimiento informado y derecho a la integridad física.

Daños derivados de intervención médica. Autonomía del paciente.

Derecho a decidir contando con la información adecuada. Interpretación de la legalidad contraria a los derechos fundamentales. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Artículos 15, 17.1 y 24 CE. Artículos 8 y concordantes Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente. Artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE). Artículos 5 y 8 del Convenio de Oviedo sobre Derechos humanos y biomedicina.

En esta sentencia el TC incluye el llamado *consentimiento informado* en el artículo 15 CE (derecho a la integridad física) y anula las resoluciones judiciales que realizaron una interpretación de la legalidad contraria a la tutela efectiva del mismo. El caso tiene su origen en una reclamación por supuesta negligencia médica. El recurrente había ingresado, por su propio pie, en el servicio de urgencias de un hospital a causa de un dolor precordial. Al día siguiente se le realizó un cateterismo, con abordaje por el brazo derecho, encontrándose una lesión severa en la coronaria, que fue preciso dilatar mediante la colocación de un «*stent recubierto*», con resultado óptimo. No obstante, tras la intervención, «*la mano derecha del recurrente sufrió inflamación y hematoma y, posteriormente, carencia de sensibilidad y movilidad, quedando aquejada, finalmente, de incapacidad funcional total*». El paciente planteó entonces demanda, contra la aseguradora de los médicos que le habían intervenido, solicitando una indemnización por los daños. A su juicio estos derivaban de una mala praxis o bien de la falta de información acerca de los riesgos de la intervención y, en su caso, posibles alternativas. La demanda fue desestimada en primera instancia al entenderse que no había habido negligencia médica y que la omisión de la información —extremo que resultó acreditado— tampoco generaba responsabilidad: «*El padecimiento que llevó a urgencias al demandante, el hecho de haber tenido años antes una intervención del mismo tipo (cateterismo con abordaje por la ingle) y la*

urgencia relativa de la intervención, sin dejar de lado su edad, llevan a considerar que realmente no se ha privado al demandante de una información esclarecedora previa al consentimiento que dé lugar a la procedencia de ser indemnizado». El recurso de apelación fue desestimado, con argumentos parecidos.

El afectado recurrió entonces en amparo al TC, alegando la «vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los derechos a la integridad física y a la libertad (arts. 15 y 17.1 CE), dado que ambas (sentencias) le niegan el derecho a ser indemnizado pese a considerar probado que no le se dio ningún tipo de información médica previa a la intervención. Ello supone, por consiguiente, la infracción de lo establecido en el artículo 8 de la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, y en el Convenio del Consejo de Europa sobre derechos del hombre y la biomedicina, y de la propia Constitución, de la que dimana la obligación legal de informar sobre las consecuencias relevantes habituales de todo acto médico, salvo en caso de riesgo grave e inmediato, circunstancia ésta que, como admiten las Sentencias impugnadas, no concurría. En este punto, sostiene el demandante de amparo que existió un lapso de tiempo suficiente entre el ingreso del paciente en urgencias y la práctica del cateterismo al día siguiente como para que se diera información sobre el procedimiento a realizar y la autorización del mismo».

El TC excluye la posible lesión de la libertad (art. 17 CE), limitando el caso al derecho a la integridad (art. 15 CE). «La libertad personal protegida por este precepto (art. 17) es la “libertad física”. La libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual» (FJ 3). Por tanto, «el análisis ha de quedar ceñido a si la intervención llevada a cabo sobre el demandante de amparo sin informarle previamente de sus riesgos y posibles consecuencias ha supuesto o no una lesión de su derecho a la integridad física y moral, derecho amparado de forma autónoma en el artículo 15 CE y que adquiere de esta forma una sustantividad propia; y, en relación con él, del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)» (FJ 3).

El derecho fundamental a la integridad «conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9)» (FJ 3). De aquí deriva la inadmisibilidad de la asistencia médica coactiva, salvo que concurra una justificación constitucional (SSTC 120/1990 y 137/1990).

Sin embargo, en el caso objeto del recurso no ha habido una intervención médica impuesta contra la voluntad del paciente sino «una intervención médica realizada sin que el sujeto afectado haya recibido información previa sobre la misma y sin que haya prestado el consentimiento subsiguiente a esa información» (FJ 3). La cuestión, por tanto, consiste en «dilucidar si esa omisión del consentimiento informado del recurrente en el supuesto examinado ha producido o no una lesión de su derecho a la integridad física, operación que conlleva la ineludible determinación de la naturaleza de ese consentimiento informado, para concretar si forma parte del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE)» (FJ 3).

La falta de referencia expresa al consentimiento informado en el artículo 15 CE «no implica que este instituto quede al margen de la previsión constitucional de protección de la integridad física y moral» (FJ 4). Como resulta de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 3 de la CDFUE; artículos 5 y 8 del Convenio de Oviedo sobre Derechos humanos y biomedicina) y de la doctrina del TEDH (vid. en particular *Caso Codarcea c. Rumania*, 2 junio 2009), «el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal (STEDH de 29 de abril de 2002, caso *Pretty c. Reino Unido*, § 63), y también por este Tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9)» (FJ 5).

Pero para poder decidir, como es lógico, hay que contar con toda la información sobre el tratamiento y sus efectos y las posibles alternativas. De este modo, «el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir» (FJ 5). El consentimiento informado es así un «mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental» (FJ 5). De ahí la detallada regulación contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

El TC pasa seguidamente a analizar el caso concreto. Siendo indubitado que el paciente no fue informado sobre la intervención quirúrgica a la que se le iba a someter, el problema consiste en comprobar si la omisión estaba o no constitucionalmente justificada. A este objeto hay que tener presente que «los supuestos en los que se pued[e] exceptuar la necesidad del previo consentimiento informado son también excepcionales, y así lo ha plasmado el legislador, que permite a los facultativos prescindir del mismo para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente tan sólo en los casos de riesgo para la salud pública, y “[c]uando existe riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización”. Aun más, en este último supuesto, si las circunstancias lo permiten, se debe consultar a los familiares o personas vinculadas

de hecho al paciente (art. 9.2 de la Ley 41/2002 y art. 8 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina)» (FJ 7).

Con estas premisas, concluye el TC, no puede considerarse suficiente la «información prestada al actor con ocasión de un cateterismo realizado en 1994 (con acceso, además, por vía distinta)». Y, en cuanto a la urgencia del caso («urgencia relativa», según el JPI y «riesgo vital» según la AP), tampoco puede aceptarse cuando el paciente «ingresó en urgencias a las 14:16 del 4 de septiembre de 2005, y el cateterismo no se le practicó hasta la mañana del día siguiente» (FJ 7). Se dispuso por tanto de tiempo suficiente para cumplir con lo previsto en el artículo 10.1 de la Ley 41/2002. Asimismo, añade el TC, «no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad, ninguna de las cuales ha sido objeto de mención y, mucho menos, de análisis por parte de los órganos jurisdiccionales» (FJ 7).

En conclusión: «La asistencia recibida por el demandante de amparo no satisfizo su derecho a prestar un consentimiento debidamente informado, y, por tanto, vulneró su derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE). Y las resoluciones judiciales impugnadas no tutelaron ese derecho al rechazar la pretensión del demandante ateniéndose a criterios no previstos legalmente (como el de la edad del paciente o la previa realización de otro cateterismo once años antes) a la hora de ponderar las circunstancias del caso, e interpretando y aplicando las normas concernidas de manera contraria a la mayor efectividad del derecho (art. 24 CE)» (FJ 7).

STC 41/2011, de 11 de abril

RA: Desestimado.

Ponente: Delgado Barrio. Voto particular de Pérez Tremps y Asúa Bata-rrita.

Conceptos: Derecho a la libertad de expresión. Imputación de un delito de falsedad a personas que ejercen funciones públicas. Delito de calumnias. Honor. Ejercicio de la libertad de expresión en conexión con el derecho de defensa.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1.a); 24.2 y 18.1 CE.

El recurrente en amparo fue condenado en la jurisdicción penal como autor de un delito de calumnias derivado de las afirmaciones y expresiones utilizadas por él en dos escritos dirigidos al Subdelegado del Gobierno y a la Dirección General de Tráfico. Por medio de estos escritos, el recurrente formuló una queja en relación con la actuación de dos agentes de la Guardia Civil en la instrucción del atestado de un accidente de tráfico y solicitó la incoación de un expediente disciplinario a estos agentes. En particular, el recurrente alegó en dichos escritos que en el atestado se habían consignado datos falsos y que los dos agentes «alteraron el atestado para culparme a mí», incluyendo «datos falsos, con los cuales y por algún motivo oscuro tratan de culparme», considerando el «atestado amañado», «realizado profesionalmente para encubrir al verdadero culpable», estando «motivado quizá el instructor del atestado por algún motivo oscuro o personal», y concluyendo que ello «es un grave delito de falsedad documental» (apud FJ 1).

Su recurso de amparo es desestimado en la presente Sentencia, que confirma la condena relativa al delito de calumnias.

1) *Aun cuando se funde en hechos, la imputación de un delito de falsedad constituye, a efectos del encuadramiento de la conducta en el artículo 20.1 CE, un juicio de valor comprendido en el ámbito objetivo del derecho a la libertad de expresión.*—En la que constituye una aproximación clásica al enjuiciamiento de las pretensiones de amparo relativas a los derechos fundamentales a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE] y a la libertad de comunicar información [art. 20.1.b) CE], la presente Sentencia delimita, con carácter preliminar, el derecho fundamental efectivamente invocado por el recurrente. Y, en este sentido, recurre igualmente a su doctrina para concluir que *«la imputación del delito de falsedad que dio lugar a la condena del demandante constituye una denuncia, fundada en hecho, pero a la postre un juicio de valor que debe examinarse a la luz de la libertad de expresión»* (FJ 2).

2) *El recurrente no ejerció su derecho a la libertad de expresión en conexión con el derecho de defensa y, por tanto, no resulta de aplicación al caso el canon reforzado de tutela de la libertad de expresión. Voto Particular.*—La cuestión de fondo de mayor interés de esta Sentencia —y que motiva el Voto Particular del que enseguida se da cuenta— reside en determinar si, por medio de las afirmaciones y expresiones empleadas en sus dos escritos, el recurrente no solo ejercitaba (lícita o ilícitamente) el derecho a la libertad de expresión, sino si, además, lo hacía en relación con el derecho de defensa del artículo 24.2 CE. De ello, se desprendería una consecuencia axial para la resolución del recurso, al menos a tenor de la argumentación sostenida por el Voto Particular formulado por los Magistrados Pérez Tremps y Asua Batarrita: el canon reforzado de tutela del derecho a la libertad de expresión en conexión con el derecho de defensa obligaría, en ese caso, a concluir que las afirmaciones y expresiones empleadas por el recurrente estaban constitucionalmente justificadas. No obstante, la mayoría del Tribunal rechaza la conexión, en el presente caso, entre el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de defensa, y ello bajo un argumento esencialmente formal: *«la libertad de expresión no se ejerce como manifestación o instrumento de derecho de defensa, por cuanto la presentación por el recurrente de los escritos de queja ante la Administración no conforma un vehículo adecuado para el ejercicio de la defensa contradictoria en el proceso penal derivado del accidente de circulación [...]»* (FJ 3).

3) *La escasa prevalencia del derecho a la libertad de expresión cuando se atribuyen hechos delictivos: la condena por el delito de calumnias no vulneró el derecho a la libertad de expresión del recurrente.*—El Tribunal enjuicia finalmente la pretensión del recurrente en amparo por medio de su habitual *«ponderación de los derechos fundamentales en conflicto»*. Ahora bien, el recurso a la técnica de la ponderación en el presente caso presenta dos particularidades. En primer lugar, la Sentencia apenas contiene referencias al *otro derecho fundamental* que debe ponderarse junto con el derecho a la libertad de expresión; es claro, no obstante, que ese derecho es, según la Sentencia, el derecho al honor del artículo 18.1 CE (*«el honor de los guardias civiles»*) (FJ 5), pero la Sentencia no incide en que ese honor que había de ponderarse no era el derecho subjetivo (civil) al honor ejercitado reactivamente por los dos agentes en la vía civil, sino el honor como bien jurídico-penal tutelado por el delito de calumnias; lo que impide, en definitiva, saber con certeza si, en ambos casos, la tarea de ponderación debe ser la misma. En

todo caso, la Sentencia sostiene que la consideración de los agentes como funcionarios públicos determina una mayor resistencia y prevalencia del derecho a la libertad de expresión ejercitado: las personas que se dedican a actividades públicas «*están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones*» y, por ello, «*la sujeción a esta crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública*» [FJ 5 b)]. En segundo lugar, también es llamativo –como también se apresura a resaltar el Voto Particular– que la Sentencia admita, sin matices, que la resolución impugnada por medio del presente recurso de amparo no realizó la tarea de ponderación de los derechos enfrentados en el presente caso, lo que lleva al Tribunal –realizando, con carácter preliminar, las funciones que deberían haber realizado los tribunales de la instancia– a «*efectuar aquí tal ponderación*» (FJ 5). Y, tras realizar esta labor de ponderación, el Tribunal concluye que la condena por el delito de calumnias no vulneró el derecho a la libertad de expresión del recurrente. Dos son las razones esenciales sobre las que se sustenta esta conclusión: (i) en la jurisdicción ordinaria se acreditó la falsedad de las manifestaciones realizadas por el recurrente y, además, que éste conocía positivamente su falsedad al momento de realizarlas; y (ii) las afirmaciones litigiosas revestían una especial gravedad, por cuanto «*el recurrente no se limitó a imputar a los agentes la comisión de un “grave delito de falsedad documental”, sino que además atribuyó su realización a la intención de perjudicarlo y de encubrir al verdadero responsable del accidente [...]*» (FJ 6). Esta última consideración enlaza coherentemente en la Sentencia con la jurisprudencia constitucional relativa al menor o escaso margen de protección del derecho a la libertad de expresión cuando se trata de imputaciones de hechos delictivos, especialmente cuando ello no «*va dirigido a fomentar el desarrollo de una opinión pública libre*» (*ibid.*).

STC 42/2011, de 11 de abril

RA: Estimado.

Ponente: Ramón Rodríguez Arribas.

Conceptos: Sanción a socio por declaraciones en la prensa. Contenido de la libertad de asociación (libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas).

Preceptos de referencia: Artículos 22 y 24 CE.

La junta directiva de un club de caza acordó imponer una sanción a un socio. La sanción fue debida a unas declaraciones que el socio había realizado en un periódico de la zona, en las que vertía una serie de críticas contra el presidente y la junta directiva del club. El hecho fue considerado como una falta muy grave de las previstas en los estatutos sociales de la entidad, consistente en desconsideración o actos muy graves hacia directivos y club, de manera pública o privada, con grave perjuicio para la imagen del club y, en consecuencia, siguiendo el procedimiento sancionador estatutariamente previsto, se impuso la citada sanción. El socio afectado promovió juicio verbal contra la resolución sancionadora. En la sentencia se determinó que el club no había acreditado debidamente el grave perjuicio para la imagen de los miembros de la junta directiva del club, pues los hechos denunciados en el

medio de comunicación eran ciertos, de modo que el contenido del escrito no podía ser calificado como falta muy grave. La entidad deportiva interpuso recurso en el que, entre otras consideraciones, se hacía valer la lesión de su derecho de asociación garantizado por el artículo 22 CE. Dicha pretensión fue reiterada en el recurso de amparo.

La demanda razona que este derecho fundamental comprende no sólo el de asociarse sino también el de establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo. En tal sentido considera que la asociación recurrente se regula principalmente por sus estatutos sociales, debidamente presentados ante el registro general de entidades deportivas. La sanción impuesta a un socio en este caso lo ha sido, según se razona, previa la tramitación de un procedimiento completo y conforme a las normas sancionadoras establecidas por dichos estatutos sociales. Por ello la sanción no puede considerarse, a su parecer, contraria a la ley. Entienden que se ha producido una vulneración del derecho de asociación (art. 22 CE) al haber ignorado las resoluciones judiciales las potestades de autorregulación de la entidad. Junto a ello se aduce también la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) sustentada en que, a su parecer, las Sentencias deberían haber apreciado su solicitud de nulidad por inadecuación del procedimiento.

Empezando por esta segunda pretensión el TC señala, como cuestión previa que: *«La queja ha de ser desestimada. En efecto, este Tribunal ha desestimado reiteradamente la identificación entre defecto o irregularidad procesal e indefensión, pues no toda infracción procesal es causante de la vulneración del derecho recogido en el artículo 24.1 CE, sino que sólo alcanza tal relevancia aquella que, por anular las posibilidades de alegación, defensa y prueba cause una verdadera y real situación de indefensión material (por todas, SSTC 15/2005, de 31 de enero, FJ 2; y 76/2007, de 16 de abril, FJ 6). En el presente caso, aun en el discutible supuesto de que se hubiera producido la irregularidad procesal denunciada, no cabría apreciar en ella ningún perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de la entidad recurrente, sin que tal conclusión quede desvirtuada por la afirmación apodíctica de que supone una indefensión material el no haber podido interponer recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, ni existe un derecho previo a que se siga siempre el proceso de mayor complejidad y mayor posibilidad de recursos»* (FJ 2).

En relación a la aplicación de los estatutos para determinar la sanción, la sentencia reseñada señala que: *«Ya la STC 218/1988, de 22 de noviembre, —dictada en un supuesto que guarda similitud con el del presente recurso de amparo— reiteraba que el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 CE comprende no sólo el derecho a asociarse, “sino también el de establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo”; potestad de organización que se extiende con toda evidencia “a regular en los estatutos las causas y los procedimientos de expulsión de los socios” (FJ 2). Así, hemos mantenido con posterioridad que “quienes ingresan en una asociación se entiende que conocen y aceptan en bloque las normas estatutarias, a las que quedan sometidos; normas que pueden prever, como causa de expulsión del socio, una conducta que la propia asociación valore como lesiva a los intereses sociales”»* (STC 96/1994, de 21 de marzo, FJ 2).

Por lo que, una vez comprobado que la sanción se impuso mediante el adecuado procedimiento, *«el respeto al derecho de asociación exige que la apreciación judicial se limite en este punto a verificar si se han dado circunstancias que puedan servir de base a la decisión de los socios, como son*

declaraciones o actitudes públicas que trasciendan del interior de la entidad y puedan lesionar su buen nombre, dejando el juicio sobre esas circunstancias a los órganos directivos de la asociación tal y como prescriben sus estatutos (STC 218/1988, FJ 1)». (FJ 4)

La Sentencia recurrida en amparo, había considerado que la asociación deportiva aplicó las normas sancionadoras «a unos hechos que no merecen ser tipificados y, consiguientemente, sancionados tan gravemente como en su día lo fueron». Reconocía que algunas de las frases contenidas en el escrito del socio publicado en el periódico local «no son precisamente elogios hacia la persona del Presidente del Club», si bien tomaba en cuenta «las circunstancias personales y sociales concurrentes» para concluir que son subsumibles dentro del derecho a la crítica y deben gozar de permisibilidad. Pero olvida que en los estatutos de la asociación se sancionaba la crítica, pública o privada, fuera de los órganos del club. En definitiva, el alcance del control judicial consiste en limitarse a comprobar si existió una base razonable para que los órganos de las asociaciones tomaran la correspondiente decisión.

STC 50/2011, de 14 de abril

CI: Desestimada.

Ponente: Delgado Barrio.

Conceptos: Derecho de igualdad, personas jurídicas, personas físicas, traspaso de local de negocio.

Preceptos de referencia: Artículo 14 CE, artículo 31.4 de la Ley de arrendamientos urbanos, de 24 de diciembre de 1964, según la redacción dada por el artículo 19 de la Ley 19/1989, de 25 de julio y la posterior redacción derivada de la disposición adicional decimotercera del Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre, y confirmada por la disposición adicional décima de la Ley 5/1990, de 29 de junio.

La sentencia se pronuncia sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de Primera Instancia sobre el artículo 34.1 de la Ley de arrendamientos urbanos, de 24 de diciembre de 1964, según la redacción dada por el artículo 19 de la Ley 19/1989, de 25 de julio y la posterior redacción derivada de la disposición adicional decimotercera del Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre, y confirmada por la disposición adicional décima de la Ley 5/1990, de 29 de junio.

La redacción derivada de la Ley 19/1989 era la siguiente: «no se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de Sociedades mercantiles, pero el arrendador tendrá derecho a elevar la renta como si el traspaso se hubiera producido». La redacción introducida por el Real Decreto-ley 7/1989 es «no se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de Sociedades o Entidades públicas o privadas, pero el arrendador tendrá derecho a elevar la renta como si el traspaso se hubiese producido». La Ley 5/1990 mantuvo este último texto.

El Juez proponente de la cuestión considera que el artículo 31.4 LAU, en sus diferentes redacciones, podría vulnerar el principio de igualdad, al otorgar un trato más favorable a estas personas jurídicas (en la medida que en tales casos el traspaso no puede considerarse ilegal y, por tanto, impide la apreciación de la causa de resolución prevista en el apartado quinto del art. 114 LAU) que el dispensado a las personas físicas u otras personas jurí-

dicas distintas de las previstas en el mismo. A juicio del Juzgado, esta diferencia de trato conlleva que los arrendadores de locales de negocio que tienen como arrendatarias a las entidades mencionadas en la norma en cuestión se encuentren en peor situación que los que tienen arrendados locales de negocios a personas físicas o a personas jurídicas distintas de las previstas en el artículo 31.4 LAU.

Señala el TC que de acuerdo con la doctrina constitucional el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica *«de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, careciendo de una justificación objetiva y razonable para ello. (STC 273/2005 de 27 de octubre, FJ 3, por todas)»* (FJ 4).

Para el Tribunal Constitucional la diferente naturaleza de las personas físicas y de las personas jurídicas determina que existan actos jurídicos que, por ser incompatibles con su respectiva naturaleza jurídica, no puedan ser realizados indistintamente por estos sujetos de Derecho. De ahí que declare que *«este Tribunal haya afirmado que “no existe una necesaria equiparación entre personas físicas y jurídicas” (STC 23/1989, de 2 de febrero, FJ 3). Por esta razón, no siempre que se aduce una vulneración del principio de igualdad por el diferente trato otorgado a una persona jurídica en relación con el dispensado a una persona física, o viceversa, puede considerarse que el término de comparación alegado es idóneo, ya que la diferente naturaleza de estos sujetos de Derecho puede determinar que existan situaciones en las que sólo pueda encontrarse uno de ellos»* (FJ 4).

Considera el TC que el *«término de cotejo»* aducido por el Juzgador que plantea la cuestión *«no es idóneo para llevar a cabo la comparación que exige el juicio de igualdad, lo que implica que en el caso enjuiciado no se cumpla el primero de los requisitos que debe concurrir para poder apreciar que el diferente trato alegado es contrario al derecho fundamental que consagra el artículo 14 CE»* (FJ 4).

Por todo ello, resuelve el TC que el precepto cuestionado no vulnera el artículo 14 CE.

STC 51/2011, de 14 de abril

RA: Estimado.

Ponente: Aragón Reyes.

Conceptos: Intimidad personal y familiar, derecho de igualdad, derecho a la tutela judicial efectiva, aconfesionalidad y neutralidad religiosa del Estado, libertad religiosa en su vertiente subjetiva, derecho a contraer matrimonio en condiciones de plena libertad e igualdad.

Preceptos de referencia: Artículos 14, 18, 16.1, 16.3, 24, 32.1 CE.

La recurrente había prestado servicios como profesora de religión católica a propuesta del Obispado de Almería en diversos centros escolares públicos, desde hacía seis años. En mayo del año 2001 se le comunicó que no sería propuesta como profesora de religión y moral católica para el siguiente curso, por haber contraído matrimonio civil con un divorciado, al no considerarse

tal decisión coherente con la doctrina de la Iglesia católica respecto del matrimonio. Por este motivo, la recurrente en amparo formuló demanda por despido ante la jurisdicción social contra el Ministerio de Educación, la Consejería de Educación y Ciencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía y el Obispado de Almería, en la que se solicitaba que su no renovación como profesora de religión se considerase como un despido y que dicho despido se declarase nulo por vulneración de sus derechos fundamentales, al entender que su no inclusión en la propuesta del Obispado para la contratación de profesores de religión y moral católica se debía exclusivamente al hecho de haber contraído matrimonio civil, lo cual supone un trato discriminatorio prohibido por el artículo 14 CE, así como una violación de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

El Juzgado de lo Social desestimó la demanda planteada por carecer de acción la demandante, al entender que no había existido despido, sino meramente una extinción de contrato de trabajo por expiración del tiempo convenido [art. 49.1.c) de la Ley del estatuto de los trabajadores]. El Juzgado entendió que se trataba de una relación laboral de naturaleza temporal pero objetivamente especial que, por ello, quedaba fuera del régimen de la Ley del estatuto de los trabajadores (en adelante LET). Añade la Sentencia que, aun admitiendo que la no renovación del contrato de la actora pudiera equipararse a un despido por la supuesta vulneración de los derechos fundamentales, no ha existido discriminación ni violación de cualquier otro derecho fundamental de la demandante porque es lógico que no se produzca la propuesta si quien tiene atribuida legalmente la competencia para efectuarla *«ha perdido la confianza en la actora para impartir clases de Religión Católica, porque considera que por el hecho de haber contraído matrimonio civil se ha apartado de la doctrina de la Iglesia Católica..., sin que ello suponga vulneración alguna de los derechos fundamentales de la demandante por las circunstancias excepcionales que concurren en el presente caso»*.

Contra dicha Sentencia interpuso recurso la solicitante de amparo, alegando que su no inclusión en la propuesta del Obispado para la contratación de profesores de religión no puede ser calificada como un supuesto de extinción de contrato de trabajo por expiración del tiempo convenido *ex* artículo 49.1.c) LET, sino que constituye un despido nulo por tener móvil discriminatorio (art. 55.5 LET), toda vez que la decisión del Obispado atenta contra el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación (art. 14 CE), y contra el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), sin que esa decisión del Obispado pueda escudarse en el derecho a la libertad religiosa (art. 16 CE) y en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre enseñanza y asuntos culturales, para eludir el control jurisdiccional y el respeto a los derechos fundamentales de la trabajadora recurrente. El recurso fue desestimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que confirmó íntegramente el pronunciamiento de instancia.

En la demanda de amparo se alega, en primer lugar, que la Sentencia dictada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), porque incurre en incongruencia omisiva, al no dar respuesta a las cuestiones planteadas en el recurso de suplicación, esto es, si la propuesta del Obispado es susceptible de control jurisdiccional y si dicha propuesta, contraria a la renovación del contrato de la trabajadora recurrente, vulneró los derechos fundamentales de ésta (arts. 14

y 18.1 CE) y, en consecuencia, procede declarar como despido nulo su no renovación de contrato.

En segundo lugar, se aduce que tanto la Sentencia de instancia como la de suplicación vulneran el derecho de la recurrente a no sufrir trato discriminatorio por sus circunstancias personales (art. 14 CE), así como su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), pues desestiman la pretensión formulada sobre nulidad de despido partiendo de la inaceptable premisa de considerar que las propuestas realizadas por el ordinario diocesano en virtud de lo dispuesto en el artículo III del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre enseñanza y asuntos culturales, no están sometidas a control alguno por parte de los Jueces y Tribunales del Estado español.

Cabe señalar que, en sus alegaciones, el Abogado del Estado destacó que debía tenerse en cuenta que, por virtud del artículo III del referido Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, la Administración educativa española sólo puede admitir como profesores de religión y moral católica a quienes sean propuestos por el ordinario diocesano por contar la llamada «declaración eclesialística de idoneidad», habilitación docente creada por la Conferencia Episcopal Española, y que los obispos están a su vez vinculados por lo dispuesto en los cánones 804.2 y 805 del Código de Derecho canónico, de tal suerte que ese poder de propuesta reservado a la autoridad eclesialística sólo se explica como vehículo para la aplicación de los citados cánones, hasta el punto de que el repetido artículo III del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede carecería de sentido sin su trasfondo canónico. Señala el abogado del Estado que desde la perspectiva del ordenamiento canónico cabe perfectamente entender que el católico que contrae matrimonio civil no da testimonio de vida cristiana, dada la inseparabilidad entre contrato y sacramento (canon 1055.2), por lo que existiría en tal caso una razón religiosa o moral en el sentido del canon 805, y amparada en la libertad religiosa (art. 16.1 CE), para que el Obispado no propusiera para el siguiente curso escolar al profesor de religión católica que contrae matrimonio civilmente, como ocurre en el caso de la recurrente.

El Tribunal Constitucional rechaza la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), al no apreciar la concurrencia del vicio de incongruencia omisiva en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. A juicio del Alto Tribunal *«la Sala se pronuncia en su Sentencia, por tanto, no sólo sobre la pretensión ejercitada por la demandante en el recurso de suplicación, que desestima, confirmando íntegramente la Sentencia de instancia, sino también sobre las concretas cuestiones alegadas en el recurso a las que se refiere la queja por incongruencia omisiva que se formula en la demanda de amparo (si la propuesta del Obispado es susceptible de control jurisdiccional y si esta propuesta, contraria a la renovación del contrato, vulneró los derechos fundamentales de la recurrente), cuestiones que la Sala descarta enjuiciar por entender que son ajenas a la pretensión ejercitada»* (FJ 2).

La sentencia analiza a continuación si la decisión adoptada por el Obispado de no renovar el contrato de la recurrente como profesora de religión vulnera su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a no sufrir discriminación (art. 14 CE) y señala, en primer lugar:

1.º) que tal pretensión debe abordarse a la luz de la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal en la STC 38/2007, de 15 de febrero, según la cual, *«la facultad reconocida a las autoridades eclesialísticas para determinar*

quiénes sean las personas cualificadas para la enseñanza de su credo religioso constituye una garantía de libertad de las Iglesias para la impartición de su doctrina sin injerencias del poder público» (FJ3);

2.º) que como subraya la STC 38/2007, el hecho de que la designación de los profesores de religión deba recaer sobre el correspondiente Obispado, y que dicha propuesta implique la previa declaración de su idoneidad basada en consideraciones de índole moral y religiosa *«no implica en modo alguno que tal designación no pueda ser objeto de control por los órganos judiciales del Estado, a fin de determinar su adecuación a la legalidad» (FJ 4).*

A continuación, el TC subraya que la demandante de amparo ejerció su derecho constitucional a contraer matrimonio en condiciones de plena libertad e igualdad (arts. 14 y 32.1 CE), y analiza si la reacción del Obispado que determinó la pérdida de su puesto de trabajo como profesora de religión y moral católicas puede entenderse lesiva de sus derechos fundamentales. Para ello el TC lleva a cabo una ponderación entre los derechos fundamentales de la recurrente (derecho a la libertad ideológica, en conexión con su derecho a contraer matrimonio en la forma y condiciones establecidas en la ley, y asimismo en relación con los derechos a no sufrir discriminación por razón de las circunstancias personales y a la intimidad personal y familiar) con el derecho de libertad religiosa (ar. 16.1 y 3 CE) del Obispado.

Considera el TC que *«la decisión de la demandante de casarse en la forma civil legalmente prevista con la persona elegida queda así, en principio, en la esfera de su intimidad personal y familiar, de suerte que la motivación religiosa de la decisión del Obispado de Almería de no proponerla como profesora de religión para el siguiente curso escolar (por haber contraído matrimonio sin ajustarse a las normas del Derecho canónico) no justifica, por sí sola, la inidoneidad sobrevenida de la demandante para impartir la enseñanza de religión y moral católicas, pues esa decisión eclesial no puede prevalecer sobre el derecho de la demandante a elegir libremente (dentro del respeto a las reglas de orden público interno español) su estado civil y la persona con la que desea contraer matrimonio, lo que constituye una opción estrechamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana (art. 10.1 CE)» (FJ 12).*

Procede, en consecuencia, el otorgamiento del amparo.

STC 63/2011, de 16 de mayo

CI: Estimada.

Ponente: Luis Ignacio Ortega Álvarez.

Conceptos: Principio de igualdad. Discriminación por razón de la edad.

Prohibición a los farmacéuticos mayores de 65 años de instalar nueva oficina de farmacia: medida irrazonable y desproporcionada. Inexistencia de discriminación positiva: ausencia de grupo desfavorecido y marginación de un colectivo concreto.

Preceptos de referencia: Artículos 14 y 10.1 CE. Artículo 22.6 de la Ley 4/1996 de Castilla-La Mancha de Ordenación del servicio farmacéutico.

La cuestión de inconstitucionalidad es planteada por el TSJ de Castilla-La Mancha, al estimar que la prohibición de que *«en ningún caso»* los farmacéuticos mayores de 65 años puedan *«participar en el procedimiento de instalación de una nueva oficina de farmacia»* (art. 22.6 de la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico en Castilla-La Man-

cha) vulnera el principio de igualdad del artículo 14 CE, en cuanto incorpora una discriminación por razón de la edad sin una justificación objetiva y razonable que la haga constitucionalmente legítima.

La desestimación interesada por la Junta de Comunidades y las Cortes de Castilla-La Mancha se fundamenta en dos razones. En primer lugar, la garantía de la mejor prestación de un servicio de claro interés público, que justificaría limitar la apertura de nuevas oficinas por quienes, sobrepasados los 65 años, *«no pueden prestar el servicio con todas las garantías o se enfrentarían con dificultades de adaptación a las peculiaridades de la localidad y población en la que la nueva oficina se instale»*. Pese a que la legislación castellano-manchega no impide seguir ejerciendo la actividad farmacéutica después de los 65 años, defiende que la fijación de la edad legal no es arbitraria por corresponderse con la edad de jubilación. En segundo lugar, la norma constituiría un supuesto de discriminación positiva, en tanto medida social orientada a garantizar el pleno empleo (art. 40.1 CE) y a incorporar nuevos profesionales menores de tal edad, que están en una situación objetivamente diferente de los mayores de 65 años que han visto realizadas ya sus expectativas laborales o empresariales.

Por su parte, el Ministerio público estima que el mencionado artículo 22.6 de la Ley 4/1996 establece una diferenciación atendiendo *únicamente* a la edad, sin que de su tenor ni contexto pueda deducirse una justificación razonable del diferente trato dispensado por la norma en función de la edad. Señala así la incongruencia de impedir a un farmacéutico mayor de 65 años instalar una oficina de farmacia pero permitirle dispensar medicamentos sin limitaciones por razón de edad si la instaló antes de llegar a aquella edad. Ello pondría en evidencia que la limitación no está relacionada con la capacidad para el ejercicio de la profesión o los méritos de los solicitantes (criterio que el propio artículo 22 de la Ley 4/1996 establece para otorgar las autorizaciones de instalación) y no se trata, por tanto, de una medida social de discriminación positiva a favor de un colectivo desfavorecido, sino de la exclusión de una minoría que es lo propio de las medidas de discriminación negativa.

El TC sigue la doctrina forjada en su seno relativa al principio de igualdad y a las prohibiciones de discriminación (art. 14 CE) cuya regla podría resumirse en el aforismo de que *«a iguales supuestos de hecho, iguales consecuencias jurídicas»*. Recuerda que es posible realizar diferenciaciones lícitas si ellas son *razonables* (objetivamente justificadas) y *proporcionadas* (al resultado producido y la finalidad pretendida). En el caso de supuestos de discriminación no previstos expresamente por el artículo 14, como el de la edad justamente, para que las diferencias sean discriminatorias deben estar históricamente arraigadas y haber situado a dichos sectores de la población (por la acción de los poderes públicos y la práctica social) en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Las prohibiciones de discriminación implican que el empleo por el legislador de las distinciones amparadas por el artículo 14 CE ha de ser excepcional, debiendo superar un juicio de legitimidad constitucional mucho más estricto y de proporcionalidad más riguroso; además de que la demostración de su justificación recae sobre quien la defiende. Desde esta doctrina, el TC analiza los precedentes en los que, entendiendo a la edad como factor de discriminación prohibido por el artículo 14, se ha resuelto acerca de la existencia o no de una diferenciación lícita con soluciones diversas (SSTC 75/1983, de 3 de agosto; 31/1984, de 7 de marzo; 69/1991, de 8 de abril; 361/1993, de 3 de diciembre; 149/2006, de 20 de septiembre; 280/2006, de 9 de octubre;

341/2006, de 11 de diciembre). Especial trascendencia tienen para el caso, las SSTC 109/2003, de 5 de junio y 152/2003, de 17 de julio en las que este Tribunal se pronunció sobre la edad (70 años) como causa de caducidad de las autorizaciones de farmacia prevista por leyes autonómicas. En ellas, entendió justificado y razonable «*el establecimiento de una edad tope para el ejercicio de una actividad privada declarada de interés público*» y que el cumplimiento de esa edad podría hacer mermar la prestación de la actividad en las condiciones requeridas por tal finalidad. Tuvo en cuenta que la caducidad ni enerva la transmisión de los elementos patrimoniales de la oficina (art. 25.3), ni impide el ejercicio de su actividad profesional en otras áreas. Sin embargo, el TC rechaza que esta doctrina sea trasladable automáticamente a este caso (los 70 años limitaban con carácter general el ejercicio de la actividad habilitada por una autorización de farmacia y el precepto legal aquí en cuestión solo sujeta al tope de 65 años el desempeño farmacéutico derivado de la obtención de una nueva autorización, permitiendo el normal ejercicio de una preexistente), siendo necesario valorar las razones esgrimidas. De dicho análisis extrae el TC las siguientes conclusiones:

a) La dificultad objetiva de los mayores de 65 años para prestar el servicio y, en particular, para adaptarse a las peculiaridades de la localidad y de la población en que haya de instalarse la nueva oficina de farmacia es *difícilmente contrastable* y, al ser instrumentada de un modo incondicional, resulta *desproporcionada* al fin al que se orienta. La desproporción, si no arbitrariedad, de presumir la dificultad de adaptación (e incluso la heterogeneidad de la población) es evidente cuando los farmacéuticos mayores de 65 años tenían ya una oficina en un núcleo y quieren acceder a otra en otro núcleo de la misma localidad o, por ejemplo, pretendan abrir una nueva oficina de farmacia por aumento de población en el mismo núcleo donde se encuentran trabajando como sustitutos, adjuntos o auxiliares en farmacia ajena.

b) En la justificación de la norma no se alude al objetivo de intentar favorecer a los farmacéuticos jóvenes o de mediana edad. Además la exclusión de los mayores de 65 años se manifiesta injustificada y desproporcionada y la pretendida medida de *discriminación positiva*, más que privilegiar a un grupo merecedor de especial protección margina a un colectivo concreto (los mayores de 65 años) como resulta de: 1) la amplitud del colectivo privilegiado (todos los farmacéuticos hasta los 65 años), que hace dudosa que se trate efectivamente de un grupo desfavorecido que precise de una medida de acción positiva para reequilibrar su posición frente a los mayores de 65 años; 2) la ausencia de medidas que potencien cualidades o condiciones en base a los principios de mérito y capacidad (informantes del sistema de autorizaciones de apertura de nuevas farmacias) en el propósito de favorecer al colectivo de los menores de 65 años; 3) que si los 65 años no son obstáculo para seguir ejerciendo la profesión de farmacéutico titular de la oficina de farmacia, la prohibición de acceso a una nueva autorización para los mayores de esa edad no está conectada con el interés público presente en la ordenación del servicio farmacéutico, y sin embargo incide en una de las formas de ejercicio profesional, precisamente la articulada a través de la organización de una actividad empresarial, faceta en la cual no está justificada la restricción impuesta a los mayores de sesenta y cinco años; 4) que la prohibición conduce a que la posibilidad de que los farmacéuticos que ya tienen farmacia en otro núcleo de población puedan participar en el concurso dependa de la edad que tengan; y 5) que la medida se revela como inidónea al fin pretendido ya

que la exclusión de los mayores de sesenta y cinco años no lleva consigo el acceso de nuevos profesionales.

Por ello, el TC considera *«que la prohibición establecida en la norma cuestionada implica una discriminación por razón de la edad que no es constitucionalmente admisible (art. 14 CE), porque no resulta ni idónea ni proporcionada respecto de la finalidad pretendida de favorecer el acceso de nuevos profesionales jóvenes y de mediana edad, produciendo en cambio la exclusión de los mayores de sesenta y cinco años de modo injustificado»* (FJ 5).

Esta decisión ha sido reiterado en otras sentencias judiciales dictadas con posterioridad por el TC, con referencia a otras leyes autonómicas de Galicia, Aragón y Extremadura (art. 19.5, inc. 1.º de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica; art. 24.4, inc. 1.º de la Ley de las Cortes de Aragón 4/1999, de 25 de marzo, de ordenación farmacéutica para Aragón; art. 11 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 3/1996 de atención farmacéutica, de 25 de junio, desarrollada por el Decreto del Gobierno de Extremadura 121/1997) al artículo 14 CE. Así, en las SSTC 79/2011, de 6 de junio, 117/2011, de 4 de julio, y 161/2011, de 19 de octubre, empleando los mismos o muy similares argumentos, el TC declara inconstitucionales dichas normas; aunque en algunas de ellas se hace referencia también a otros temas como la libertad de ejercicio de la profesión (art. 36 CE), la libertad de empresa (art. 38 CE), ciertas cuestiones relacionadas con la competencias básicas del Estado en materia de sanidad (arts. 149.1.16 y 149.3 CE), el principio de libre circulación y establecimiento en el territorio español (art. 139.1 y 2 CE) o el acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas (art. 23.2 CE). En todas las sentencias, incluida la que aquí comentamos, se deja constancia de la derogación de las normas cuestionadas por inconstitucionales pero entendiendo que estos procesos no pierden por ello su objeto y dictando, en consecuencia, sentencia.

STC 75/2011, 19 de mayo

CI: Desestimada.

Ponente: Manuel Aragón Reyes.

Conceptos: Principio de igualdad. Discriminación por razón del sexo.

Parto: derecho a la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto. Exclusión de la posibilidad de cesión del período de descanso voluntario de la madre al padre trabajador cuando aquella no fuese trabajadora por cuenta ajena. Licitud de la diferencia entre los supuestos de parto y adopción: diferente finalidad.

Preceptos de referencia: Artículo 14, 39 y 41 CE. Artículo 48.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El TC rechaza que la regulación del derecho a la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto en supuesto de parto, y concretamente la regla que permite a la madre ceder al padre el disfrute del periodo de descanso voluntario *sólo en el caso de que ambos trabajen* y, por tanto, impidiéndola cuando la madre no fuese trabajadora por cuenta ajena, en la redacción del entonces vigente artículo 48.4 LET (derogado por la Disposición Adicional Undécima de la Ley Orgánica 3/2007), vulnera el artículo 14 CE o los artículos 39 y 41 CE.

Siguiendo su doctrina sobre el principio de igualdad y de no discriminación, el TC desestima la existencia de una discriminación por razón del sexo contra el varón porque la maternidad, el embarazo y el parto, hacen referencia a una realidad biológica diferencial, protegida por el artículo 39.2 CE, que impide que las ventajas o excepciones legales para la mujer puedan considerarse discriminatorias para el hombre. De esta forma, *«la baja de maternidad está íntimamente relacionada con la condición femenina de la trabajadora»*, la protección legal va dirigida a las madres (no a la familia) atendiendo a la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las trabajadoras embarazadas que hayan dado a luz o que estén en período de lactancia y que impone resguardar su salud y afianzar todos sus derechos laborales.

Tampoco concurre una discriminación entre el supuesto de parto y de adopción o acogimiento por permitirse en estos últimos casos que puedan gozar del permiso exclusivo uno o ambos simultánea o sucesivamente dejando en cabeza de estos el ejercicio de la opción. El diferente tratamiento en la titularidad del derecho a suspender el contrato de trabajo en los supuestos de parto y de adopción o acogimiento es lícito puesto que radica en la finalidad tuitiva perseguida por el legislador. Aunque estos supuestos sean plenamente equiparables desde el punto de vista de la filiación y los derechos de los hijos (art. 39.2 CE), eso no significa necesariamente que hayan de surtir los mismos efectos en cuanto a los derechos laborales y a la protección social de los progenitores y adoptantes. Mientras en los supuestos de parto se preserva la salud de la madre trabajadora ante un hecho biológico singular (*«período de descanso por maternidad»*), en la adopción y acogimiento, se busca facilitar la integración del niño adoptado o acogido en la familia y contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares. De allí que en estos últimos casos, *cuando ambos padres trabajen*, el derecho a suspender el contrato de trabajo con reserva de puesto durante el periodo establecido y a percibir la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social, corresponda *ex lege* indistintamente al padre o madre, a elección de los propios interesados, pues no existe razón para dar preferencia en el disfrute del derecho a uno de los padres sobre el otro; y *si sólo uno de ellos es trabajador incluido en un régimen de la Seguridad Social*, la ley se lo atribuya a éste en exclusiva.

Concluye, de este modo, el TC que *«si la madre biológica no es trabajadora en alta en la Seguridad Social no tiene derecho a la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto y no es sujeto causante del subsidio por maternidad, por lo que no puede ceder un derecho inexistente al padre, aunque éste sí sea trabajador por cuenta ajena, en alta en la Seguridad Social»*.

El TC parte de la doctrina fijada en esta sentencia para desestimar también la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo 70.4 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia (STC 152/2011, de 29 de septiembre) y denegar el amparo que cuestionaba la decisión tomada en cumplimiento del artículo 75.2 del Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la función pública de la Región de Murcia (STC 78/2011, de 6 de junio). Ambas normas eran idénticas a la contenida en el artículo 48.4 de la LET por lo que reitera su rechazo a que vulneren el artículo 14 CE.

STC 99/2011, de 20 de junio

RA: Desestimado.

Ponente: Asúa Batarrita.

Conceptos: Derecho de rectificación (o derecho de contradicción o contestación). Derecho a la libertad de información. Veracidad de la rectificación.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1.d) y 24.1 CE. Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del ejercicio del derecho de rectificación.

En fechas 6, 12 y 16 de septiembre de 2004, el periódico *El Mundo* publicó varias informaciones que daban cuenta de supuestas revelaciones de un confidente policial al Juez instructor de un procedimiento penal seguido en la Audiencia Nacional. Estas revelaciones permitían concluir, a juicio del medio, que un determinado agente de la Guardia Civil –identificado en las noticias por su nombre y otros datos relativos a su trayectoria profesional y personal– había vendido armas a traficantes de droga y a bandas organizadas. Después de que el periódico no atendiera un requerimiento notarial en el que se exigía la publicación de un escrito de rectificación, el agente interpuso la acción que a este objeto prevé la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del ejercicio de derecho de rectificación («LO 2/1984»). El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Madrid estimó parcialmente la demanda del agente y condenó al medio a publicar la rectificación. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó en 2006 esta resolución.

En la presente Sentencia, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto por el director de *El Mundo* y confirma la resolución recurrida.

1) *La delimitación del recurso de amparo interpuesto y del objeto de su enjuiciamiento.*—La pretensión de amparo formulada por el director del medio que fue condenado a publicar la rectificación solicitada por el agente no estaba estrechamente anudada a los hechos concretos del caso. Antes bien, como precisa el Tribunal en el fundamento jurídico 3.º de esta Sentencia, el recurso reprocha una cuestión ligada al ejercicio del derecho de rectificación con carácter general y que, en esencia, remite a unas preguntas sencillas, pero bajo cuya respuesta subyacen cuestiones de fondo importantes acerca de la naturaleza, contenido y alcance de ese derecho: ¿Es presupuesto del ejercicio válido del derecho de rectificación que el contenido de ésta sea objetivamente veraz? ¿Debe el órgano judicial que enjuicia la admisibilidad de la acción de rectificación enjuiciar en particular la veracidad objetiva del contenido de la rectificación pretendida? Si no lo hace, ¿el órgano judicial infringe el derecho fundamental a la libertad de información del artículo 20.1.d) CE?

2) *El ejercicio del derecho de rectificación con arreglo a la LO 2/1984 no infringe el derecho fundamental a la libertad de información, aun cuando la versión de los hechos contenida en la rectificación sea falsa.*—Ésta es la doctrina que, con carácter general y con apoyo en su anterior STC 51/2007, establece la presente Sentencia y que, en particular, determina la desestimación del recurso de amparo. Para el Tribunal, ello es así, por cuanto el medio de información que es condenado a publicar una rectificación que contenga una versión de los hechos que pueda revelarse como incierta no se halla impedido para ratificarse en su versión inicial, «ni le obliga a declarar que la

información aparecida en sus páginas sea incierta, ni a modificar su contenido» (FJ 7).

3) *El correcto encuadramiento del derecho de rectificación como «derecho de contradicción o derecho de contestación» cuestiones terminológicas sustantivas.*—Había advertido la doctrina de los autores [F. PANTALEÓN, «La Constitución, el honor y unos abrigos», *La Ley*, 1996, II, D-162, p. 1.689 (nota 5)] de la improcedencia de denominar *derecho de rectificación* a lo que, en realidad, es un mero *derecho de réplica*. Y si, ciertamente, no se repara en esta confusión, la pretensión del demandante en amparo adquiere pleno sentido: Una información no puede rectificarse válidamente por medio de otra información que es falsa; y esa es la conclusión que se desprende del régimen jurídico de auténticas acciones de rectificación reconocidas en nuestro ordenamiento (como, p. ej., la del art. 32.1 4.ª del Ley de Competencia Desleal). Pero es que, en efecto, la acción de rectificación de la LO 2/1984 no es una acción de rectificación, sino que, como expresa de forma ejemplar la presente Sentencia, es un «derecho a la contradicción» o un «derecho de contestación» (FF. JJ. 5 y 6). No obstante —conviene apresurarse a advertirlo—, el Tribunal no contribuye expresamente a deshacer ese equívoco conceptual; antes bien, asume su doctrina jurisprudencial por la que ese derecho se dirige a «rectificar [cualquier] información difundida [...] que [se] considere inexact[a] y cuya divulgación pueda causar» un perjuicio a su titular (FJ 3). Pero es igualmente claro que, al definir su contenido, no permite malentendido alguno: «la configuración normativa dada al derecho de rectificación permite que la persona aludida aporte su propia versión de los hechos en salvaguarda de su honor y patrimonio moral, ofreciéndola para su contraste con aquellas otras versiones vertidas en el mismo espacio público informativo a efectos de la pertinente formación de la opinión pública» (FJ 5).

4) *La naturaleza y funciones del derecho de rectificación.*—Del mismo modo, la presente Sentencia ofrece una caracterización de la naturaleza y funciones que asume el derecho de rectificación en nuestro ordenamiento. Por un lado, la Sentencia destaca su carácter de «derecho subjetivo» autónomo —aparentemente, respecto de los derechos y pretensiones de «tutela del honor» o de «bienes personalísimos asociados a la dignidad, al reconocimiento social de la autoestima» (FF. JJ. 4 y 5)— pero que sirve al propósito de tutelar, con carácter preventivo («preludio»), el «ejercicio de las acciones civiles o penales correspondientes» (FJ 5). Pero, por otro lado, la jurisprudencia constitucional destaca que ésta no es la única función del derecho de rectificación, pues este derecho también «opera como un complemento de la información que se ofrece a la opinión pública, mediante la aportación de una “contraversión” sobre hechos en los que el sujeto ha sido implicado por la noticia difundida por un medio de comunicación» (FJ 4). Esta consideración sigue siendo válida —aclara el Tribunal ante las alegaciones del recurrente en amparo— en la actual «sociedad de la información», «pues precisamente la transformación social apuntada hace aconsejable de todo punto el reforzamiento de los mecanismos de tutela frente a posibles excesos en la información que el derecho de rectificación contribuye a contener» (FJ 5).

5) *El enjuiciamiento de las pretensiones relativas al derecho de rectificación por medio del juicio verbal no infringe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.*—La Sentencia también rechaza la alegación del recurrente en amparo, según la cual el enjuiciamiento del derecho de rectificación en el marco del juicio verbal, según dispone el artículo 6 de la LO 2/1984, impediría una ponderación razonable de otros intereses merecedores de tute-

la y, en particular, del derecho a la libertad de información. No obstante, para el Tribunal, además de la consideración de fondo del caso –que, como ha quedado dicho, concluye que la veracidad no es un presupuesto jurídico-material de la acción de rectificación– confirma que la configuración normativa del procedimiento conforme al cual deben ejercitarse y resolverse las pretensiones relativas al derecho de rectificación se ajusta plenamente a la exigencias constitucionales, y ello, por cuanto el control judicial queda limitado al «control jurídico de los requisitos legales de la rectificación instada» y, en concreto, al «examen de la “manifiesta improcedencia”» (FJ 2).

STC 120/2011, 6 de julio

RI: Estimación parcial.

Ponente: Delgado Barrio.

Conceptos: Fundaciones del sector público estatal. Territorialidad.

Preceptos de referencia: Artículos 34.1, 103.1, 149.1.8 CE. Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones. Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid.

La representación del Presidente del Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad contra dos preceptos de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid (la «Ley 1/1998»), al considerar que las normas por ellos establecidas infringían las competencias del Estado por cuanto (i) incluían en el ámbito de aplicación de la normativa autonómica a las fundaciones constituidas por la Administración General del Estado (art. 9.3); (ii) habilitaban a la Comunidad de Madrid para requerir a los órganos estatales información al objeto de determinar el ámbito territorial de la actividad de las fundaciones domiciliadas en dicha Comunidad (inciso final del apartado primero de la DA primera); y (iii) establecían la presunción de que las fundaciones constituidas por las Universidades públicas de la Comunidad de Madrid desarrollan principalmente sus actividades en el territorio de ésta, quedando así sometidas a la ley autonómica (apartado segundo de la DA primera).

En la presente Sentencia, el Tribunal estima el recurso de inconstitucionalidad en relación con el primer y último de los reproches formulados.

1) *La inconstitucionalidad del sometimiento de las fundaciones del sector público estatal comprendidas en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid al régimen jurídico de las fundaciones de esta Comunidad.*– El artículo 9.3 de la Ley 1/1998 –cuya nulidad por inconstitucionalidad es declarada en la presente Sentencia– disponía, en unos términos inequívocamente amplios, un criterio territorial delimitador que determinaba el sometimiento al régimen jurídico de las fundaciones de la Comunidad de Madrid de las fundaciones «constituidas por una o varias personas jurídico-públicas cualquiera que sea [su] ámbito territorial de actuación». Para el Tribunal –en una extensa delimitación de la norma– ello significa que ésta comprende a las fundaciones a las que el artículo 44 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, configura como fundaciones del sector público estatal, y cuyo régimen jurídico y particularidades jurídico-constitucionales son expuestas en la Sentencia del siguiente modo: (i) su fundamento constitucional no se halla en el artículo 34.1 CE, sino en el artículo 103.1 CE y, más

en particular, en la decisión del legislador estatal de desarrollar el mandato derivado de este precepto constitucional por medio del reconocimiento de la capacidad de las Administraciones públicas de constituir fundaciones; (ii) las fundaciones creadas por medio del ejercicio de esta capacidad por parte de la Administración General del Estado solo pueden realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial del Estado; y (iii) del hecho de que quien actúa por medio de estas fundaciones sea un ente público y de que tengan un carácter instrumental ligado al interés general que las justifican se desprenden consecuencias relevantes en cuanto a su régimen jurídico y, en concreto, a su control e intervención administrativa. Por todo ello, la validez de la norma autonómica impugnada determinaría que *«la decisión [del Estado] de actuar a través de la interposición de una fundación tendría como consecuencia el sometimiento de la actuación de la Administración General del Estado, realizada en ejercicio de sus propias competencias, a un conjunto de controles administrativos de legalidad que, de no haberse empleado la veste fundacional, no resultarían de aplicación»* (FJ 8). Y, en particular, determinaría que las fundaciones del sector público estatal quedarían indebidamente sujetas a *«la supervisión y control administrativos de la Comunidad de Madrid, a través del ejercicio de las funciones de registro y protectorado»*, lo que resulta *«contrario al orden de distribución de competencias, pues introduce un mecanismo de control autonómico de la acción de la Administración estatal no previsto en el bloque de la constitucionalidad»* (FJ 9).

2) *La constitucionalidad de la previsión del requerimiento a los órganos estatales de la información para «determinar» el ámbito territorial de la actividad de las fundaciones domiciliadas en la Comunidad de Madrid: «determinar» significa «distinguir o discernir», y no «decidir».*—Se reprochaba, en particular, la utilización del verbo «determinar» en la norma autonómica impugnada, en la medida en que debía entenderse en el sentido de que el requerimiento de información lo era para decidir el ámbito de aplicación de la fundación. No obstante, el Tribunal descarta esta interpretación, al tiempo que ofrece otra más verosímil y, en todo caso, conforme a la CE: *«la Comunidad Autónoma no pretende arrogarse una función que no le pertenece, sino aludir [...] a la actividad consistente en “distinguir” o “discernir” el ámbito territorial de actuación de las fundaciones domiciliadas en el territorio de la Comunidad de Madrid»* (FJ 11).

3) *La inconstitucionalidad de la presunción de que las fundaciones constituidas por las Universidades públicas de la Comunidad de Madrid desarrollan principalmente sus actividades en el territorio de ésta.*— Para el Tribunal, el reparto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma en esta materia y, en particular, la sujeción de las fundaciones constituidas por Universidades públicas de la Comunidad de Madrid en la legislación estatal o autonómica de fundaciones viene exclusivamente determinada por el criterio territorial establecido por el legislador estatutario. Por ello, en el caso de la Comunidad Autónoma de Madrid, la competencia sobre esas fundaciones solo corresponderá a ésta si desarrollan principalmente sus funciones en la Comunidad de Madrid (art. 26.1.26 EAM), mientras que la competencia habrá de corresponder al Estado en caso contrario. De este modo, la presunción *iuris et de iure* contenida en la norma impugnada —por la cual todas las fundaciones de las Universidades públicas de la Comunidad de Madrid quedan sujetas a la competencia de esta Comunidad— es inconstitucional y determina la nulidad de dicha norma.

STC 140/2011, de 14 de septiembre**RI: Desestimado.****Ponente: Pérez Vera.****Conceptos: Competencias legislativas. Horarios comerciales. Comercio interior. Ordenación de la actividad económica.****Preceptos de referencia: Artículo 149.1.13.^a CE. Artículo 5 de la Ley 1/2004, de 21 diciembre, de horarios comerciales.**

El orden de distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA. en materia de horarios comerciales constituye una materia compleja y cuya actualidad resulta innegable (recuérdense el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad y la Ley de la Asamblea de Madrid 2/2012, de 12 de junio, relativa a la dinamización de la actividad comercial en la Comunidad de Madrid). El bagaje conformado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este ámbito tiene –y, sobre todo, tendrá– un protagonismo particularmente relevante. A las anteriores SSTC 225/1993, 228/1993, 264/1993, 284/1993, 124/2003, 254/2004, 164/2006, 88/2010, habrá que añadir ahora la presente Sentencia 140/2011, cuya breve reseña se ofrece a continuación, así como la más reciente STC 26/2012.

1) *El objeto del recurso de inconstitucionalidad.*—El *Consell de Govern* de la Comunidad de las Islas Baleares interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los apartados 1 y 4 del artículo 5 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales (la «Ley 1/2004»), así como también contra su Disposición Final 1.^a, relativa a la invocación del título competencial del artículo 149.1.13.^a como fundamento de la regulación de los horarios comerciales contenida en los apartados impugnados. De este modo, las normas sustantivas cuya inconstitucionalidad se reprochaba en el recurso eran dos. Por un lado, el artículo 5.1 Ley 1/2004, por el cual el legislador estatal concreta y enumera los establecimientos comerciales que, por razón de sus peculiaridades, gozan –de modo excepcional– de plena libertad de horarios y, en particular, para decidir si permanecen abiertos en domingos y festivos. Por otro lado, el artículo 5.4 Ley 1/2004, por el que el legislador estatal precisa los requisitos que deben cumplir las tiendas de conveniencia para que sus titulares puedan beneficiarse de la plena libertad de horarios. A juicio de la Comunidad recurrente, estas normas vulnerarían sus competencias en materia de comercio interior, al someter a los establecimientos comprendidos en ellas a un régimen jurídico especial de horarios que excedería del ámbito objetivo de las competencias del Estado *ex* artículo 149.1.13.^a CE.

2) *El planteamiento del enjuiciamiento de la constitucionalidad de las normas impugnadas.*—No obstante el diferente contenido y alcance de las normas reproducidas, la Sentencia las enjuicia, en relación con su posible exceso competencial *ex* artículo 149.1.13.^a, de forma conjunta, aunque formalmente los argumentos se centran, en esencia, en el artículo 5.1 Ley 1/2004. Y, del mismo modo que en su anterior STC 88/2010, el Tribunal orienta su enjuiciamiento a dar respuesta a la inquietud de que la regulación estatal pudiera excluir o desplazar las competencias autonómicas y las consecuencias de ello: «*Es claro que el principio de plena libertad de apertura en cuanto a días y horarios de que gozan los establecimientos comerciales que ahora nos ocupan se formula en unos términos que excluyen la intervención normativa autonómica. Sin embargo, este dato no convierte a la norma esta-*

tal calificada como básica en inconstitucional. Debemos recordar que en nuestra doctrina sobre los horarios de los establecimientos comerciales no es éste el primer supuesto en que hemos admitido que, por excepción, puede ser calificada de norma básica ex artículo 149.1.13 CE una regulación estatal que posibilitaría la libertad de los establecimientos comerciales para determinar su régimen de horarios, sin intervención autonómica [...]. A igual conclusión hemos de llegar aquí, en que la libertad de horarios, sin intervención autonómica complementaria, se predica exclusivamente de los establecimientos a que se ha hecho referencia [...]» (FJ 3). No deja de llamar la atención que el Tribunal Constitucional concluya de forma tan rápida que la regulación estatal impugnada en el recurso excluya «la intervención normativa autonómica» o que, bajo ella, «no quepa intervención normativa de las Comunidades Autónomas».

3) *La constitucionalidad de las normas estatales impugnadas al amparo del artículo 149.1.13.ª CE: la necesidad de «homogeneizar» y establecer a nivel estatal un «mínimo común normativo» para los establecimientos cuya demanda se proyecta durante amplios horarios.*—La constitucionalidad de la totalidad del artículo 5.1 Ley 1/2004 se funda, con arreglo a lo expuesto en la presente Sentencia, en que la imposición de un régimen de plena libertad de horarios para los establecimientos de venta de pastelería y repostería, pan, platos preparados, prensa, combustibles y carburantes, floristerías y plantas, etcétera, se justifica por la necesidad del Estado de, al amparo de su competencia para legislar las bases de la «planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.13.ª CE), establecer un «régimen homogéneo de libertad para todo el territorio nacional» o «mínimo común normativo»; y ello, porque estos establecimientos «presentan una demanda por parte de sus potenciales consumidores que es susceptible de proyectarse durante amplios horarios» (FJ 3). En cuanto al juicio de constitucionalidad del artículo 5.4, la Sentencia se limita a extender a éste la naturaleza básica del artículo 5.1 Ley 1/2004: «Por tanto, el artículo 5.1 también tiene naturaleza básica en el extremo analizado, naturaleza básica que, lógicamente, se extiende a la definición homogénea para todo el territorio nacional de la definición de las llamadas “tiendas de conveniencia”» (FJ 3).

STC 150/2011, de 29 de septiembre

RA: Desestimado.

Ponente: Rodríguez Arribas. Votos particulares de Aragón Reyes y Ortega Álvarez y otros.

Conceptos: Daños causados por ruidos. Derecho a la integridad física y moral. Derecho a la intimidad domiciliaria.

Preceptos de referencia: Artículos 15 y 18.1 y 2 CE.

El exceso de ruidos procedente del exterior de una vivienda puede afectar a la salud de una persona y a lo que se ha venido a denominar intimidad domiciliaria, derechos fundamentales cuya vulneración puede ser objeto de recurso de amparo. El Sr. Cuenca interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ayuntamiento de Valencia por los daños físicos y morales causados por el exceso de ruido y por los gastos efectuados en su vivienda para intentar su aislamiento acústico. La desestimación de la reclamación, por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal

Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 20 de junio de 2003, dejó abiertas las puertas a la reclamación en amparo ante este Tribunal.

La sentencia recoge una serie de afirmaciones acerca de la incidencia que tiene el ruido sobre los derechos fundamentales. Así, *«si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el artículo 15 CE»* (FJ 7).

Mayor debate genera la afectación del artículo 18 CE. Esta sentencia señala que *«una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida»* (FJ 7), como ya había hecho con anterioridad (STC 119/2001 y 16/2004). Recoge la doctrina del TEDH, sentada en la sentencia 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra contra España) y sentencia 19 de febrero de 1998 (caso Guerra y otros contra Italia), según la cual ciertos daños ambientales, aunque no pongan en peligro la salud de las personas, pueden privarle del disfrute de su domicilio, atentando contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar en los términos del artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Admitida con carácter general la posible afectación que el ruido excesivo tiene sobre los derechos fundamentales, en el presente caso el Tribunal desestima el recurso por entender que no concurren los requisitos indispensables para que esa afectación se produzca, por los siguientes motivos:

a) Falta la prueba de la lesión real y efectiva de los derechos fundamentales. El Sr. Cuenca se limita a demostrar que el ruido ambiental en el barrio de San José de Valencia, zona declarada como acústicamente saturada, supera con cierta habitualidad los límites de la ordenanza. Para el Tribunal, falta una prueba individualizada para acreditar la repercusión de ese ruido ambiental en el interior de su vivienda concreta, que dependerá de las condiciones identificativas de cada vivienda, como su altura, aislamiento de la fachada, y distribución de la vivienda (FJ 8).

b) Falta la prueba de la acción u omisión de un poder público al que atribuir el daño. Aunque se hubiera acreditado un daño a la salud o a la intimidad del Sr. Cuenca, éste sólo sería imputable al Ayuntamiento de Valencia en la medida que, por no haber desplegado la actividad que le fuera exigible, *«pudiera afirmarse que hizo dejación de su posición de garante de los derechos de los vecinos»* (FJ 9), por *«la ausencia de esfuerzos adecuados por parte de la autoridad pública orientados a preservar el ámbito propio de los derechos fundamentales invocados, incluso frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada»* (ibíd.). Al parecer del Tribunal, queda acreditado que el Ayuntamiento de Valencia no se mantuvo inactivo, sino que usó todas las facultades que tenía a su alcance para reducir el excesivo nivel de ruido existente en la zona.

El fallo cuenta con dos votos particulares. El primero de ellos, voto concurrente de Aragón Reyes, señala que, aunque pueda haber un «derecho fren-

te al ruido» derivado del artículo 8.1 CEDH en modo alguno puede ser un derecho fundamental. En la CE no existe un derecho fundamental a la «privacidad» en sentido amplio; el artículo 8.1 CEDH no puede identificarse por completo con el artículo 18.1 y 2 CE. Considera que ella mayoría del Tribunal hace una interpretación insostenible del artículo 10.2 CE, que no es una cláusula aditiva que permita ampliar el listado de derechos fundamentales, sino una norma interpretativa. Por tanto, la lesión de este derecho subjetivo no es susceptible de amparo constitucional.

El segundo voto particular, formulado por Ortega Álvarez, al que se adhieren Gay Montalvo y Pérez Vera, critica la argumentación y el fallo con dos argumentos:

a) La exigencia de la prueba del daño en el interior de la vivienda no es un requisito constitucional para amparar el derecho fundamental. El voto particular argumenta con base en la jurisprudencia del TEDH: exigir una medición sonora que permita determinar el nivel sonoro percibido en el interior de la casa resulta demasiado formalista (STEDH 16 noviembre de 2004, asunto Moreno Gómez contra España) o una carga desproporcionada (STEDH de 9 de noviembre de 2010, caso Dees contra Hungría). La comparación con el asunto Moreno Gómez resulta indispensable por tratarse de supuestos idénticos, ya que el Sr. Cuenca, aquí recurrente, reside en el mismo barrio y en la misma plaza que la Sra. Moreno Gómez, aunque la mayoría del pleno se esfuerza en destacar diferencias entre los dos asuntos.

b) Sí se produjo prueba del daño producido por exceso de ruidos, mediante prueba médica del síndrome ansioso-depresivo reactivo.

STC 173/2011, de 7 de noviembre

RA: Desestimado.

Ponente: Eugeni Gay Montalvo. Voto particular de Elisa Pérez Vera.

Conceptos: Derecho a la intimidad e intromisiones autorizadas por el afectado. Derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. Corrupción de menores. Pornografía infantil. Imágenes y vídeos contenidos en ordenador personal. Acceso al contenido por parte del técnico a quien se encargo su reparación. Denuncia y entrega del ordenador a la policía. Acceso al contenido por parte de ésta. Licitud de la prueba incriminatoria.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 24.2 CE.

El caso tiene su origen en un hecho banal: la avería de la grabadora de DVDs de un ordenador personal. Su propietario, el recurrente, lo llevó a reparar y, a partir de aquí, se desencadenó una secuencia de hechos que acabó con su condena por corrupción de menores en la modalidad de pornografía infantil. El técnico, tras reparar el aparato, llevó a cabo algunas rutinas de comprobación. Para ello accedió a la carpeta «mis documentos» y procedió a abrir al azar algunos archivos, comprobando que se trataba de pornografía infantil. Ni el ordenador ni los archivos estaban protegidos por contraseña alguna. Tampoco el propietario había formulado restricción o reserva alguna al entregarlo al técnico. Éste acudió a la policía, denunció los hechos e hizo entrega del ordenador a cuyo propietario asimismo identificó. La policía incoó el correspondiente atestado y llevo a cabo un «análisis preliminar» del ordenador en el curso del cual accedió no sólo a la carpeta «*mis documentos*»

sino también a la denominada «*Incoming*», del programa *eMule* de intercambio de archivos P2P (*peer to peer*), que por lo visto habría sido utilizado para la descarga y puesta a disposición del material pornográfico. Sería precisamente este hallazgo y el hecho de que el programa estuviera «*configurado de forma que los archivos pedófilos depositados en el ordenador pudieran ser descargados por otras personas a través de Internet*», lo que fundaría «*la condena del recurrente por la modalidad específica de distribución de material pornográfico infantil del artículo 189.1.b) del Código penal*» (FJ 6). Tras esa indagación preliminar, al día siguiente, la policía detuvo al propietario del ordenador y encargó una pericial al grupo especializado en delincuencia informática. Concluido el atestado, el detenido fue puesto a disposición judicial. Tras el correspondiente procedimiento, se dictó sentencia condenatoria por delito de corrupción de menores en su modalidad de pornografía infantil. La resolución de la AP fue confirmada por el TS.

El condenado recurrió en amparo ante el TC denunciando la vulneración de los derechos a la intimidad y a un proceso con todas las garantías incluida la presunción de inocencia.

El TC dedica la primera parte de su fundamentación jurídica a exponer una síntesis de su propia doctrina sobre el derecho a la intimidad, el consentimiento del afectado (alcance limitado a los fines autorizados, posibilidad de otorgamiento verbal y también tácito mediante actos concluyentes) y el posible sacrificio del derecho ante otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, para lo que se requiere: fin constitucionalmente legítimo, previsión legal (como regla general), resolución judicial motivada y, en fin, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Una vez hecha esa síntesis la sentencia se centra en tres puntos: la relación entre el derecho a la intimidad y los ordenadores personales; la actuación del técnico que acudió a la policía; y, en fin, la actuación de esta última.

1) *Intimidad y ordenadores personales.*—Ante todo, dice la sentencia, se debe «*determinar si un ordenador personal puede ser un medio idóneo para el ejercicio de la intimidad personal, resultando entonces necesario para acceder a su contenido el consentimiento de su titular o que se den los presupuestos que legalmente habilitan la intromisión, de acuerdo con los parámetros constitucionales antes desarrollados*» (FJ 3). La respuesta al interrogante es indudablemente positiva. En este sentido, el TC pone de relieve que «*el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal*» incluye datos sobre la vida privada y profesional que se insertan en el ámbito protegido. Además, añade: «*A través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano. Es evidente que cuando su titular navega por Internet, participa en foros de conversación o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc. Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la perso-*

na. A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado» (FJ 3). La conclusión, profusamente razonada, vendría corroborada por numerosas disposiciones y declaraciones, así como por la jurisprudencia del TJUE e incluso del propio TC en dos casos de acceso in consentido (STC 34/2009, al ordenador de una compañera de trabajo; y STC 230/2007, al registro de llamadas de un móvil por parte de la Guardia Civil).

2) *Licitud de la actuación del técnico denunciante.*—La sentencia aborda la cuestión desde el punto de vista del consentimiento afectado. Si el propietario del ordenador hubiera consentido el acceso del técnico a la documentación contenida en la carpeta «*mis documentos/mis imágenes*», quedaría excluida toda infracción por parte del mismo. No hubo, sin embargo, consentimiento expreso. Se descarta asimismo que lo hubiera tácito, aunque con una argumentación poco clara con la quizá se pretendió distinguir entre lo tácito y lo presunto: «(El recurrente) no autorizó de forma expresa al encargado de la tienda de informática a acceder al contenido de sus archivos o ficheros donde se encontraban las fotografías y videos de contenido pedófilo, ni tampoco tácitamente porque nos encontramos ante una manifestación de voluntad efectuada por su parte, por lo que no es necesario acudir a conjeturas o presunciones sobre los hechos para su interpretación» (FJ 5). Como quiera que sea, a la postre, el TC admite que el técnico sí contaba con el beneplácito del propietario del ordenador o, al menos, que no hizo nada incorrecto. He aquí su explicación: «Lo que sí se aprecia claramente en el recurrente es la concurrencia de una declaración expresiva de su voluntad de hacer entrega a dicho encargado de su portátil, poniéndolo a su disposición, para que éste procediera a su reparación (en concreto, para cambiar la grabadora que no funcionaba)». Sobre esa base, al acceder a la repetida carpeta «*mis documentos/mis imágenes*» el técnico «no se extralimitó del mandato recibido» (FJ 5). A partir de ahí, una vez descubierto el material pornográfico, no hizo sino cumplir con la obligación de todo ciudadano de denunciar los posibles delitos.

3) *Licitud de la actuación policial.*—Esta cuestión es más compleja. El técnico descubrió el material por azar mientras hacía aquello que se le había encomendado, sin extralimitarse en relación con las rutinas habituales en el sector. La policía, en cambio, llevó a cabo un análisis preliminar (en el curso del cual accedió a la carpeta «*Incoming*» del programa *Emule*) y encargó a sus técnicos una pericia exhaustiva, todo ello sin autorización judicial y, en cuanto a lo último, con el propietario del ordenador ya detenido.

El TC empieza dejando claro que la autorización dada al técnico no puede extenderse a la policía, pues se trata de «una intervención posterior realizada por personas distintas y motivada por otros fines» (FJ 6). También excluye el TC que el consentimiento pudiera derivarse del hecho de que el programa utilizado fuese un programa de intercambio P2P (*Emule*) mediante el cual el usuario, al tiempo que descarga material, abre su propia carpeta de archivos compartidos a cualquier otro usuario («tampoco el hecho de que el recurrente permitiera, a través del programa *eMule* este acceso de otros

usuarios a sus archivos, puede erigirse en una suerte de autorización genérica frente a posteriores y distintas injerencias en el ámbito reservado de su intimidad, a pesar de que ha sido éste el argumento utilizado aquí tanto por la Audiencia Provincial de Sevilla como por la Sala Segunda del Tribunal Supremo» FJ 6).

Descartada la existencia de consentimiento la resolución entra a analizar si la actuación policial podría estar justificada por la concurrencia de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. Es aquí donde radica la desestimación de la petición de amparo pues el TC entiende que, en el caso planteado, «*la actuación de la policía era necesaria, resultando, además, la medida de investigación adoptada razonable en términos de proporcionalidad*» (FJ 7). No sin señalar «*la necesidad de que el legislador regule esta materia con más precisión*» (FJ 7), el TC refuerza su argumentación aludiendo a la conveniencia de una actuación rápida por parte de la policía, así como a la especial gravedad de la pornografía infantil.

Es en esta última parte de la sentencia –la relativa a la actuación policial– donde la magistrada discrepante se aparta de la mayoría. A su juicio la «*deficiente calidad de la ley*» debería haber llevado a «*extremar (el celo del TC) como garante de los derechos fundamentales*». Estando el ordenador en poder de la policía y su propietario detenido, no había riesgo alguno de eliminación de los archivos. Tampoco de una hipotética conexión a «*la nube*» con la que la sentencia especula sin base técnica alguna. En esas circunstancias, sin concurrir una «*urgente necesidad*», el examen del ordenador «*debió llevarse a cabo con la autorización previa y el control de su ejecución por parte de la autoridad judicial*». El voto particular concluye declarando la existencia de vulneración de los derechos a la intimidad y a un proceso con todas las garantías y, en consecuencia, la procedencia de otorgar el amparo negado por la mayoría.

STC 182/2011, de 21 de noviembre

RA: Estimado.

Ponente: Elisa Pérez Vera.

Conceptos: Matrimonio. Bien común. Liquidación y adjudicación a uno de los cónyuges. Aplicación analógica de las normas. Derecho a una resolución jurídicamente fundada. Arbitrariedad en el uso de la analogía legis. Asimilación indebida de los cónyuges a la condición de acreedor y deudor. Lesión del derecho a un proceso con todas las garantías.

Preceptos de referencia: Artículo 24. 1 y 2 CE.

La Audiencia Provincial de Álava dictó Sentencia en proceso de medidas matrimoniales acordando entre otras la siguiente: «*la vivienda común podrá ser usada y disfrutada por la menor en compañía de la madre hasta que en ejecución de sentencia proceda su adjudicación a uno de los progenitores o en todo caso su venta a un tercero o en pública subasta conforme a lo establecido en el fundamento jurídico segundo de esta resolución*».

Tras unos años de inactividad el marido instó la subasta del bien. A la misma no acudió ningún postor y el actor solicitó la adjudicación de la vivienda subastada por 600 €, «*de conformidad analógica con el artículo 671 y 670 y concordantes LEC*» con el compromiso de subrogarse en las cargas

del bien y con la posibilidad de ceder el remate a un tercero. Se planteó oposición a esa adjudicación aunque finalmente el Juzgado consideró que: *«es procedente, admitir la solicitud del recurrente [...] y proceder a la adjudicación de la vivienda al solicitante y ello es así, porque una vez efectuada la subasta sin que se haya efectuado postura alguna, lo procedente es dar término a la ejecución, y solicitada la adjudicación por una de las partes, sin que la contraria haya instado la misma, ni haya alegado razón que justifique su negativa, es lo procedente acceder a lo solicitado a tenor de la aplicación analógica del artículos 670 y 671 LEC».*

La demanda de amparo se dirige contra lo resuelto por el Juzgado de ejecución de medidas matrimoniales, centrada la queja de fondo en la vulneración del artículo 24.1 CE, es decir, del derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada.

El TC nos recuerda que: *«Este Tribunal, en una muy reiterada y ya consolidada doctrina, recogida en sus inicios en las SSTC 61/1983, de 11 de julio, FJ 3, y 13/1987, de 5 de febrero, FJ 3, y confirmada últimamente en el FJ 4 de la STC 248/2006, de 24 de julio, ha venido declarando que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, por cuanto la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el artículo 120.3 CE, es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos (entre otras muchas, SSTC 163/2000, de 12 de junio, FJ 3; 187/2000, de 10 de julio, FJ 2; y 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4). La motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3)».* (FJ.3)

Esta afirmación no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales (salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva). Pero sí incluye la garantía de que la decisión no sea arbitraria, irrazonada o irrazonable, o incurra en un error patente. Pues bien, es precisamente siguiendo esta línea que el Tribunal considera que la resolución que se impugna en este amparo, parte de una premisa patentemente errónea, como es la asimilación de la figura del cónyuge que solicita la liquidación de un bien común, a un «acreedor», y, en sentido contrario, la de aquel otro que no ha tomado la misma iniciativa (en el caso, la aquí recurrente) a un «deudor» de aquél. Por ello se llega a un resultado absolutamente desproporcionado e irrazonable, el de permitir la adjudicación de la vivienda común, cuya propiedad pertenecía al marido sólo en una porción de 5/12, por un precio total, descontadas las cargas del inmueble de las que aquél se hace cargo, de seiscientos euros (600 €), cuando la vivienda estaba tasada, sin cargas, en la cantidad de ciento diecisiete mil setecientos veintidós euros con sesenta y tres céntimos (117.722,63 €). *«En efecto, no cabe asimilar en pura lógica los papeles de “acreedor” y “deudor” entre cónyuges que están liquidando un bien común, como si uno de ellos fuera el obligado y otro el titular del derecho, sólo porque formalmente uno ha pedido la liquidación-ejecución y por ello reciba el trato de “ejecutante” incluso cuando, como en este caso, el otro se opone a esa ejecución»* (FJ 4).

Y dado que entra en el campo de control del TC apreciar si esa operación analógica parte en su caso de *«premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal*

magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas», entiende que el hecho de que la Ley de enjuiciamiento civil prevea que en los casos de ejecución de obligaciones dinerarias y donde se subasta un bien inmueble, a falta de posturas suficientes no se le deba causar más perjuicios al acreedor, permitiéndole la adjudicación del bien por una cantidad igual o superior al cincuenta por ciento (50 por 100) del valor de tasación o por lo que se le deba «*por todos los conceptos*» (art. 671 LEC), es una medida que se justifica, precisamente, en la óptica de un proceso seguido para el cumplimiento de una obligación que un sujeto tiene contraída frente a otro. «*Tal situación nada tiene que ver, sin embargo, con la liquidación de un bien matrimonial, donde ambos son titulares del bien inmueble –en este caso incluso en mayor proporción para la recurrente afectada– y ambos se ven sujetos a su conversión en dinero. De allí que si bien en principio resulten aplicables las reglas de la subasta previstas en la Ley de enjuiciamiento civil, ello ha de serlo hasta el punto en que resulte razonable la asimilación*» (FJ 4).

STC 190/2011, 12 de diciembre

RA: Desestimado.

Ponente: Pablo Pérez Tremps.

Conceptos: Acceso a la justicia. Cónyuges separados legalmente. Irrelevancia de la separación a efectos de aplicar la prohibición de ejercicio de acciones penales entre cónyuges.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE. Artículo 103.1 LECrim.

El tutor de un mayor de edad interpuso querrela contra la esposa de éste (de la que estaba separado) por supuestos delitos de estafa y apropiación indebida, que fue admitida a trámite. La defensa de la acusada planteó como cuestión previa en la vista oral que la acusación particular carecía de la necesaria legitimación, en primer lugar, porque el tutelado tenía plena capacidad y, en segundo lugar, porque, en cualquier caso, al ser el tutelado cónyuge de la acusada regía la prohibición del artículo 103 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím) que impide el ejercicio de la acción penal entre cónyuges. La Sala, en resolución *in voce* documentada en el acta de la vista oral, acordó rechazar el primero de los motivos, al existir una declaración judicial de incapacidad no revocada, y estimar en cambio el segundo.

El objeto del presente recurso de amparo es determinar si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción, por haberle negado legitimación para ejercer la acusación particular por supuestos delitos de estafa y apropiación indebida contra su esposa, de la que estaba separado legalmente.

El recurrente en ningún caso cuestiona en este proceso de amparo la constitucionalidad de la exclusión del ejercicio de la acción penal entre cónyuges prevista en el artículo 103.1 LECrim. Su pretensión se limita, exclusivamente, a que se declare que la interpretación de dicho precepto efectuada por los órganos judiciales en el sentido de equiparar el tratamiento de los cónyuges y quienes ya estén separados legalmente ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva.

En cuanto al ejercicio de la acción penal, el TC recuerda que: *«Este Tribunal ha reiterado que el derecho de acceso a la jurisdicción penal que ostenta la víctima para el ejercicio de la acusación particular no supone un derecho fundamental, constitucionalmente protegido, a la condena penal de otra persona, sino que se concreta esencialmente en un ius ut procedatur, lo que implica el derecho a poner en marcha un proceso, sustanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho, que también queda satisfecho con una decisión de inadmisión o meramente procesal que apreciara razonadamente la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley (por todas, STC 106/2011, de 20 de junio, FJ 2), incluyendo la falta de legitimación activa de quien pretendía el ejercicio de la acción penal bien sea como acusación popular (por todas, STC 67/2011, de 16 de mayo, FJ 2) o particular (por todas, STC 163/2001, de 11 de julio, FJ 4)»* (FJ 3).

Habiendo negado la posibilidad del ejercicio de la acción particular contra su esposa el TC señala que *«la interpretación finalmente asumida por los órganos judiciales no puede ser calificada de excesivamente formalista, ya que responde a un sentido gramatical y sistemático del concepto “cónyuge” utilizado en el artículo 103.1 LECrim, toda vez que la separación judicial, en los términos del artículo 85 del Código civil (CC), no supone una disolución del matrimonio, sino una mera suspensión de la vida en común y de la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 83 CC)»* (FJ 4).

La decisión de no excluir de la excepción del ejercicio de la acción penal entre cónyuges a los que estén separados legalmente no puede ser considerada desproporcionada si se ponderan los fines y los intereses. La circunstancia de que tanto las situaciones de divorcio como las de separación judicial puedan evidenciar, que los lazos de afectividad ya están rotos, no impide apreciar que ambas situaciones son jurídicamente bien distintas y que también lo son sus efectos, no siendo el menor de ellos que en el caso de divorcio hay una disolución del vínculo, ausente de la separación judicial, que impide la producción de efectos legales de una eventual reconciliación.

Por último, en relación con el argumento del Ministerio Fiscal, que sostiene que la vulneración del artículo 24.1 CE se habría producido por no haberse valorado por las resoluciones judiciales la imposibilidad del ejercicio de la acción de divorcio por la incapacidad del recurrente, es de destacar que *«éste es un argumento que, al margen de no haber sido alegado por el recurrente en su demanda de amparo, parte de un presupuesto que no ha quedado verificado ni acreditado en el caso concreto, ya que ninguna referencia aparece en la demanda de amparo o en las actuaciones en relación con un eventual intento de ejercicio de dicha acción de divorcio ante la jurisdicción civil que, por haber sido rechazado, tuviera que haber sido asumido y ponderado por los órganos judiciales del orden penal»* (FJ 6).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, Mònica CASADELLÀ SÁNCHEZ, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Alfredo FERRANTE, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, 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*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Doctrina de los actos propios.–La aplicación de esta doctrina debe ser muy segura y ciertamente cautelosa. Precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar o extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, y ha de ser concluyente e indubitado y de carácter inequívoco. Exige que los actos de una persona que pueden tener relevancia en el campo jurídico no contradigan a los anteriores provocando una situación de incertidumbre que desconcierte a terceros afectados por los mismos y que rompa el principio de buena fe del artículo 7.1 CC.

Doctrina del levantamiento de velo.–Se trata de una doctrina que evita separar el patrimonio de una persona jurídica y el de una persona física, impidiendo la consecución de un fin fraudulento. (**STS de 1 de julio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La demandante ejercita acción de nulidad de la compraventa otorgada en documento privado de 15 de diciembre de 1997, elevado a escritura pública de 15 de octubre de 1998, y subsidiariamente acción de anulabilidad. Los socios que fueron compradores en aquella compraventa son los mismos socios de la sociedad anónima que ahora acciona. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por entender que reunía todos los elementos del contrato (consentimiento, objeto y causa) que hacían considerar su validez.

La Audiencia Provincial entendió que la prueba practicada demuestra la inexistencia de precio pagado por los adquirentes. A su juicio, los comuneros no efectuaron ningún desembolso con cargo a su patrimonio para pagar el precio del pabellón que adquirirían, ni tampoco asumen la condición de deudores del préstamo hipotecario. Esto determina la total simulación del negocio concluido, cuya nulidad por tal causa era patente. Al no haber pago del precio, hay una falta de causa en el contrato oneroso de compraventa, lo que da lugar a la ausencia de uno de los elementos esenciales del contrato. Así, revoca la sentencia de primera instancia y declara la nulidad del mismo, con la consiguiente cancelación de los asientos registrales.

La parte demandada interpone recurso de casación. En primer lugar alega la infracción de los artículos 1274 y 1275 CC, en relación con el artículo 7.1 CC y la doctrina de los actos propios. La sociedad vende las naves a los socios y éstos las arriendan a la sociedad. Esa posible nulidad o inexistencia del contrato de arrendamiento no es preciso declararla, ya que al recuperar la sociedad aquel dominio sobre las naves, el arrendamiento queda extinguido por confusión (arts. 1192 a 1194 CC). En cuanto a la doctrina de los actos propios, la sociedad y los socios celebraron el contrato de compraventa y ahora la sociedad pretende su nulidad. Esto no implica que por la doctrina de los actos propios no pueda regularizar la situación y volver al estado real que existía antes. Si los contratantes han decidido ahora regularizar la situación patrimonial de la sociedad, reintegrando al haber social su principal activo, está justificado el interés de la actora en el ejercicio de la acción. Según el Tribunal Supremo, no hay unos actos concluyentes e inequívocos que hayan producido una situación jurídica vinculante, ni un comportamiento que haya fijado una determinada situación jurídica. Simplemente se produjo una compraventa con simulación absoluta, inexistente por falta de causa, y posteriormente se elimina tal inexactitud jurídica y se vuelve al estado anterior sin que aparezca la vulneración denunciada de la doctrina de los actos propios ni del artículo 7.1 CC. En segundo lugar, se alega la doctrina del levantamiento del velo. A juicio del Alto Tribunal, aquí se ha producido un negocio jurídico simulado, que no consta que sea fraudulento y que no causó perjuicio a tercero. El que más tarde se regularice la situación y la cosa vendida vuelva al patrimonio de la sociedad, con el acuerdo de los socios vendedores y, al tiempo, compradores, no precisa de levantar velo alguno para entender que se haya vulnerado norma alguna sobre la causa del contrato. En definitiva, el Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso de casación. (S.L.M.)

2. Prescripción de la acción para reclamar el pago de las retribuciones debidas al agente.—Según el artículo 4 de la Ley 12/1992, del Contrato de Agencia, salvo disposición en el contrato, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de agencia se regirá por las reglas establecidas en el Código de Comercio y, por aplicación del artículo 943 de dicha norma, en el Código Civil. El problema surge a la hora de determinar qué precepto concreto del Código Civil se aplica a dicha prescripción. El Tribunal Supremo entiende que las acciones de reclamación de las retribuciones debidas al agente, como efecto del contrato de agencia, prescriben en el plazo de tres años que establece el artículo 1967 CC, por ser aplicable su regla 1.^a

Lo que caracteriza al agente, frente al mero comisionista, es la colaboración estable y duradera, merced a la cual promueve o promueve y concluye éste en nombre y por cuenta del principal contratos de la más variada naturaleza. Ahora bien, esta nota no puede servir de fundamento para rechazar la aplicación del plazo de prescripción especial de tres años a tales profesionales regulados en la Ley del Contrato de Agencia, tal como se apuntó en las SSTs de 22 de enero de 2007, de 15 de octubre de 2009 y de 7 de octubre de 2010. En la expresión genérica «agente» del artículo 1967.1.º CC se incluye a todos los que tienen por oficio gestionar negocios ajenos, con independencia de si se desempeña tal función con carácter esporádico o de forma estable. (**STS de 29 de junio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Una empresa de telecomunicaciones y mantenimiento presentó demanda contra una empresa de servicios de seguridad, solicitando la condena al pago de una serie de comisiones debidas en virtud del contrato de agencia que vinculaba a ambas. La demandada planteó, como motivo principal de oposición, la prescripción de la acción ejercitada por la actora. La actora considera de aplicación el artículo 1964 CC, que fija la prescripción de estas acciones en quince años, y no el artículo 1967.1.º

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, al considerar que la acción ejercitada, derivada de un contrato de agencia, estaba sometida a un plazo de prescripción de tres años, conforme a lo dispuesto en el artículo 1967.1.º CC, plazo que había transcurrido en el presente caso. Por su parte, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación formalizado por el demandante, por entender aplicable el mismo precepto que el Juzgado de Primera Instancia. En casación, el Tribunal Supremo desestima el recurso, al aplicar el plazo de tres años señalado. (*S.L.M.*)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Derecho a la intimidad y a la propia imagen. Comentarios en un programa televisivo relativos a una fotografía publicada por una revista en la que se proyectaba la imagen física de la actora con otra persona en la cama. El interés público de la información difundida no era elevado: la prevalencia de los derechos de información y la libertad de expresión es de escasa relevancia frente a los derechos a la intimidad y a la propia imagen.—Aunque se trate de una persona con proyección pública los comen-

tarios vertidos en relación a la fotografía publicada, no gozan de un interés público elevado, dado el contenido de los programas y de los datos difundidos que no estaban relacionados con su actividad profesional sino que afecta exclusivamente a su vida íntima. Tampoco los reportajes estaban directamente encaminados a la formación de la opinión pública, porque el interés general de la información a tenor de su contenido deviene, en consecuencia, exclusivamente del interés que suscita el conocimiento de la vida de personas con notoriedad pública social. Por ello, la prevalencia de los derechos de información y la libertad de expresión, en el caso considerado, de escasa relevancia, dada su escasa capacidad por su contenido, de ser susceptible de influir sobre la opinión pública libre.

La captación de las imágenes en el interior de su domicilio en una estancia destinada a la privacidad y descanso no fue consentida.—La captación de las imágenes tuvo lugar en el interior de su domicilio en una estancia destinada a la privacidad y descanso como es el dormitorio en compañía de una persona, que indudablemente afectaban la vida privada de la demandante al presentar aspectos de sus relaciones íntimas con otra persona y sin consentir en ningún caso la captación y reproducción de su figura física como así se declaró en la STS de 11 de noviembre de 2004 en orden a la fotografía controvertida.

Intromisión al derecho de la intimidad y a la propia imagen.—Los reportajes emitidos en los programas televisivos cuestionados implican nuevamente una vulneración de su derecho a la intimidad y la propia imagen, al verterse comentarios sobre la vida sentimental de la demandante que pertenecen a su esfera íntima, que en ningún caso puede estar amparados por la denominada doctrina de reportaje neutral al no cumplirse los requisitos exigidos señalados y que suponen una intromisión totalmente injustificada. Los usos sociales no justifican ni la indagación en los asuntos que pertenecen a la esfera exclusiva de otros ni la divulgación de su resultado con el fin de satisfacer el posible interés del público en este tipo de comentarios o revelaciones.

La proyección pública del ofendido o el hecho de que haya consentido anteriormente la revelación de ciertos aspectos de su vida privada no le privan de la protección de sus derechos.—El goce de pública celebridad, y el hecho que se haya podido consentir en ocasiones determinadas la revelación de aspectos concretos propios de la vida personal no privan al afectado de la protección de sus derechos fuera de aquellos aspectos a los que se refiera su consentimiento y solo tiene trascendencia para la ponderación en el caso de que se trate de actos de sustancia y continuidad suficientes para revelar que el interesado no mantiene un determinado ámbito de su vida como reservado para sí mismo o su familia, circunstancias que a tenor de lo anteriormente indicado no concurren en el presente caso.

Valoración del daño moral a tenor de los criterios fijados en el artículo 9.3 LO 1/1982. Ausencia de desproporción de la indemnización concedida o falta de equidad o desigualdad en relación con casos similares.—La sentencia recurrida declara que la indemnización se ha fijado atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 9.3 de la Ley 1/1982. No se aportan datos objetivos o precedentes que sean suficientes para justificar el incumplimiento o la defectuosa aplicación de los criterios establecidos en la LPDH, la notoria desproporción de la indemnización concedida, o su falta de equidad o desigualdad en relación con casos similares. (STS de 15 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En un programa televisivo de entretenimiento se realizan diversos comentarios en relación con una fotografía publicada en una revista de prensa en la que aparece la imagen de la futura demandante con otra persona en la cama. Se da la circunstancia de que en un anterior proceso ya se había declarado que la divulgación de dicha fotografía constituía una intromisión ilegítima en los derechos a la imagen y a la intimidad. La ofendida por dichos comentarios formula demanda solicitando un indemnización de daños y perjuicios. La sentencia de primera instancia estima la demanda y fija una indemnización de 600 euros. La Audiencia Provincial estima el recurso presentado por la demandante y eleva la indemnización a 30.000 euros. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*C.O.M.*)

4. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Colisión con la libertad de información. Necesidad de ponderar la intensidad y trascendencia con que uno y otro resulta afectado.—Un examen de las circunstancias del caso revela que, pese a que el actor sea una persona con proyección pública, pues goza de gran celebridad y conocimiento público, este conocimiento no deriva del ejercicio de funciones públicas o de la realización de actividades de especial trascendencia política o económica, sino de su actividad profesional como futbolista. Estamos, pues, ante un interés público relativo ya que la celebración del compromiso del actor con su prometida carece de trascendencia para la sociedad porque no afecta al conjunto de los ciudadanos ni a la vida económica o política del país, ni está directamente encaminado a la formación de la opinión pública, sino que los datos que se difundieron, no relacionados con la actividad profesional del recurrido, satisfacían el interés por conocer la vida íntima de las celebridades. Máxime cuando las pruebas practicadas acreditan la decidida voluntad del actor de dejar las interioridades de dicho evento fuera de la difusión informativa y conocimiento popular; y a tal fin se establecieron fuertes medidas de seguridad para impedir la entrada de toda persona ajena a la celebración, se rechazó repetidamente las ofertas de exclusiva y se comunicó por el actor a los medios que no habría reportaje o exclusiva de dicha celebración. (**STS de 15 de junio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor interpuso una demanda contra la revista H., S.A. y contra su director don G., por vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, como consecuencia de la publicación de un reportaje fotográfico realizado con motivo de la celebración del compromiso nupcial del demandante y su prometida, celebrado en un palacio francés de manera reservada y no pública. El actor afirmaba que la publicación del reportaje con fotografías, sin el consentimiento de los protagonistas, incluía aspectos íntimos de su vida privada que deseaba mantener al abrigo de la opinión pública. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y la Audiencia Provincial de Madrid acogió parcialmente el recurso de apelación de los demandados, rebajando sustancialmente el importe de la indemnización concedida. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación de los demandados. (*L.A.G.D.*)

5. Derecho al honor. Intromisión ilegítima del derecho al honor. Dadas las circunstancias del caso la libertad de información no puede prevalecer sobre el derecho al honor: el interés público de la información difundida no era.—La información difundida encuadrable en el género del entretenimiento o crónica social presenta interés, si bien derivado exclusivamente por conocer aspectos de la vida privada de personajes de notoriedad social. No obstante, el interés público del asunto no era elevado, dado el tono del programa de entretenimiento que no estaba encaminado a la formación de la opinión pública y los datos difundidos estaban dirigidos a dar a conocer aspectos de su vida íntima. Desde esta perspectiva el grado de afectación de la libertad de información es débil frente a la protección del derecho al honor.

La transmisión de la noticia sobre la infidelidad sin haber sido debidamente contrastada provoca una intromisión ilegítima en el derecho al honor.—El requisito de veracidad comporta que en el momento de verificar la información haya sido contrastada de forma diligente y se salvaguarde haciendo las reservas oportunas. Como declara la STS de 21 de marzo de 2011 la información no veraz sobre infidelidades conyugales puede dañar el honor no solo del cónyuge a quien se atribuye la infidelidad sino también el del cónyuge que la estaría soportando. En ese sentido, del primero se predica un comportamiento indebido y al segundo se le atribuye una situación socialmente considerada en general como humillante o digna de lástima, lesionándose así la dignidad de las personas afectadas o atentando contra su propia estimación, como prevé el artículo 7.7 LPDH . Por otra parte, la veracidad no sería elemento suficiente para despojar de gravedad a la vulneración, pues como declaró la STC 99/2002 aplicando el mismo criterio que la STC 112/2000: «revelar datos de la vida íntima de una persona puede implicar un menoscabo de su honorabilidad, pues su público conocimiento puede hacerla desmerecer en la consideración ajena». (STS de 29 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El litigio se origina por las declaraciones, vertidas en un programa televisivo de entretenimiento, en que las que se imputa al futuro demandante una infidelidad. El ofendido por dichas declaraciones formula demanda solicitando un indemnización de daños y perjuicios por el daño ocasionado a su honor. La sentencia de primera instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso presentado por la demandada al entender que dadas las circunstancias del caso no se había producido una vulneración del derecho al honor. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación (C.O.M.)

6. Ponderación entre el derecho al honor, en su vertiente del prestigio profesional, y las libertades de expresión e información.—Reiterada doctrina del Tribunal Supremo admite que el prestigio profesional forma parte del marco del derecho al honor, pero exige que el ataque revista un cierto grado de intensidad para que pueda apreciarse una trasgresión del derecho fundamental (entre otras, SSTS de 25 de marzo de 1993, 12 de mayo de 1995, 20 de marzo de 1997, 15 de febrero de 2000 y 18 de junio de 2007). El derecho al honor se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. La libertad de expresión tiene un campo más amplio que la libertad de información reservada a los profesionales del periodismo, porque

no comprende la narración de hechos, sino la emisión de opiniones personales. Pero no siempre es fácil separar la expresión de opiniones de la simple narración de hechos, pues la una se suele apoyar en la otra (SSTC de 26 de enero y de 23 de marzo de 2009). Cuando sea imposible separar los elementos informativos de los valorativos, habrá de atenderse al elemento preponderante a la hora de realizar el análisis (STC de 8 de junio de 1988). En caso de conflicto entre el derecho al honor y las libertades de expresión o de información, éste debe ser resuelto conforme a técnicas de ponderación (SSTS de 13 de enero de 1999, 29 de julio de 2005 y 22 de julio de 2008). En primer lugar, se debe tener presente la posición prevalente del derecho a la libertad de información y expresión sobre el derecho al honor, por exigencias del principio democrático (STS de 11 de marzo de 2009). En segundo lugar, se debe considerar que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aún cuando sea molesta o agresiva en su exposición (SSTEDH de 23 de abril de 1992 y de 29 de febrero de 2000 y SSTC de 17 de enero de 2000, 26 de febrero de 2001 y 15 de octubre de 2001). La ponderación debe tener en cuenta si la crítica se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de expresión es más intenso. La proyección pública se reconoce en general por diversas razones, como son la profesión, la relación con un importante suceso, la trascendencia económica y la relación social (STS de 17 de diciembre de 1997). La exposición voluntaria frente a los medios de comunicación permite hablar de la existencia de un interés público subjetivo. Eso sí, la libertad de expresión e información no engloba un derecho al insulto, de manera que la protección del derecho al honor debe prevalecer cuando se emplean frases o expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se exponen y, por tanto, innecesarias a este propósito (SSTC de 25 de noviembre de 1997, 17 de enero de 2000, 15 de octubre de 2001 y 28 de febrero de 2005, entre otras). Pero no toda expresión denigratoria hace prevalecer el derecho al honor. Cuando las expresiones son formalmente denigratorias hay que examinar el contexto en el que se produce la polémica suscitada, el sentido del discurso, su finalidad, etc., pues éstos pueden justificar dichas expresiones como ejercicio legítimo de la libertad de expresión en su vertiente del derecho a la réplica. Esto sucede, en general, en supuestos de tensión o conflicto laboral, sindical, deportivo, político o procesal, entre otros (SSTC de 26 de febrero de 2001 y 15 de octubre de 2005 y SSTS de 9 de septiembre de 1997, 7 de julio de 2004 y 23 de febrero de 2006). **(STS de 27 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D. Carlos interpuso demanda de protección de su honor contra D. Emiliano por las expresiones publicadas en un periódico de difusión provincial. Los artículos constituyen una crítica de la labor empresarial realizada por D. Carlos y de su modo de actuar.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de San Bartolomé de Tirajana de 21 de diciembre de 2007 estimó sustancialmente la demanda formulada declarando que los dos artículos publicados en dicho periódico constituían una intromisión ilegítima en el honor de la demandante, por lo que se condenaba al demandado a indemnizar al actor.

Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas dictó sentencia de 26 de febrero de 2009 estimó dicho recurso, absolviendo al demandado de las pretensiones ejercitadas contra él. Considera esta resolución: a) que las noticias publicadas interesan al público y a los consumidores en general al permitir conocer los entresijos de la competencia empresarial y las conductas que han merecido el reproche de los tribunales de un directivo de una organización empresarial hostelera con implantación en todas las islas; b) que el medio utilizado era lícito y se pretendía lograr la mayor difusión; y c) que las expresiones utilizadas no son objetivamente consideradas vejatorias y no están desconectadas de la idea que transmitían estas publicaciones.

El recurso de casación interpuesto por el demandante es desestimado por el Tribunal Supremo, por entender que la ponderación de los derechos fundamentales realizada por la Audiencia Provincial ha sido correcta. Precisa el Tribunal Supremo que, si bien los artículos objeto de enjuiciamiento contienen tanto elementos informativos como elementos valorativos, la naturaleza valorativa es preponderante. Existe un interés público, tanto subjetivo como objetivo, en el conocimiento de las ideas expuestas en los artículos periodísticos. En primer lugar, por la previa exposición voluntaria en los medios de comunicación del demandante, lo que implica asumir, desde el punto de vista negativo, el poder ser el centro de atención de críticas. En segundo lugar, por el derecho de los consumidores de conocer todo aquello que afecte a sus intereses, como son las malas prácticas empresariales que han sido objeto de sanción penal como delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Por último, si bien las expresiones empleadas en los artículos constituyen una crítica feroz, ésta está conectada con las ideas que se vierten y con el contexto en el que se producen, lo cual hace disminuir su significación ofensiva. (G.M.A.)

7. Derecho al honor: ponderación con la libertad de expresión e información.—El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. Cualquier conflicto entre tales derechos debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 19 de febrero de 2009, 6 de julio de 2009, 4 de junio de 2009, entre otras). La ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS de 11 de marzo de 2009). La protección constitucional alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4, 29/2009, de 26 de enero, FJ 4). La ponderación debe tener en cuenta que la libertad de expresión comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 4;

y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe «sociedad democrática» (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, § 42, y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España, § 43).

La ponderación debe tener en cuenta si la información o la crítica tiene relevancia pública o interés general en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales o se trata, simplemente de satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones (Observer y Guardian, Plon, Von Hannover y Alemania, SSTC 115/2000 y 143/1999 y SSTC de 5 de abril de 1994, 7 de diciembre de 1995, 29 de diciembre de 1995, 8 de julio de 2004, 21 de abril de 2005). 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. Cabe el denominado reportaje neutral (STC 76/2002 de 8 de abril) y en este caso la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración. 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 (SSTC 127/2004, de 19 de julio; 198/2004, de 15 de noviembre, y 39/2005, de 28 de febrero, entre otras).

No se aprecia la existencia de una vulneración del derecho al honor en el caso examinado, pues estamos en presencia del ejercicio de la libertad de expresión e información que prevalecen en abstracto frente al derecho al honor del demandante en una sociedad democrática. Un examen de las circunstancias del caso revela que el demandante como la persona que lo acompañaba, la modelo B, gozan de proyección pública tanto por su actividad profesional como por su posición social, habiendo mantenido ambos una relación sentimental, momento a partir del cual su notoriedad social se acentuó. El interés general de la información deviene del interés que suscita como crónica de sociedad el conocimiento de aspectos de relevancia pública de la vida de personajes públicos; aunque esa información posea moderada capacidad de influir en la formación de una opinión pública libre, los personajes públicos poseen interés social. En el presente caso y a tenor del contenido de la información publicada, el objeto de la misma no es directamente el demandante CA, pues tiene como base su presunto encuentro sentimental fugaz con otra persona, la modelo B, una vez confirmada públicamente su ruptura, así como la necesidad de ingreso en un centro hospitalario de la modelo a consecuencia del consumo de sustancias estupefacientes en el desarrollo de dicho encuentro. En consecuencia, en el caso de autos el objeto de la noticia se centra en la modelo B y en su posible adicción al consumo de sustancias tóxicas. Por su lado, no ha quedado desacreditada la realidad del encuentro ni la necesidad de ingreso hospitalario de B, ni su posible adicción a sustancias tóxicas que la misma había declarado públicamente con anterioridad, entrando en el campo de la libertad de expresión del informante la calificación como desenfrenado del encuentro deducible de las circunstancias posteriores concurrentes; y, por tanto, el elemento de la veracidad no adquiere relevancia o entidad suficiente en la ponderación realizada. Este punto de la pondera-

ción de los derechos en conflicto no permite declarar que prevalece el derecho al honor, sobre la libertad de expresión e información, pues el grado de afectación del primero no es suficiente para enervar la prevalencia que ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información. Por lo demás, tampoco desde el ángulo del posible carácter injurioso, insultante o desproporcionado puede ser revertido el juicio de ponderación que realizamos. (STS de 20 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—CA interpuso demanda contra un portal de Internet vinculado a una empresa del sector de los medios de comunicación, por considerar que las declaraciones contenidas en una página Web sobre un encuentro que había tenido en Ibiza con la modelo B habían vulnerado su derecho al honor. La página Web gestionada por la demandada expresaba que se había tratado de un «encuentro desenfrenado en el que circularon todo tipo de sustancias». Las declaraciones también hacían referencia a que al día siguiente ambos viajaron en un avión privado y que la modelo presentaba un estado lamentable y tuvo que ser ingresada en un hospital.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 41 de Madrid desestimó la demanda mediante sentencia de 19 de febrero de 2008. Interpuesto recurso de apelación por parte de CA, la sentencia de 25 de mayo de 2009 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid lo estimó y condenó al portal de Internet a indemnizar al demandante el daño causado por intromisión ilegítima en su derecho al honor. La demandada recurre en casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

8. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Colisión con la libertad de información. Condiciones del denominado «reportaje neutral» y del «periodismo de investigación».—Para considerar el trabajo de los reporteros como «reportaje neutral» es preciso que el objeto de la noticia se halle constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTC 15 de febrero de 1994 y 26 de marzo de 1996). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo las declaraciones, o si el medio informativo reelabora las mismas; como tampoco cuando el medio provoca la noticia a través del denominado «periodismo de investigación». En esta clase de reportajes se establecen importantes limitaciones cuando se emplea el sistema de cámara oculta, a efectos de que prevalezca la libertad de información, que se caracteriza porque las personas cuya actuación es filmada lo desconocen y, precisamente por ello, se comportan con una naturalidad que en otro caso no tendrían (SSTS de 20 de mayo de 2010, 16 de noviembre y 16 de enero de 2009).

Libertad de información. Validez del reportaje con cámara oculta cuando trata de poner de manifiesto un comportamiento engañoso y falso. No existe intromisión ilegítima en el honor o intimidad de las personas grabadas.—El reportaje aborda una temática de relevancia social e interés general, centrado en el hecho de informar de los posibles fraudes y falta de equidad en la elección de las participantes en un certamen de belleza, que intenta poner de manifiesto la conducta falaz de los miembros del jurado

y de los organizadores. De suerte que, a tenor de la gravedad de los hechos revelados, la imagen de los demandantes era un elemento imprescindible para la finalidad informativa, a efectos de determinar si tenía o no conocimiento de tales hechos y los consintieron, que de otro modo no habría sido posible.

Derecho a la propia imagen. Exclusión de las personas jurídicas.—El derecho a la propia imagen sólo tiene sentido en relación con la persona física. Los signos asociados a la imagen de las personas jurídicas, como parte de su activo cultural, están protegidos mediante la regulación de la propiedad intelectual e industrial, cuya vulneración no comporta pro sí misma la infracción de un derecho fundamental (**STS de 15 de junio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los actores, don Silvio y la mercantil C.M.E., S.L., demandaron a la productora televisiva C.M.P.A., S.A., y a don Juan, don Alejo y doña Graciela, en el ejercicio de la acción de protección del derecho al honor, intimidad e imagen con motivo de la elaboración de un reportaje en el que una periodista, sin cumplir los requisitos exigibles, se hizo pasar por candidata al certamen de Miss A., obteniendo previo pago de una importante suma de dinero, la elección que le permitía concursar en el certamen nacional. Para ello se valieron de grabaciones de conversaciones e imágenes mediante el sistema de cámara oculta en el que quedó registrada la intervención de los demandantes en los ardidés y componendas señalados. El reportaje obtenido fue comunicado públicamente mediante la emisión de dos programas de televisión en una cadena de alcance nacional en horario de máxima audiencia, con tertulias posteriores con diversos invitados obteniendo una gran difusión y audiencia. Los actores consideraron que dicho comportamiento suponía una intromisión ilegítima en su honor, intimidad e imagen y solicitaron una sustanciosa indemnización. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Madrid desestimaron la demanda y absolvieron a los demandados de todos los pedidos deducidos en su contra. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación de los demandantes. (*L.A.P.M.*)

9. Títulos nobiliarios. Sucesión de título nobiliario entre colaterales. Aplicación del principio de propinquidad.—Es doctrina consolidada de esta Sala que la sucesión de un título nobiliario entre parientes colaterales del fundador o último poseedor legítimo (cuando éstos carecen de parientes en línea recta descendente) ha de regirse exclusivamente por el principio de propinquidad y no por el de la representación (STS de 22 de octubre de 2009). En aplicación del principio de propinquidad —o de mayor proximidad—, si ambos litigantes se encuentran situados en el mismo grado de parentesco con el último poseedor legal, es el de mayor edad quien ostenta el derecho a la posesión del título (SSTS de 15 de abril de 2005 y 26 de febrero de 2010).

Aplicación de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad de hombre y de la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios a los expedientes administrativos en curso a la entrada en vigor de la Ley.—De acuerdo con lo sentado en la STS del Pleno de la Sala, de 3 de abril de 2008, la D.T. Única, apartado 3 de la Ley 33/2006, se refiere no sólo a los

expedientes administrativos sobre títulos nobiliarios y a los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones dictadas por la Administración, sino también a los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil. Debiendo tenerse en cuenta igualmente que dicho apartado de la D.T. Única atiende a la circunstancia objetiva de que el proceso esté pendiente de resolución en la instancia o en vía de recurso, y no ser firme la sentencia en el momento de la entrada en vigor de la L.I.T.N. (**STS de 20 de julio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Bernardino demandó a su primo hermano don José pidiendo se declarara su mejor y preferente derecho a ostentar el título nobiliario dejado a la muerte de la última titular, a la sazón tía carnal de la madre y del padre respectivamente de actor y demandado. Los progenitores de los litigantes, hermanos entre sí, habían fallecido con anterioridad a la última titular, la cual no había dejado descendencia alguna. Por este motivo, en vía administrativa le fue otorgado el derecho al uso del título al demandado, en virtud del principio de varonía. Sin embargo, el actor estimaba que era aplicable al caso la Ley 33/2006, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, de suerte que siendo él hijo de la primogénita, debían aplicarse los principios de primogenitura y representación y, conforme a ello, debía serle atribuido el uso de la dignidad en litigio. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Badajoz estimó el recurso de apelación del demandante. El Tribunal Supremo, no dio lugar al recurso de casación del demandado, no obstante varió la *ratio decidendi* del asunto y consideró aplicable al caso el principio de propinquidad o proximidad de grado y, en igualdad de grado, como era el caso, el de primogenitura. (*L.A.G.D.*)

10. Títulos nobiliarios. Prescripción adquisitiva: día inicial del plazo para usucapir en los casos de vencimiento en juicio del rehabilitador de un título nobiliario.—Este día no comenzará a correr desde la sentencia firme del litigio, sino desde que dicho vencedor obtenga el Real despacho correspondiente a que se refiere el artículo 37 de la Real Orden de 21 de octubre de 1922 dictando reglas para dar cumplimiento a lo prevenido en el artículo 18 del Real Decreto de 8 de julio del mismo año relativo a Grandezas y Título, entre la fecha de firmeza de la sentencia y la fecha de este Real despacho se da una situación interina sin ningún poseedor real y efectivo del título.

La Carta de Sucesión autoriza para el uso legal u oficial del título nobiliario, pero no condiciona una posesión real o material anterior a su expedición.—En este sentido, STS 3 de noviembre de 2009.

Orden sucesorio en la línea colateral: principio de propinquidad.—Es doctrina consolidada que la sucesión de un título nobiliario entre parientes colaterales del fundador o del último poseedor legítimo, cuando estos carecen de parientes en línea recta descendente, ha de regirse exclusivamente por el principio de propinquidad (pariente en grado más próximo de cualquier persona que se tomara como referencia) y no por el de representación (SSTS 15 de diciembre, 22 de octubre de 2009 y 26 de febrero de 2010) (**STS de 22**

de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El actor reclamó a la demandada, su mejor derecho genealógico a ostentar un título de marqués. El juzgado desestimó la demanda. La sentencia la recurrieron ambas partes y la audiencia desestimó el recurso del demandante al haber transcurrido el plazo de cuarenta años, de prescripción adquisitiva del título de marqués a su favor, aunque revocó parcialmente la misma. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el actor (*I. D.-L.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

11. Novación extintiva de las obligaciones y término esencial. No cabe novar la obligación cuando el plazo para el cumplimiento se ha configurado como esencial y ha sido rebasado con creces. El no cumplimiento antes de la fecha acordada como esencial determina un incumplimiento absoluto que justifica la declaración de resolución del contrato.—Una vez rebasada la fecha pactada sin que se hubiera implantado el sistema informático, siendo aquélla esencial, mal puede hablarse de novación, pues se había producido un incumplimiento definitivo que llevaba a entender que no existiría cumplimiento futuro y que permite al cedente ejercer la facultad resolutoria. Mientras no llegó el plazo esencial e incluso posteriormente, pero cuando aún podía esperarse que se alcanzaría el cumplimiento para la implantación del programa informático con las finalidades expresadas en el contrato, la abstención en instar la resolución resulta lógica. Pero el contenido del documento firmado más de tres meses después de la llegada del plazo, permitía a la actora concluir que el contrato no llegaría a cumplirse, razón por la cual procedió a su resolución. Sin que los sucesivos aplazamientos tolerados por la acreedora constituyeran una novación o modificación del plazo, que hubiera requerido un pacto expreso en tal sentido, pues de aceptarse la tesis contraria, la de la deudora se hubiese convertido en una obligación sin plazo determinado, siendo así que en el contrato se pactó el término como esencial al estar ligado a la implantación del euro. (**STS de 8 de julio de 2011;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La mercantil C.I. 21, S.A. demandó a A.C., S.A., pidiendo la resolución del contrato que les vinculaba y la devolución de las cantidades abonadas a cuenta del servicio comprometido y no prestado, así como la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de la demandada. Por su parte, A.C., S.A. se opuso y formuló reconvencción solicitando el pago de las cantidades pendientes. La actora había suscrito un contrato de asistencia técnica por el cual la demandada debía crear e instalar un programa informático en el grupo de empresas de la primera, así

como capacitar al personal correspondiente para el adecuado manejo del mismo, de forma que respondiese a las necesidades presentes y futuras del grupo empresarial. Todo ello con el objeto de adaptar el funcionamiento técnico de las mismas a la entrada en vigor del euro, por lo que se fijó como último día del plazo el 1 de enero de 2002. En junio de dicho año, dados los retrasos en los trabajos, y la implantación del sistema en una sola de las once empresas, se firmó un nuevo documento para fijar la finalización del trabajo pendiente. Pese a ello, dos meses después C.I. 21 instó judicialmente la resolución contractual. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y desestimó la reconvencción. La Audiencia Provincial de Sevilla acogió el recurso de apelación de la demandada y declaró resuelto el contrato pero sin indemnización, al considerar que el documento firmado constituía una novación del plazo inicialmente pactado. (L.A.G.D.)

12. Compraventa civil. Resolución contractual. Aceptación de la resolución extrajudicial. El destinatario de la resolución extrajudicial ostenta legitimación para instar judicialmente la declaración de que la relación contractual ha quedado resuelta.—La jurisprudencia ha interpretado el artículo 1.124 CC en el sentido de entender que permite el ejercicio de la facultad resolutoria mediante declaración extrajudicial dirigida a la parte incumplidora. Fue la compradora quién decidió resolver el vínculo, comunicándolo a la otra contratante, la cual se limitó a dar su conformidad con tal decisión. Por ello, lo que la vendedora pretendió en la demanda fue que se declarase resuelta la venta, pero no a su iniciativa, sino por haberlo decidido previamente la compradora. Carece de justificación, por lo tanto, atribuir a la vendedora la iniciativa en la resolución y, consecuentemente, negar su legitimación para resolver el vínculo o la concurrencia de los requisitos que serían precisos para aplicar el artículo 1.124 CC.

Carácter unilateral de la resolución contractual.—La declaración de la voluntad de resolver un vínculo contractual, con fundamento en el artículo 1.124 CC, tiene naturaleza unilateral, pues produce sus efectos sin necesidad de que la otra parte la acepte. Ahora bien, como recepticia que es, basta con que la conozca su destinatario, o que se den los supuestos de equivalente al conocimiento que nuestro ordenamiento admite, para que produzca efecto. Por ello, desde que la vendedora conoció la declaración de resolver el contrato, emitida por la compradora, la resolución produjo sus efectos específicos.

Instada la resolución no cabe optar por el cumplimiento del contrato.—La interpretación más razonable del artículo 1.124 CC, en cuanto a la opción que concede, permite concluir que instada la resolución contractual no cabe variarla por el cumplimiento (aquí si rige el aforismo «una vía electa *non datur recursus ad alteram*», pues ambas partes, de hecho, admiten así la extinción contractual, una por no cumplir y la otra por resolver. (STS de 27 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La sociedad compradora optó por resolver el vínculo contractual por considerar que la vendedora no había cumplido lo estipulado. Así se lo comunicó a la vendedora a la vez que le reclamaba la aplicación de la cláusula prevista para el caso de

incumplimiento de las obligaciones del contrato de compraventa. La entidad vendedora aceptó la resolución, pero negó que hubiera incumplido lo convenido. Razón por la que exigió que los efectos de la ineficacia del contrato se limitaran, conforme a lo convenido para el supuesto de incumplimiento de la compradora, a la extinción del derecho de ésta a recuperar la parte del precio que ya había entregado. En otro proceso, la vendedora fue demandada por un tercero, que le reclamó la entrega de la parte del precio que la compradora le había anticipado al firmar el documento privado de compraventa, pues alegó que había sido él, de acuerdo con aquélla, quien realmente había abonado la suma. La vendedora entregó a dicho tercero la cantidad que le reclamaba por considerar que la relación de compraventa había quedado resuelta y que no tenía derecho a retener en su poder aquella suma. Posteriormente la compradora cambió de voluntad y decidió exigir el cumplimiento del contrato de compraventa. En este estado de cosas, la entidad vendedora insta judicialmente la declaración de que la relación contractual había quedado resuelta, por decisión de la compradora, no rechazada por ella. Por su parte la compradora reconviene y solicita judicialmente la condena de la vendedora al cumplimiento de la compraventa. En las dos instancias la demanda fue estimada y desestimada la reconvenición. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación (*C.O.M.*)

13. Indemnización daño emergente. Distinción daño emergente y lucro cesante.—La jurisprudencia de esta Sala considera que la amplia dicción del artículo 1106 CC justifica que el resarcimiento abarque todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia entre la actual situación de su patrimonio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por la disminución efectiva del activo, ya por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito (SSTS de 10 enero de 1979, 6 de octubre de 1982 y 2 de abril de 1997). De otro lado, al distinguir el daño emergente del lucro cesante, la STS 31 de mayo de 2007 declaró que la depreciación de una vivienda es daño emergente, y no lucro cesante, porque su valor en venta es un elemento patrimonial con múltiples repercusiones en aspectos como la obtención de crédito o el pago de impuestos; y la STS 30 de octubre de 2007, invocando la STS 14 de julio de 2003, precisó que, a diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el hecho dañoso.

Interés legal.—El daño derivado de la inmovilización o falta de rendimientos de una determinada cantidad de dinero durante un periodo de tiempo determinado (...) causado en el incumplimiento contractual de la parte demandada, con un efecto perjudicial para la parte cumplidora (...) la pretensión de indemnización correspondientes al interés legal de aquella cantidad durante 347 días, se ajusta a lo que disponen los artículos 1101 y 1106 CC según vienen siendo interpretados por esta Sala, y la sentencia recurrida los infringió al someter esa pretensión a un criterio restrictivo propio del lucro

cesante que, en el presente caso, carecía de justificación por no fundarse la pretensión en ningún pronóstico o presunción sino en hechos ya sucedidos, alegados en la demanda y probados según la propia sentencia recurrida. **(STS de 17 de julio de 2011;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La compañía mercantil S realizó con la también compañía mercantil N un contrato de compromiso de constitución y ejecución de un derecho de superficie con el fin de realizar una vía de servicio para la construcción de una gasolinera. La compañía mercantil S presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Madrid contra la compañía mercantil N por incumplimiento contractual al no ejecutar la vía de servicio de la gasolinera y tener que hacerlo por ella la demandante. La cuestión a decidir es si constituye o no un daño resarcible por la demandada la inmovilización o falta de productividad del capital invertido por la demandante en la construcción de la gasolinera (900.017,66 euros) durante los 347 días en que no pudo funcionar precisamente por el incumplimiento de la demandada.

El Juzgado estimó en parte la demanda y condenó a N a indemnizar a la actora en la cantidad de 42.000 euros correspondientes al interés legal del dinero de 900.017,66 euros, pero no estimó la demanda en cuanto al coste de la propia ejecución de la vía de servicio soportada por la propia demandante. Interpuestos por ambas partes recursos de apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la mercantil demandada N y estimó parcialmente el formulado por la demandante, en el único sentido de estimar sólo el coste de la propia ejecución de la vía de servicio por un importe de 163.353,86 euros. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación formulado por la mercantil demandante añadiendo al importe de la condena la cantidad de 36.397,17 euros correspondientes al interés legal en concepto de lucro cesante. (*M.C.S.*)

14. Lucro cesante: concepto y doctrina jurisprudencial.—Lucro cesante, objeto de indemnización conforme al artículo 1106 del Código civil («... ganancia que haya dejado de obtener el acreedor...»), «sin que quepa incluir eventos de futuro no acreditados rayanos en los conocidos sueños de ganancia», como dice la sentencia de 24 de abril de 1997, «... de esperar en el desarrollo normal de las circunstancias del caso...», añaden las sentencias de 15 de julio de 1998 y 29 de diciembre de 2000 y «no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna», expresan las sentencias de 5 de noviembre de 1998 y 2 de marzo de 2001 y «no puede ser dudoso o incierto, de ahí que deban rechazarse las ganancias contingentes o fundadas en mera esperanzas o expectativas sin sustento real», como dice la sentencia de 29 de diciembre de 2000; «el lucro cesante presenta un alto grado de indeterminación, con lo cual se plantea la búsqueda de un criterio válido para dilucidar cuando nos encontramos ante una hipótesis de lucro cesante, de ganancia verdaderamente frustrada y cuándo estaremos ante una mera esperanza imaginaria, dudosa y contingente»: así se expresa las sentencias 19 de enero 2006 y 12 de diciembre de 2006.

El lucro cesante precisa la prueba de la ganancia dejada de obtener, en el sentido de la prueba del perjuicio que sufre el acreedor en su patrimonio, por no tener lugar el aumento patrimonial que se habría producido. No comprende, pues, los «sueños de fortuna», sino las ganancias que probadamente se hubieran producido, de no mediar el incumplimiento imputable al deudor.

Facultad moderadora ex del artículo 1103 CC: no discutible en casación.—Por tanto, se ha cumplido estrictamente el artículo 1106 del Código civil y la jurisprudencia que lo aplica y no se ha infringido el artículo 1103 cuya norma que prevé la moderación de la responsabilidad por culpa «constituye una facultad discrecional del órgano jurisdiccional, por lo que, en principio, está vedado su acceso casacional», como dicen las sentencias de 17 de noviembre de 1995 y 20 de mayo de 2004, « facultad discrecional, exclusiva de la instancia excediendo del ámbito propio de la casación», reitera la de 29 de septiembre de 2005 con cita numerosas sentencias anteriores y que reiteran de nuevo las de 11 de octubre de 2005, 22 de enero de 2007, 19 de julio de 2007 y 10 de octubre de 2007 si bien estas últimas advierten que cabe la revisión en casación, cuando se ha dado una «desproporción notoria» o una aplicación con criterio contrario al «ponderado, racional y lógico», que no es, desde luego, el caso presente. (STS de 20 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—En una compraventa mercantil de cosa futura, la compradora A pide, en primer lugar, la transmisión y entrega de la cosa vendida y, en segundo lugar, subsidiariamente, la resolución del contrato más compensación por la no entrega del local comercial que valora en la diferencia de precio que pagó y el que obtendría de un terreno actualmente, lo que no es otra cosa que el lucro cesante. La vendedora B ejercita acción reconvenzional pidiendo la nulidad del contrato por falta de objeto cierto al no haberse determinado la cabida.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la reconvenzional y estima parcialmente el recurso declarando la resolución del contrato más daños y perjuicios por la falta de entrega del bajo comercial, estimados —en virtud de la facultad moderadora del artículo 1103 CC— en una suma X correspondiente pericialmente al 80% del valor reclamado. Comprador y vendedor recurren en apelación pidiendo respectivamente la validez del contrato y su nulidad, sin embargo la Audiencia Provincial confirma la sentencia de Primera Instancia. La compradora entonces interpone recurso de casación reclamando una mayor cuantificación de la indemnización, comprensiva del lucro cesante, desestimado por el Tribunal Supremo. (A. F.)

15. Daño moral contractual. Criterios de delimitación del alcance de la obligación de indemnizar.—La jurisprudencia ha admitido la indemnización del daño moral en caso de responsabilidad contractual. Sin embargo, este reconocimiento no tiene un alcance absoluto, esto es, no todo daño moral debe ser indemnizado por el que lo causa, sea en el ámbito contractual que en el extracontractual. El daño moral, que no tiene carácter punitivo, debe, además, ser demostrado.

Centrándonos en el daño moral contractual, el alcance concreto de la obligación de reparación debe ser delimitado en función del contenido del contrato y de los criterios normativos de imputación objetiva que resultan del ordenamiento jurídico. Pues bien, para entender excluida la obligación de responder por daños morales, tiene suficiente relevancia el hecho de que en un contrato de contenido predominantemente económico no se halle prevista y no se infiera de su contenido y consecuencias conforme a la buena fe, al uso y a la ley una obligación especial de diligencia para cubrir todos o algunos de los posibles daños morales derivados del incumplimiento.

Daño moral. Concepto y fundamento normativo.—El daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido.

La indemnización del daño moral se basa en reglas específicas o en las generales de responsabilidad contractual o extracontractual de los artículos 1101 y 1902 CC.

Responsabilidad de los agentes de la edificación. Indemnización del daño moral. Fundamento normativo.—En la presente sentencia el TS parece admitir la indemnización del daño moral causado por los vicios de la construcción.

Y así, apunta que el artículo 1591 CC bajo el concepto «daños y perjuicios» no excluye ninguna tipo de daños vinculados causalmente a una defectuosa construcción. El Tribunal Supremo cita las SSTs de 31 de octubre de 2002 y 7 de marzo de 2005, que negaron la posibilidad de indemnizar el daño moral como consecuencia de vicios ruinógenos; el Alto Tribunal, en la presente sentencia, apunta como posible causa de la falta de indemnización del daño moral en dichos casos que no había daño moral alguno.

La indemnización del daño moral no puede basarse, sin embargo, en la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación que, en su artículo 17, se refiere exclusivamente a los daños materiales, sobre los cuales instrumenta la responsabilidad civil de los que intervienen en la ejecución, poniendo fin a una tendencia expansiva del concepto de daños que se había producido en la jurisprudencia. Así pues, a la hora de reclamar la indemnización del daño moral deberá hacerse por medio de las acciones generales de responsabilidad contractual o extracontractual, en su caso. El Alto Tribunal aprovecha la ocasión para criticar el sistema que se crea de este modo, pues afirma literalmente lo siguiente: «En la práctica supone combinar un doble régimen jurídico distinto y confuso en cuanto a la acumulación de acciones, legitimación, criterios de imputación y plazos existentes para reclamar las indemnizaciones, incluso cómputo de los mismos, lo que sin duda no parece conforme con un sistema que pretende la reparación integral del daño ni beneficia a quien lo sufre» (FD.º 5.º). (STS de 15 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El 29 de abril de 1997 la Cooperativa demandante celebró un contrato con la empresa demandada para la ejecución de 128 viviendas en altura, con plaza de garaje; en el contrato se designaba como director de obras al arquitecto codemandado.

Las viviendas se entregaron en noviembre de 1999, presentando numerosas deficiencias.

La Cooperativa ejerció acción de responsabilidad por vicios ruinógenos y reclamación de cantidades contra la empresa constructora y la dirección facultativa de las obras. La acción se basaba en el artículo 1591 CC y en la cuantía de la demanda se incluía un determinado importe en concepto de daños morales.

La sentencia de Primera Instancia estimó en parte la demanda. En concreto, y en relación con los daños morales, la indemnización por este concepto se concedió en parte.

La sentencia de apelación desestimó el recurso de los demandados, basado en la falta de legitimación de la Cooperativa para reclamar los daños patrimoniales derivados de los vicios ruinógenos y los morales; la Audiencia estimó en parte el recurso de la demandante, aumentando la cuantía de los daños morales indemnizables.

La empresa constructora demandada interpone un recurso extraordinario por infracción procesal, que es desestimado, y uno de casación que el Tribunal Supremo estima. En concreto, el Alto Tribunal considera que en el caso concreto no hay daño moral indemnizable, pues de ninguno de los datos fácticos que refiere la sentencia resulta una realidad especialmente grave que permita apreciar una situación de molestia, disgusto, aflicción o perturbación de alguna entidad determinante de una indemnización distinta del daño material. En concreto, los cooperativistas no se han visto privados de sus viviendas, ni de ninguno de sus elementos comunes. Tampoco considera aplicable la doctrina *in re ipsa loquitur* pues el daño moral que se invoca debe ser demostrado y dicha regla sólo puede ser aplicable a aquel incumplimiento que evidencia por sí mismo la existencia de un menoscabo de esta naturaleza desligado de la esfera económica. (B. G. F.)

16. Cláusula penal.—En virtud de la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo relativa al artículo 1154 CC, la facultad de moderación judicial prevista por el precepto citado no puede entrar en juego cuando se declare que el incumplimiento es total.

La aplicación de dicha jurisprudencia, esto es, la decisión sobre si procede o no hacer uso de tal moderación, es una facultad que no puede ni debe ser alterada en vía casacional cuando se basa en una valoración lógica y racional asentada en bases fácticas incontrovertibles. (STS de 6 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Las partes en litigio habían celebrado un contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda; en el contrato se había fijado una cláusula penal aplicable para el caso de resolución del contrato por causa no imputable a la parte arrendataria.

La arrendataria demandó a la arrendadora solicitando que se declarase resuelto el contrato por incumplimiento de la demandada—arrendadora y el consiguiente pago de la indemnización fijada en la cláusula penal. La demandada reconvino.

El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvencción.

La Audiencia estimó en parte el recurso de apelación formalizado por la demandada. El Tribunal entendió que el incumplimiento había sido parcial, por lo que hizo uso de la facultad moderadora prevista en el artículo 1154 CC.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandante, que combatía la utilización de la facultad de moderación judicial ejercida por la Audiencia, porque se sustentaba en un hecho no probado, cual es el carácter total del incumplimiento de la demandada. (B. G. F.)

17. Acción subrogatoria. Legitimación pasiva y efectos.—La cuestión central de la presente litis, como *quaestio iuris*, es el alcance y efecto de la acción subrogatoria, que contempla el primer inciso del artículo 1111 del Código civil, como medio de protección del crédito en la que el acreedor ejercita las acciones del deudor para «obtener un incremento del patrimonio del mismo, a fin de conseguir la satisfacción del crédito» (STS de 25 de noviembre de 1996). No es una acción directa, sino como dice la doctrina científica, una acción oblicua (como dice la anterior sentencia reiterando la de 30 de abril de 1990). Acción que se dirige no contra el deudor sino contra el deudor de su deudor, *debitor debitoris*. La sentencia de 6 de noviembre de 2008 reitera lo anterior y dice: «La acción subrogatoria, en caso de su prosperabilidad, produce el efecto de incrementar la hacienda del deudor, toda vez que fue esgrimida precisamente por la inactividad o el desacierto de éste, con la finalidad de que pudiera ser satisfecho el crédito; pero producido el mentado efecto, el acreedor deberá exigir al deudor que le abone lo debido, es decir, el cumplimiento de la obligación, y será protegido porque con el ejercicio de tal acción ha incrementado los bienes del deudor, pero no tiene preferencia alguna en la satisfacción de su crédito. Destacada doctrina científica ha considerado que el bien ingresa primeramente en el patrimonio del deudor y ahí puede ser agredido por el acreedor que ejercitó la acción subrogatoria o por otros, según las reglas de concurrencia de créditos, si bien debe primeramente resarcirse el acreedor que ejercitó la acción subrogatoria de los gastos del pleito. Permanece vigente la doctrina jurisprudencial integrada por la sentencia de 25 de noviembre de 1996, citada en el motivo, según la cual mediante la acción subrogatoria el bien ingresa en el patrimonio del deudor, sin que se pueda entregar el mismo al acreedor, que ejercitó dicha acción, en el mismo procedimiento, y sin que dicho acreedor ostente ninguna preferencia por este hecho» (en la misma línea, la STS de 25 de marzo de 2011). El acreedor que ejercita la acción subrogatoria está colocado («subrogado») en el puesto del deudor, se «subroga», como titular del crédito exigible, contra el deudor de éste (subrogado), siendo así que el deudor principal esté inactivo en perjuicio del acreedor que, por ello, ejercita dicha acción subrogatoria. De todo lo dicho, aparece como consecuencia que el acreedor, «subrogado» en el puesto de su deudor, puede exigir del deudor de éste, *debitor debitoris*, el cumplimiento, la resolución o la indemnización y tal deudor, *debitor*, no sólo es el que contrató con él (permutante en el presente caso), sino también el que adquirió del anterior (comprador en este caso) la finca, consciente de que se mantenía la obligación de entrega de dos casas. En definitiva, esta acción alcanza no sólo al permutante, MHV, sino también al adquirente de éste, MHD. Partiendo de los conceptos anteriores, el motivo primero de casación se refiere al cumplimiento del contrato, cumplimiento que se ampara en el artículo 1124 del Código civil. En el contrato de permuta se obligó el contra-

tante que adquirió la finca, a entregar a cambio dos casas; cumplimiento que no se peticiona en este motivo del recurso porque una de las dos, la que dio lugar a la finca registral 72.306, fue adquirida a título oneroso de buena fe por terceros. Por ello, en el motivo se alega infracción del artículo 1124 del Código civil por no haber ordenado el cumplimiento de la obligación de entrega al que adquirió la finca 53.738, que sigue siendo titularidad de MHD. El motivo se estima. **(STS de 19 de julio de 2011; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Siendo deudora de una importante cantidad de dinero a la Agencia Tributaria estatal, la empresa P permutó un terreno con MHV a cambio de dos casas a construir mediante escritura pública de fecha 6 de febrero de 1998. El día 25 de mayo de 1999 MHV vendió el terreno a MHD sin haber hecho entrega de las casas a P. Tras una división del terreno, a P le correspondió la finca registral 72.306, la cual fue vendida posteriormente a terceros de buena fe, y la finca registral 53.738 que, no obstante, no fue reclamada por la permutante P. En fecha 7 de mayo de 2003, la Agencia Tributaria hizo la «declaración de fallido» de P por «ausencia de bienes». Posteriormente el Abogado del Estado interpuso demanda contra MHV y MHD por la que solicitó la condena a entregar a la permutante las casas previstas en el contrato de permuta o, subsidiariamente, la rescisión del contrato de permuta. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Málaga estimó en parte la demanda mediante sentencia de 15 de junio de 2005, declaró rescindida la permuta y condenó a MHV a indemnizar a P, tras considerar imposible la restitución del solar como consecuencia de la existencia de terceros adquirentes de buena fe. Interpuesto recurso de apelación, la sentencia de 21 de marzo de 2007 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga lo desestimó. La Agencia Tributaria recurre en casación y solicita la condena a MHV y MHD a entregar a P la finca registral 53.738 con base en la acción subrogatoria prevista en el primer inciso del artículo 1111 del Código civil y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. *(J. M. B. S.)*

18. Promesa de compraventa. Diferencia con la compraventa perfecta. Obligación de poner en vigor el precontrato bilateral.—La promesa bilateral de vender y comprar es difícilmente distinguible del contrato típico de compraventa. La jurisprudencia ha destacado la interpretación restringida de este precepto (STS de 18 de julio de 2006), y la necesidad de atender a la voluntad de las partes (STS de 22 de abril de 1995), y los efectos vienen a ser los mismos de la compraventa, si consta que ésta fue la verdadera intención de las partes (STS de 6 de julio de 2000), si bien son figuras distintas (STS de 20 de abril de 2001). El precontrato bilateral —como el presente— implica que ambas partes tienen el deber y el derecho de poner en vigor el contrato comprometido (STS de 14 de diciembre de 2006), dentro del plazo pactado. Y al no haberse llevado a cabo dentro del plazo previsto, no puede la parte compradora exigir la puesta en vigor del precontrato bilateral de promesa de vender y comprar.—**(STS de 24 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La sociedad actora había celebrado un acuerdo con los demandados al que denominaron «contrato de promesa de compraventa», por el cual la primera prometía comprar a la segunda, que prometía vender, un paquete accionario de la sociedad que formaban los demandados. Se entregó a cuenta la cantidad de 30.000 € y se estableció que, de no formalizarse la compraventa en escritura pública en la fecha pactada, con pago de la parte del precio pendiente de abono, por causa imputable a la compradora, ésta perdería la cantidad entregada y la promesa suscrita quedaría sin efecto. Días después de cumplirse la fecha acordada sin que se formalizara el contrato y se pagara la cantidad pendiente, la parte vendedora comunicó a la compradora la caducidad del acuerdo. La compradora demandó a los vendedores solicitando la formalización del contrato y la entrega del objeto del mismo y, subsidiariamente, la devolución de la cantidad adelantada, al considerar que existía una verdadera compraventa y no procedía la resolución contractual. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca entendieron que existía una simple promesa de venta y desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la actora. (*I.D.-L.*)

19. Contrato de compraventa. Folleto publicitario. Integración del contrato. Resolución contractual cuando lo entregado no responde las legítimas expectativas creadas en los compradores de acuerdo con la publicidad facilitada por la vendedora.—El folleto publicitario no responde a una mera función de promoción o de simple invitación a contratar, sino que constituye una auténtica oferta publicitaria, ya que suministra una información concreta, que contiene datos objetivos, referidos a características relevantes. Y si no llega a constituir una oferta en sentido estricto (en tanto no recoge todos los elementos esenciales), sí que resulta incuestionable su importancia desde la perspectiva de la integración contractual, dada su repercusión en la formación del consentimiento. La infracción contractual tiene una especial relevancia que justifica la calificación del incumplimiento como grave por insatisfacción total del comprador a efectos de conllevar la resolución contractual. La falta de las vistas no reduce el uso de la vivienda, sino que frustra las legítimas expectativas de los compradores, las cuales no resultarían compensadas con una mera indemnización. (**STS de 12 de julio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Los actores demandaron la resolución del contrato de compraventa celebrado con la promotora E., S.A. sobre una vivienda situada en un complejo residencial. El folleto publicitario aludía a la existencia de vistas al campo de golf, montaña y mar. Los actores habían comprado sobre plano y, una vez construida, comprobaron la inexistencia de tales vistas. La promotora alegaba que las vistas publicitadas se referían al conjunto de la urbanización. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga estimó el recurso de apelación de los actores y declaró la resolución del contrato. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de los demandados. (*L.A.G.D.*)

20. Efectivo alcance del artículo 1462 CC en la escritura pública.—En opinión del recurrente la pendencia del trámite urbanístico creaba una obligación genérica, de «género limitado», que exigía una concreción mediante nuevo acuerdo bilateral entre las mismas partes; el motivo se desestima porque incurre en la insalvable contradicción de afirmar que la porción de terreno de 800 m² fue entregada y, a la vez, que quedó pendiente de entrega hasta que vendedor y compradora acordaran bilateralmente «su concreción o individualización». El origen de tal contradicción está en dar por sentado que mediante el otorgamiento de escritura pública se produjo la entrega de dicha porción de terreno conforme al párrafo segundo del artículo 1462 CC. Es cierto que según este precepto el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, pero también lo es que tal equivalencia se supedita a que «de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario». Y esto es lo que sucede en el caso examinado porque, aun cuando en la escritura se dijese que la compradora tomaba posesión jurídica de las dos fincas, la realidad era, como con toda claridad resultaba de la propia escritura, que la definitiva concreción de esta última quedaba pendiente del resultado final del proyecto urbanístico.

Exceptio non adimpleti contractus; aprovechamiento de posición de ventaja del vendedor.—El recurrente pretende aprovecharse de su actual posición de ventaja ganada merced a su propio y persistente incumplimiento mientras la compradora atendía puntualmente sus pagos aplazados, faltando así a la buena fe en el cumplimiento de los contratos que impone el artículo 1258 CC pues pretende resolver el contrato con base en que la compradora ha de seguir pagando hasta el final mientras él puede aplazar indefinidamente su obligación de entrega, contraviniendo así la doctrina de esta Sala sobre el propio artículo 1124 CC según la cual ninguno de los contratantes puede pretender fundadamente la resolución del contrato por incumplimiento del otro sin por su parte haberlo cumplido (SSTS de 23 de julio de 2002, 29 de julio de 1999, 17 de febrero de 1999, 24 de octubre de 1995 y 4 de julio de 1995 entre otras muchas). (STS de 15 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Se celebra una compraventa de un bien inmueble, de otros muebles situados en él y, contextualmente, la constitución de un derecho de usufructo sobre otro bien a determinar F1, de 800 metros cuadrados de superficie, identificado en ese momento como integrante de las futuras parcelas F2 y F3 de un futuro plan Urbanístico. Puesto que el Plan no cuenta todavía con aprobación definitiva el vendedor A asume la obligación de bi-parcelar la finca F1.

Frente al impago de algunas cuotas del precio aplazado, el vendedor pide la resolución contractual y, en caso de desestimación, el abono de las cuotas. El demandado-comprador B invoca que ha abonado puntualmente los pagos convenidos desde la fecha de la firma del contrato y los primeros nueve años del contrato, dejándolo de hacer dado que no recibía las parcelas comprometidas a pesar de que habían transcurrido más de tres años de la aprobación definitiva del plan. Además reconventionalmente exige en primer orden la trasmisión de las parcelas resultantes del plan urbanístico y, subsidiariamente, en caso de imposibilidad de lo pactado, una indemnización igual a su valor.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda actora y condena a pagar las mensualidades no pagadas y estima integralmente la reconvenzional, condenando a la reparcelación fijando como base de la liquidación de los daños y perjuicios, en caso de incumplimiento, el valor de la finca que se estableció pericialmente a lo largo del proceso.

La Audiencia Provincial, en parcial reforma de la sentencia de primera instancia, desestima en su integridad la originaria demanda promovida por A. El Tribunal Supremo confirma íntegramente la sentencia de la Audiencia Provincial. (A. F.)

21. Compraventa; vicio conocido o cognoscible por el comprador.—El párrafo segundo del artículo 1486 CC no impone al vendedor el deber exhaustivo de información; al referirse expresamente dicho párrafo a «los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida» está excluyendo del deber de información del vendedor los que no sean ocultos, es decir aquellos a los que se refiere el último inciso del artículo 1484 CC. En consecuencia el artículo 1486 no puede interpretarse prescindiendo del artículo 1484 y, por ello, si los vicios o defectos de la cosa eran manifiestos o el comprador, por su condición de experto, hubiera debido conocerlos, el vendedor no responderá aunque no se los manifestara al comprador. Así se desprende de la jurisprudencia de esta Sala representada por las sentencias de 31 de enero de 1970 (vicio no conocido ni «cognoscible»), 8 de julio de 1994 y 29 de junio de 2005 (vicio que «no haya podido trascender ni ser conocido»), citadas las tres por la recurrente, y 8 de julio de 2010 (vicio no conocido por el adquirente, «ni conocible (*sic*) por la simple contemplación de la cosa teniendo en cuenta la preparación técnica del sujeto al efecto»). (STS de 22 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El comprador A, frente al hecho de que el bien tiene aluminosis, pide judicialmente una reducción del precio igual al importe de los gastos de reparación del edificio que identifica entre una cuantía mínima X y el precio de compra. A sostiene que, a pesar de que el vicio fuera oculto para él, no lo era para el vendedor que omitió informarlo adecuadamente.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, mientras la Audiencia Provincial la estima concediendo la condena de la vendedora a pagar un coste Y de las reparaciones que se fijó pericialmente. La vendedora B acude entonces al Tribunal Supremo, que estima su recurso y considera que el vicio no era oculto porque el comprador, no aceptó ver la finca antes de comprarla; la aluminosis estaba a la vista, y el comprador A se dedicaba a la promoción inmobiliaria. (A. F.)

22. Compraventa de bien inmueble. Resolución por el vendedor legitimada por la frustración del fin del contrato provocada por la otra parte.—En orden a apreciar el incumplimiento del comprador, no es necesario se dé una intencionalidad dolosa ni voluntad precisamente rebelde, bastando que su conducta ocasione la frustración perseguida por las partes con el contrato. En consecuencia, el incumplimiento del comprador que constituye presupuesto de la acción resolutoria del vendedor ha de ser grave o sustan-

cial, lo que no exige una tenaz y persistente resistencia 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 (STS de 9 de julio de 2007, RC n.º 2863/2000, 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 de 2003, 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, 20 de septiembre de 2006, 31 de octubre de 2006 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 artículo 1445 CC).

El beneficio ex artículo 1504 CC se justifica previa aportación de la financiación del precio mediante un préstamo hipotecario.—En las ventas de bienes inmuebles por precio aplazado, el artículo 1504 CC permite a los compradores pagar incluso después de dicha fecha ínterin. Se trata de un beneficio del comprador, que impide a la parte vendedora instar la resolución, aun cuando se haya pactado expresamente, cuyo presupuesto es que haya habido pago. Puesto que suele ser lo habitual que el pago del precio aplazado se financie con un préstamo hipotecario, caso de encontrarse en esta situación la parte compradora, tiene lógica su argumentación referente a que no podía reprochársele que no pagara ni consignara, ni judicial ni notarialmente, la referida suma, antes de la fecha máxima convenida para el otorgamiento de la escritura. Pero, por el contrario, sí que podía exigírsele que acreditara que había gestionado esa financiación, a fin de valorar si el retraso se debía a que la elección del notario y la fecha para el otorgamiento de la escritura estaba supeditada a la conformidad de la entidad bancaria. En ningún momento los compradores acreditaron estos extremos frente al vendedor, ni lo hicieron después en el proceso. La parte compradora no puede permanecer en la pasividad más absoluta. (STS de 27 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En fecha 1 de febrero 2006, A y B celebran con el vendedor (y demandado) C un contrato de compraventa de una vivienda mediante documento privado. El comprador se compromete a pagar la entrega pactada antes del otorgamiento de la escritura pública frente a notario a realizarse antes del 31 de marzo. En una cláusula contractual se establece que el impago dentro del plazo establecido motivará la resolución del contrato. El 28 de febrero, el vendedor envía un fax a la inmobiliaria (que se ha ocupado de redactar el contrato a pesar de haber recibido el encargo por tercero) expresando su voluntad de otorgar la escritura pública el día y fecha que se propusiera y advirtiendo de la finalización del plazo estipulado para ello. Transcurrido el plazo estipulado, los compradores piden la elevación a escritura pública y C indica que no había tenido contestación de los actores antes del 31 de marzo por lo que daba por rescindido el contrato debiéndose entender que los compradores ya no tenían interés por la compra de la vivienda. A y B piden judicialmente la elevación a escritura pública del con-

trato privado, demanda desestimada en los tres grados de juicio dado que los actores han adoptado una postura pasiva no activándose ni a articular cita en la notaría, ni a pagar el precio de la compraventa ni a realizar un acto formal dirigido a exteriorizar su clara voluntad de pagar, ni finalmente a realizar ni a justificar un pago en beneficio de la aplicación del artículo 1504 CC.

NOTA.—Para un supuesto prácticamente igual al analizado pero donde existe una financiación bancaria que ha permitido aplicar el artículo 1504 CC véase STS 14 de junio de 2011 (RJ 2011/4530). (A. F.)

23. Resolución de la compraventa de inmuebles ex. artículo 1504 CC. Formas del requerimiento.—En cuanto a la forma de llevar a cabo el requerimiento, partiendo del tenor literal del artículo 1504 CC, que habla de requerimiento judicial o mediante acta notarial, la jurisprudencia ha declarado tradicionalmente que tales formas, en las que se incluye el acto de conciliación (SSTS de 31 de enero de 2008, 11 de julio de 2008 y 8 de mayo de 2008, entre otras) son las únicas fehacientes y garantizadoras de la realidad del hecho notificado (SSTS de 27 de mayo de 1985 y 26 de mayo de 1992). También nuestra jurisprudencia ha rechazado en algún caso que tenga valor de requerimiento previo el efectuado mediante la presentación de la demanda (STS de 10 de junio de 1996). Es cierto, sin embargo, que en algunas sentencias recientes de esta Sala se ha admitido en varios casos el requerimiento efectuado por medios fehacientes distintos, como a través de telegrama, e incluso, mediante burofax (STS de 17 de julio de 2009), en lo que se ha considerado como una interpretación extensiva de aquel precepto, más conforme a la realidad social (art. 3.1 CC y STS de 26 de febrero de 2004). En idéntico sentido se ha pronunciado también parte de las audiencias provinciales (SAP, Guadalajara, de 13 de febrero de 2007 con relación al burofax, «en cuanto permite tener la certeza de su recepción y contenido»), aunque existen otros ejemplos en los que las audiencias provinciales han seguido el criterio tradicional contrario a la admisión de formas distintas de las expresamente previstas en la Ley (SAP, Alicante, de 13 de febrero de 2006 y SAP, Barcelona, de 14 de mayo de 1998). Llegados a este punto, razones ligadas con la especial protección que otorga el Código Civil a las transmisiones de bienes inmuebles, que se traducen, por ejemplo, en la subsistencia de especiales solemnidades (arts. 1280.1.º y 633 CC), unidas a la conveniencia de entender el precepto en sus estrictos términos, en tanto que no cabe interpretar extensivamente un presupuesto que, de darse, va a impedir que el comprador haga uso de la facultad de pagar después de expirado el plazo, la cual se le reconoce expresamente en la citada norma y constituye la razón fundamental de su especialidad, aconsejan a esta Sala, reunida en Pleno, mantener el criterio tradicional y fijar doctrina jurisprudencial en el sentido de que no procede reconocer válidos efectos resolutorios en el ámbito del artículo 1504 CC al requerimiento efectuado mediante burofax, por continuar siendo imprescindible en la actualidad —el legislador ha tenido oportunidad de mitigar el rigor del precepto y no lo ha hecho— que el conocimiento fehaciente del hecho notificado cuente con la singular garantía que le otorga la supervisión de la autoridad judicial o de un fedatario público notarial.

Eficacia resolutoria de la demanda en la que se ejercita la acción de resolución por incumplimiento.—En el presente caso, el motivo debe ser acogido y debe prosperar la pretensión resolutoria deducida por el hoy recu-

rente, por más que no se compartan sus argumentos en relación con la validez de los requerimientos previos a la demanda, especialmente, el que se materializó en el envío de burofax a la parte compradora. Ninguno de los requerimientos previos a la demanda puede reputarse válido y eficaz en orden a impedir el pago extemporáneo del comprador. Sin embargo, el motivo de casación debe ser estimado, pues la Sala considera que, en tanto no se haya producido el pago del precio, debe reconocerse eficacia resolutoria a la demanda en que se ejercita la acción de resolución por incumplimiento, como forma de interpelación judicial literalmente contemplada en el artículo 1504 CC, por lo que procede fijar la jurisprudencia en este sentido, rectificando con ello el criterio de las sentencias anteriores en las que se ha desechado esta posibilidad. Constituye un hecho probado que el comprador fue el único incumplidor. De los términos del contrato no es posible extraer la consecuencia que defiende la parte recurrente, sobre que la cancelación debiera ser anterior. La cancelación de cargas de la cosa en unidad de acto con el otorgamiento de la escritura de compraventa constituye práctica habitual. Nada justifica, vigente el contrato a la luz de la ineficacia de los requerimientos previos, que el comprador mantuviera su negativa al pago y la mantuviese hasta su emplazamiento. En esta tesitura de impago injustificado, contrario al fin económico-jurídico del contrato y a las legítimas aspiraciones del vendedor, resulta procedente la resolución ejercitada por el vendedor, pues no admitir el ejercicio de esta acción supondría dejar el negocio a expensas de que el comprador siga amparándose en un incumplimiento de la contraparte que no tiene reflejo en los hechos probados. (STS de 4 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En fecha 17 de septiembre de 2002, B vendió un bien inmueble a F en documento privado. Ante la falta de pago por parte del comprador, B interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Villarreal solicitando la resolución del contrato. Previamente había requerido de pago a la parte compradora mediante burofax. F formuló reconvencción alegando que la parte vendedora había incumplido su obligación de entregar la finca libre de cargas y que, además, no se había efectuado la notificación en los términos previstos en el artículo 1504 CC. Por ello, solicitaba que se declarara la plena validez del contrato suscrito.

El Juzgado desestimó la demanda y estimó la reconvencción. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Castellón la revocó, con estimación parcial de la demanda y la reconvencción. Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso presentado por B. En consecuencia, estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvencción. (A.S.C.)

24. Donación condicionada de acciones.—No aparece infringido (...) el artículo 639 CC que contempla la donación con facultad de disponer. La realidad, a la vista de las cláusulas de los contratos de donación, que ciertamente son la base del patrimonio de la demandante, es que ésta vendió a sus padres un conjunto de acciones, cuyo precio reclama y es hecho admitido que no se pagó; a la vista de tales cláusulas, la donataria, Doña E, demandante, no podía disponer *inter vivos* de los bienes donados «*sin consenti-*

miento del padre...» y éste se reserva (con su esposa) la facultad de administrar y disponer de los mismos. Aparte de ello, se consigna el derecho de reversión, que no tiene lugar y no plantea cuestión. Por tanto, esta donataria no pierde el poder de disposición, sino que queda sujeto al consentimiento del padre y aquella venta cuyo precio se reclama la celebró la donataria, como vendedora ejerciendo su poder de disposición, a su padre, como comprador, cuyo consentimiento en tal negocio jurídico dispositivo, de compraventa, es evidente, ya que él fue parte. (...) A lo largo del desarrollo del motivo se insiste en que los bienes donados quedan bajo el poder de disposición de los donantes (los padres, demandados, recurrentes) pero no se puede obviar que también la donataria tiene poder de disposición sobre los mismos y, ejerciéndolo, vendió acciones a sus padres, lo que implica consentimiento de éstos y mantiene el derecho de reclamar el precio debido por ellos, como compradores.

Concepto donación *mortis causa*.—En cuanto al primer extremo, las donaciones referidas no son *mortis causa* al hacerse la transmisión inmediata de la propiedad de las acciones donadas, de las que los donantes mantuvieron la disponibilidad, pero también la donataria tenía poder de disposición sobre las mismas, si bien, como en el caso de la compraventa que nos ocupa, con el consentimiento del padre, que sí se dio y cuyo precio le tiene que ser pagado. La donación *mortis causa* es aquella en que el donante no transmite al donatario la cosa donada en el momento de la donación, sino que éste la adquirirá a la muerte del donante. Prevé, pues, el donante el destino de bienes para después de su muerte, como en el testamento. No pierde el donante la disponibilidad de la cosa donada: puede venderla, donarla *inter vivos* a otro o revocar simplemente aquella donación. Así se reconoce en el artículo 620 del Código civil y en la Ley 165 de la Compilación de Navarra que la matiza al prever que se presume cuando la adquisición de los bienes donados queda diferida al fallecimiento de aquél (el donante). No es éste el caso de autos, en que la transmisión fue inmediata y la donataria tenía poder de disposición sobre los bienes donados. Tal como dice la sentencia de 25 de junio de 1996: «*Es opinión casi unánime de la doctrina científica y reiterada y prácticamente uniforme jurisprudencia de esta Sala la de que la llamada donación «mortis causa», a que se refiere el artículo 620 del Código Civil (la cual, desde luego, no transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados hasta que se produzca la muerte del donante) no puede tener eficacia si no se justifica por los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias* (Sentencias de 3 de enero de 1905, 24 de abril de 1909, 4 de noviembre de 1926, 8 de julio de 1943, 19 de junio de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de junio de 1960, 23 de febrero de 1963, 28 de octubre de 1965, 7 de enero y 28 de abril de 1975, 7 de noviembre de 1979, 24 de febrero de 1986, 13 de junio de 1994). *La donación que D. X hizo a su hija adoptiva D.ª E, no sólo no revistió forma testamentaria alguna, pues se hizo con los caracteres de contrato con la concurrencia y aceptación de la donataria, sino que en la escritura pública de fecha 28 de Mayo de 1985, en que la misma fue instrumentada, se evidencia claramente que, a través de ella, se transmitía a la donataria, en aquel mismo acto, el pleno dominio de los bienes inmuebles*». (...) Como explica la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2005, en relación con la sujeción que impone el efecto positivo, «*debe tenerse en cuenta que, para que se produzca esa vinculación no es preciso que concurren todos los requisitos exigidos para que opere el efecto negativo o preclusivo*

de la «res iudicata» (sentencia de 1 de diciembre de 1997). *Antes bien, basta con la identidad de personas, cualesquiera que sean las posiciones que ocupen en cada uno de los procesos* (sentencia de 1 de diciembre de 1997), *y con que lo que se haya decidido en el anterior constituya un antecedente lógico de lo que sea objeto del posterior* (sentencia de 14 de junio de 2003)». (STS de 17 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Doña E recibe de sus padres en fecha 6 de julio de 1979 y 2 de diciembre de 1988 dos donaciones de un conjunto de acciones de dos sociedades diferentes. Posteriormente, el 28 de enero de 2000 se celebra un contrato de compraventa por parte de la hija, Doña E, en el que vende a sus padres una serie de acciones. El origen de la *litis* es el precio de la venta de estas acciones, ya que la actora —donataria— no podía disponer inter vivos, según cláusula, de los bienes donados sin consentimiento del padre reservándose éste la facultad de administrar y disponer de los mismos. No conforme a ello, Doña E presenta demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Madrid contra sus padres por el impago de dichas acciones.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial desestima los recursos de apelación interpuestos por las respectivas representaciones y confirma íntegramente la resolución de Instancia en la que condena a la parte demandada a abonar la cantidad de 9.154.482,47 euros a la actora. Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (M.C.S.)

25. Arrendamientos urbanos. Resolución unilateral del contrato de arrendamiento de vivienda. El silencio del arrendador al recibir la comunicación del abandono de la vivienda y la entrega de las llaves no comporta consentimiento de éste a la extinción del contrato.—No existen elementos probatorios, exclusión hecha de la simple o mera recepción de la comunicación del abandono de la vivienda y de la entrega de las llaves, que acrediten o prueben que la arrendadora prestase su consentimiento para resolver el contrato de arrendamiento que les unía, y menos aún, que actuase contra sus propios actos al ejercitar la acción tendente a reclamar la indemnización que le corresponde de conformidad con el contrato suscrito. (STS de 20 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Antes del vencimiento del contrato de arrendamiento de vivienda el inquilino comunica al arrendador su decisión de no seguir con el contrato. A tal fin abandona la vivienda y entrega las llaves al arrendador. Posteriormente, éste último presenta demanda reclamando una indemnización por las rentas dejadas de obtener por la resolución anticipada del contrato. El arrendatario se opone al entender que la arrendadora consintió en la extinción del contrato al no objetar nada al tiempo en que se le comunicó su decisión de no continuar en la vivienda arrendada y con la recepción de

las llaves. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia lo desestima. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (C.O.M.)

26. Arrendamientos urbanos sometidos a la LAU de 1964. Novación modificativa que afecta exclusivamente a la persona del inquilino y a la renta. No supone una alteración del régimen jurídico normativo aplicable al contrato.—La novación operada en 2002 debe estimarse como simplemente modificativa, atendiendo a que los distintos contratos constan en idénticos modelos y, sobre todo, a que en ellos se mantienen las mismas cláusulas y condiciones contractuales, con la única modificación, en el suscrito en 2002, relativa al incremento de la renta y a la persona del arrendador. Por lo que, si la calificación jurídica de la novación producida es la de simplemente modificativa, el régimen aplicable al contrato de 1969, novado en 2002, ha de ser el previsto en la LAU de 1964, con la aplicación, en beneficio del arrendatario, de la prórroga forzosa en dicha legislación contenida, lo que comporta que no proceda la resolución por expiración de plazo interesada por la parte actora. (STS de 11 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor ejerció la acción de resolución del contrato de arrendamiento de vivienda por expiración del plazo que en el contrato celebrado en 2002 se había convenido una duración indefinida, lo que debía entenderse como anual renovable en función de la renta anual. De manera que, vencido el plazo legal de cinco años, y comunicada la voluntad de no conceder más prórrogas, procedía la resolución por finalización del plazo pactado. El demandado opuso la nulidad de dicho contrato de 2002, y alegó la preexistencia de dos contratos anteriores, de 1969 y 1971, respectivamente, sometidos a la LAU de 1964 y sujetos al régimen legal de prórroga forzosa a favor del arrendatario. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que, efectivamente, el acuerdo de 2002 no era más que una novación modificativa que afectaba a la persona del arrendador y a la actualización de la renta, pero que dejaba incólumes el resto del contrato original. La Audiencia Provincial de Cádiz desestimó el recurso de apelación del actor. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación del demandante. (L.A.G.D.)

27. Arrendamiento de vivienda (TR-1964). Concepto de causa de necesidad capaz de poner fin a la prórroga forzosa del contrato.—Esta necesidad debe ser entendida como no forzosa, obligada o impuesta por causas ineludibles, sino lo opuesto a lo superfluo y en grado superior a lo conveniente, lo que constituye un medio adecuado para un fin lícito (STS 18 de marzo de 2010).

Resolución de contrato por denegación de prórroga debido a necesidad de arrendador: independencia económica y voluntad de llevar una vida independiente.—En la arrendadora concurre una causa de necesidad capaz de poner fin al contrato de arrendamiento, pues tiene una independencia económica y en definitiva la posibilidad y la voluntad de llevar a cabo una

vida independiente de sus padres en una vivienda que, además, es de su propiedad. (STS de 22 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La arrendadora formuló demanda de resolución de contrato de arrendamiento de vivienda, celebrado en 1983, por causa de necesidad contra el arrendatario. Quedó probado que la actora había notificado a este último su voluntad de no continuar con la prórroga del contrato, al ser su deseo realizar una vida independiente del hogar de sus padres, a lo que se opuso el demandado. El juzgado desestimó la demanda. La audiencia, por el contrario, la estimó íntegramente y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado. (I.D.-L.)

28. Arrendamientos urbanos. Plazo de oposición del arrendatario a la actualización de rentas respecto de contratos suscritos con anterioridad al 9 de mayo de 1985.—La DT 2.^a de la LAU 1994 prevé un sistema de actualización de rentas, para aquellos contratos de arrendamiento que, celebrados antes del 9 de mayo de 1985, subsistieran a la entrada en vigor de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994; en estos casos, la renta prevista contractualmente puede ser actualizada a instancia del arrendador, previo requerimiento fehaciente al arrendatario, siempre que haya transcurrido una anualidad del contrato, desde la fecha de vigencia de la Ley y que sus ingresos excedan de los previstos en la DT 2.^a de la LAU 1994. Realizado este requerimiento fehaciente, el arrendatario puede adoptar varias posturas: A) contestar por escrito al requerimiento de actualización de renta, en el plazo de treinta días siguientes a la recepción de aquél, aceptándola, con lo que al siguiente periodo de renta que proceda, se podrá girar el recibo por el nuevo importe de la renta, o rechazándola por entender que no se ha calculado correctamente la cuantía en función a los ingresos o por estimar que aunque el proceso de actualización es correcto no cabe, al ser un arrendatario de bajo nivel económico o porque, aun entendiendo que procede tal actualización, desiste de ella. B) No contestar al requerimiento en el plazo de treinta días a contar de su recepción; la falta de contestación al requerimiento efectuado por el arrendador ha suscitado la cuestión relativa a determinar el alcance de este silencio; mientras que algunas Audiencias 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, otras Audiencias, entienden que el silencio del arrendatario no impide que, en un momento posterior, pueda acreditar el bajo nivel de rentas que impediría la continuación del proceso de actualización. La parte recurrente ha planteado que, pese a no oponerse en el plazo de un mes desde que se le notificó fehacientemente que se iba a proceder a la actualización de la renta, nada obsta para que posteriormente pueda acreditar su bajo nivel de ingresos con la consecuencia de dejar sin efecto el proceso de actualización. La cuestión jurídica expuesta ya ha sido analizada por esta Sala entre otras, en sus sentencias de 14 de septiembre, 15 de septiembre y 27 de diciembre de 2010; 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 DT 2.^a de la LAU 1994, equivale a un consentimiento tácito, lo que no impide que, conforme a lo dispuesto en el artículo 101.4.^a en relación con el artículo 106 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 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. La aplicación de esta doctrina, seguida por la Audiencia Provincial, exige la desestimación del recurso, pues no ha sido un hecho discutido a lo largo de este procedimiento que, en el momento en el que la arrendataria pretende hacer valer que sus bajos niveles de ingresos impiden la actualización en el modo notificado por el arrendador, habían transcurrido con creces los plazos de un mes y de tres meses contados desde la notificación fehaciente del inicio de la actualización; de hecho, tal y como expuso la ahora recurrente, estuvo haciendo frente al importe de la renta actualizada sin oponerse en modo alguno durante un año, lo que supone que aceptó la actualización de la renta, sin que pueda, transcurridos los plazos citados, oponerse al procedimiento consentido. (STS de 19 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—I arrendó a E una vivienda en virtud de contrato suscrito con anterioridad al 9 de mayo de 1985. A partir del año 2006, la parte arrendadora actualizó la renta de acuerdo con lo dispuesto en la regla 7.^a de la Disposición Transitoria Segunda de la LAU. La parte arrendataria no se opuso a la actualización realizada hasta marzo de 2007 cuando interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Valladolid solicitando que se declarase la improcedencia de la actualización al considerar que los ingresos que percibía anualmente la parte actora no superaban dos veces y medio el salario mínimo interprofesional.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda al considerar extemporánea la pretensión solicitada. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia Provincial de Valladolid. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A.S.C.)

29. Arrendamientos urbanos. Interpretación jurisprudencial del concepto de «cantidades asimiladas a la renta» del artículo 114.1 LAU de 1964.—El artículo 114.1 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 establece como causa de resolución del contrato de arrendamiento urbano, lo sea de vivienda o de local de negocio, no sólo la falta de pago de la renta, sino también la falta de pago de las cantidades asimiladas a ella, cuyo abono debe asumir el arrendatario por mandato legal; no fija, sin embargo, qué debe entenderse por cantidades asimiladas a la renta, motivo por el cual, tal y como ha señalado esta Sala, el concepto de «cantidades asimiladas a la renta» debe ser integrado en atención a los criterios que se fijan en cada momento en la legislación aplicable (SSTS de 26 de septiembre y 7 de noviembre de 2008). Un examen de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 exige concluir que en el concepto de «cantidades asimiladas» se incluyen el importe del coste de los servicios y suministros y de las cuotas de comunidad de propietarios. El contrato que vincula a las partes se celebró el 15 de febrero de 1976, por lo que resulta de aplicación el apartado D.9 de la Disposición Transitoria 3.^a de la Ley de

Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, que establece la directa aplicación de lo previsto en el apartado C.10 de la DT 2.^a de la citada Ley, el cual, dentro de los derechos del arrendador, en su punto 5 señala expresamente que «podrá repercutir al arrendatario el importe del coste de los servicios y suministros que se produzcan a partir de la entrada en vigor de la Ley». Todo ello, unido a la necesidad de interpretar las normas conforme a su espíritu y finalidad (art. 3 CC), permite considerar que la causa resolutoria prevista en el artículo 114.1 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964 comprende, en la actualidad, el impago de los importes referidos a servicios y suministros producidos a partir de la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994. (STS de 20 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—I arrendó a V y a L una vivienda en virtud de contrato suscrito en fecha 15 de febrero de 1976. Ante la negativa de la parte arrendataria al pago de determinados servicios y suministros, I interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid solicitando la resolución del contrato.

El Juzgado estimó íntegramente la demanda al considerar que, de acuerdo con el artículo 114.1 LAU de 1964, el importe de los suministros de agua y las cuotas de la comunidad de propietarios debían ser considerados como cantidades asimiladas a la renta. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid la revocó. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo y confirmó íntegramente la sentencia de instancia. (A.S.C.)

30. Arrendamientos urbanos (TR-1964). Resolución de contrato por impago de las cantidades asimiladas a la renta: el IBI y los costes de servicios y suministros que debe abonar el arrendatario.—El impago por el arrendatario del IBI y de la repercusión por el coste de los servicios y suministros, en arrendamientos de vivienda existentes en el momento de la entrada en vigor de la LAU de 1994, ha de considerarse como causa de resolución comprendida en el artículo 114-1.^a del T-R de la LAU de 1964 (STS de 15 de junio de 2009). Posición doctrinal reiterada en relación con arrendamientos para uso distinto del de vivienda en la STS de 10 de marzo de 2010. (STS de 11 de julio de 2011; ha lugar) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El arrendador demandó al arrendatario, para el desahucio y resolución de contrato de arrendamiento vivienda, celebrado el 1 de diciembre de 1980, por falta de pago de todos los gastos que producía la ocupación del piso, gastos éstos a los que se comprometió el arrendatario en el contrato. En ambas instancia se desestimó la demanda. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por el actor. (I.D.-L.)

31. Arrendamiento de vivienda (TR-1964): el IBI es una cantidad asimilada a la renta.—En los contratos de arrendamiento celebrados durante la vigencia del TR LAU de 1964, el Impuesto sobre Bienes Inmuebles es una cantidad asimilada a la renta, por lo que el arrendatario está obligado a su pago, sin que sea necesario un requerimiento previo y anual para hacerlo efectivo. El incumplimiento de esta obligación permite sustentar con éxito una acción de desahucio (STS de Pleno de 12 de enero de 2007).

El incumplimiento de la obligación del pago del IBI por el arrendatario, en arrendamientos de vivienda existentes a la entrada en vigor de la vigente LAU de 1994, es causa de resolución del contrato.— Esta causa de resolución está comprendida en el artículo 114-1.^a del TR de la LAU de 1964 (SSTS 18 de marzo, 30 de abril y 15 de junio de 2010) (STS 12 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—En virtud de un contrato de arrendamiento de vivienda celebrado en 1980, que establecía, entre otras, la obligación del arrendatario de hacer frente a la actualización de la renta y al pago del 50% del IBI, la actora presentó un desahucio por falta de pago contra aquél, al haber incumplido en parte esas obligaciones. La sentencia estimó la demanda, la Audiencia revocó en parte la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación de la actora. (*I. D.-L.*)

32. Arrendamientos urbanos sometidos a la LAU de 1964. Resolución del contrato por ruina técnica o económica. Necesidad de llevar a cabo obras que superen el 50% del valor del inmueble arrendado.—La jurisprudencia tiene declarado que, para la aplicación de la causa segunda del artículo 118 LAU de 1964, tanto el importe de las obras de reparación como el valor de lo edificado —con exclusión del valor del suelo— ha de referirse a las concretas dependencias cuya resolución se pretenda. Igualmente han de tenerse en cuenta, para cuantificar el coste de la reparación con referencia al 50%, las valoraciones de reparación general del inmueble, que exige la Ley para determinar la procedencia o no de la situación de ruina técnica (STS de 30 de junio de 2009). De esta manera, para determinar si existe causa resolutoria por ruina técnica o económica, se ha de valorar económicamente las obras que resultaría necesario ejecutar sobre la vivienda objeto de arrendamiento, incluyendo en su caso la parte proporcional que corresponde a los elementos comunes del edificio, y no a la totalidad del edificio. (STS de 20 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El arrendador instó la resolución del arrendamiento urbano basándose en la ausencia de comunicación del fallecimiento del inquilino anterior y de la voluntad de subrogarse en el contrato de la viuda que siguió ocupando el inmueble, así como por la causa 2.^a del artículo 118 LAU de 1964, consistente en la ruina motivada por la necesidad de obras que superen en más de un 50% el valor del bien arrendado. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla estimó parcialmente el recurso de apelación del actor y decretó la resolución del contrato basándose en el costo de las obras necesarias

para la rehabilitación de la vivienda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la demandada. (*L.A.G.D.*)

33. Arrendamientos urbanos sometidos al TRLAU de 24 de diciembre de 1964. Resolución por cambio de destino o cesión inconsentida del inmueble alquilado. No se produce cuando la designación como domicilio social constituye una mera declaración formal que no conlleva realización de actividad material alguna en el piso alquilado.—Cuando la inquilina continúa viviendo en el inmueble arrendado y esta situación no varía por el hecho de que formalmente una entidad tenga oficialmente su domicilio social en ese lugar, siendo así que tal sociedad fue constituida por la arrendataria y sus hijos, sin que se haya producido de manera efectiva actividad industrial o negocial, sino una mera mención formal, manteniéndose en realidad el uso principal del inmueble para satisfacer las necesidades de vivienda de la arrendataria, no se habrá producido una modificación en la relación arrendaticia, ni se ha introducido en la misma a terceros, de suerte que no procede la aplicación de la norma resolutoria de la relación entre arrendador e inquilina.

Arrendamientos urbanos sometidos al TRLAU de 24 de diciembre de 1964. Resolución por contar el inquilino con otra vivienda en localidad contigua a la del inmueble arrendado. No procede si las condiciones del entorno o de la actividad desarrollada por el arrendador hacen conveniente su permanencia en la vivienda arrendada.—Las viviendas cuestionadas no son de características análogas, porque atendiendo a datos objetivos no es lo mismo ocupar o habitar de manera habitual en una vivienda ubicada en un importante núcleo urbano, con todas las ventajas inherentes a tal situación, a una de menor entidad y con menos servicios, y que la demandada mantiene sus relaciones personales y su actividad social en la localidad del inmueble arrendado, de manera que no consta que realice actividad alguna en la otra población en la que dispone de la otra vivienda, de la que debe entenderse que dispone como segunda residencia, o residencia de veraneo o descanso. (**STS de 27 de junio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La mercantil A., S.A. entabló juicio de desahucio contra doña Marisa, como arrendataria que se subrogó tras el fallecimiento de su marido, alegando la procedencia de la resolución del contrato por cambio de destino no consentido del inmueble, arrendado como vivienda y que se constituyó en domicilio social de una entidad mercantil. Igualmente alegó la resolución por ocupar la arrendataria dos o más viviendas en la misma población, sin que el uso de todas ellas fuese necesario al ser la demandada propietaria de una vivienda sita en una localidad contigua a la de la arrendada. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Barcelona desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la entidad actora. (*L.A.G.D.*)

34. Arrendamiento de local de negocio (TR-1964). Denegación de prórroga forzosa por falta de justa causa: la enfermedad del comerciante no debe ser motivo que justifique el cierre del local.—Porque no es nece-

sario que sea precisamente él quien deba estar al frente del mismo, máxime si el impedimento es permanente pues tal situación sería contraria a la propia naturaleza del contrato de arrendamiento (SSTS de 6 de marzo de 1970 y 30 de abril de 1975).

Cuándo concurre causa justificada para el cierre del local.—Cuando el hecho que lo motiva no es imputable al locatario, por constituir una causa extraña y superior a su voluntad, o por ser ajeno por completo a su simple comodidad o conveniencia (SSTS de 14 de noviembre de 1960, 29 de octubre de 1970 y 24 de febrero de 1975, entre otras muchas).

El cierre de un local abierto no se identifica, en sentido legal, con el cese de toda actividad en su uso.—Ya que, el hecho de que el local se utilice, pero de forma o modo anormal en relación a como anteriormente se había vendido utilizando, equivale a un incumplimiento de su propia y natural dedicación. El no uso es equiparable al cierre, sin que sean admisibles las ficciones encaminadas a sostener una mera apariencia de actividad (SSTS de 25 de mayo de 1966, 12 de marzo de 1969 y 3 de febrero 1975). **(STS de 27 de junio de 2011;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El actor ejerció una acción de resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio, dedicado a venta de bisutería, por cierre injustificado de su actividad durante más de seis meses, y el demandado se opuso alegando enfermedad como justa causa para el cierre. Quedó probado que el local estuvo cerrado pudiendo haber estado abierto mediante algún empleado, como se hizo antes y después del cierre. La sentencia estimó la demanda, la audiencia revocó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación. (*I. D.-L.*)

35. El artículo 1256 CC.—El principio de la *necessitas* consagrado en el artículo 1256 CC no permite dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes. No obstante, el Tribunal Supremo entiende que el precepto no se vulnera cuando la operatividad de unas prestaciones que garantizan la prestación se supeditan a la efectividad de otras.

Obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento de obra.—El contratista tiene derecho a recibir el precio y al abono de cantidades descontadas de las certificaciones periódicas y retenidas en depósito. Éstas constituyen una garantía del cumplimiento del contrato y de la buena ejecución de los trabajos. El Tribunal Supremo se ha referido a estas retenciones en el contrato de arrendamiento de obra. Según el Alto Tribunal, la devolución de las retenciones no cabe dilatarla hasta que, por el transcurso del tiempo, se consoliden los edificios y no aparezcan más fisuras o grietas. Se rechaza la garantía de hipotéticas deficiencias futuras (STS de 2 de julio de 2002). La sentencia de 22 de marzo de 1997 declara que, en un sistema de pago por certificaciones de obra, donde se deja en poder del promotor una parte del precio hasta el momento de la recepción definitiva, no cabe extender la cobertura de la misma [retención] más allá de las obligaciones que correspondan al contratista.

Por otro lado, corresponde al contratista alegar y acreditar que el retraso en la ejecución de la obra no le es imputable a él, sino a circunstancias ajenas a su responsabilidad contractual. Hay que señalar, no obstante, que las altera-

ciones en la obra pueden dilatar la ejecución de la misma excluyendo el retraso respecto del plazo contractualmente pactado, y consecuentemente la cláusula penal prevista al efecto. Ahora bien, ello no obsta a que por las partes, o por el Tribunal, se estime que dicho incremento de obra no justifica todo el tiempo tardado en terminar la ejecución de la misma, de tal modo que, entonces, la cláusula penal actuará en la medida en que no esté justificada la demora. Es lo razonable, a juicio del Tribunal Supremo, y así lo exige la buena fe contractual (art. 1258 CC). **(STS de 13 de julio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Entre las dos partes se celebra un contrato de arrendamiento de obra. La contratista formula demanda, solicitando la devolución de las retenciones —sumas que se deducían del pago de las certificaciones periódicas y eran retenidas por la propietaria en concepto de garantía de los posibles defectos que pudieran surgir una vez terminada la obra— y la improcedencia de las penalizaciones. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, pero estima también parcialmente la demanda reconvenzional y condena a la demandante al pago de una serie de penalizaciones y declara que han existido desperfectos y malas ejecuciones. La Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia recurrida y declara improcedente la moderación de la cláusula penal moratoria inserta en los contratos suscritos entre las partes, además de reducir la cantidad a pagar por la contratista al dueño de la obra en concepto de penalización por el retraso de la obra. La actora interpone recurso de casación.

En primer lugar, se alega la infracción por interpretación errónea de los artículos 1089, 1091, 1255, 1256, 1258 y concordantes CC, en cuanto sancionan el principio de autonomía de la voluntad, de la libertad de pactos, de la fuerza obligatoria de los contratos y de las consecuencias que se derivan de su incumplimiento. Se impugna la decisión de la resolución recurrida de que no procede devolver las cantidades retenidas como garantía. El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo, que entiende que, declarada la existencia de desperfectos y malas ejecuciones en la obra a satisfacer por la demandante, y dejada para la fase de ejecución la determinación de las deficiencias y la liquidación de la obra, resulta contradictorio que aquélla acepte la existencia de anomalías y defectos, y al mismo tiempo solicite la devolución de las retenciones cuya función instrumental es precisamente garantizar la correcta ejecución de la obra contratada y la subsanación y reparación de aquellos defectos.

En segundo lugar, se denuncia la interpretación errónea de los artículos 1281 a 1289 CC, en cuanto regulan la interpretación de los contratos. Se impugna la no devolución de las retenciones, resaltando que el contrato establecía que transcurrido catorce meses desde la recepción provisional, debían devolverse las retenciones. Según el Tribunal Supremo, resulta contrario a toda lógica que, siendo incuestionable la existencia de desperfectos y malas ejecuciones, se proceda a devolver la garantía antes que tenga lugar la subsanación y reparación de los mismos.

En tercer lugar, se alega la infracción, respecto de las penalizaciones contractuales, de los artículos 1281 a 1289 CC, en cuanto

regulan la interpretación de los contratos. A juicio del Tribunal Supremo, una cosa es que el cambio o modificación en las condiciones de la obra pueda incidir en el retraso en su terminación, como en el caso ocurrió y se apreció con acierto por la sentencia recurrida, y otra cosa es que no necesariamente, tal alteración de la obra conlleve la carencia por completo de eficacia de la cláusula penal.

Por otro lado, se denuncia la infracción del artículo 1152 CC, en materia de penalizaciones por retraso. Asimismo se alega la infracción de los artículos 1593 y 1595 CC, en cuanto ha quedado acreditado que con la autorización del propietario ha existido aumento y modificaciones de obra y que, en estos casos, el plazo contractual queda completamente desnaturalizado, por lo que no cabe la aplicación de la cláusula penal. El motivo se desestima por las siguientes razones: 1) no hay contradicción alguna entre la inaplicabilidad de la facultad moderadora del artículo 1154 CC a las cláusulas penales moratorias y el hecho de atemperar el retraso –ajustando el lapso temporal– por la incidencia de las modificaciones e incrementos de obra; 2) corresponde al contratista alegar y acreditar que el retraso en el cumplimiento no le es imputable.

Finalmente, se alega la infracción de los artículos 1196 y siguientes CC, motivo que es desestimado también por el Tribunal Supremo, apuntando las siguientes razones: a) no se exige, respecto de la compensación judicial, la liquidez y exigibilidad, ni la contemporaneidad de los créditos ni su origen común, aunque sí la homogeneidad, y que sean recíprocos y por derecho propio, lo que aquí resulta incuestionable; b) no puede dejarse para ejecución de sentencia la liquidación de la obra. Por todo ello, el Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso. (S.L.M.)

36. Resolución de arrendamiento de obra.—El artículo 5 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, referido a «licencias y autorizaciones administrativas», dispone que «*la construcción de edificios, la realización de las obras que en ellos se ejecuten y su ocupación precisará las preceptivas licencias y demás autorizaciones administrativas procedentes, de conformidad con la normativa aplicable*». En primer lugar es preciso hacer constar que dicha Ley entró en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado siendo de aplicación únicamente a las construcciones cuya licencia administrativa se hubiera pedido con posterioridad, siendo así que en el caso presente ya en el contrato, firmado en 1997, se hacía constar que la licencia había sido solicitada. En segundo lugar, se trata de una norma que contiene una exigencia de carácter administrativo que *no afecta a las relaciones jurídicas de carácter puramente civil existentes entre las partes*, como es la relativa al contrato de ejecución de obra, que habrá de ser cumplido por las partes en sus propios términos, siendo así que la propia norma en forma alguna condiciona la efectividad de las obligaciones nacidas del contrato de obra a la previa existencia de licencia administrativa. Además, la Audiencia refiere en la sentencia hoy recurrida (fundamento de derecho sexto «*in fine*») que «la falta de licencia alegada como rémora para la construcción del Polideportivo no explica cómo se acometieron sin esa habilitación administrativa altillos o buhardillas fuera de

proyecto, aspectos sancionados por la administración de tutela urbanística y posteriormente legalizados.

Precio por piezas o por unidad de medida.—Según el artículo 1592 del Código Civil «*el que se obliga a hacer una obra por piezas o por medida, puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción. Se presume aprobada y recibida la parte satisfecha*». No se trata aquí de la ejecución de una obra por piezas o por medida, que obligaría a la recepción definitiva de partes de ella y al pago del precio proporcionalmente asignado a dicha porción de obra como si de diversos contratos se tratara y hubiera lugar a cumplimientos por ambas partes de carácter parcial respecto de la totalidad de la obra, que es la situación prevista en la norma que se dice infringida, la cual contiene una simple presunción que admite prueba en distinto sentido (sentencia núm. 1228/1998, de 24 diciembre). Por el contrario, lo pactado se opone frontalmente a tales conclusiones pues en la estipulación 3.5 del contrato de 21 de marzo de 1997, se dice que «*las cantidades satisfechas por certificaciones mensuales tienen el carácter de pagos a cuenta del precio alzado pactado hasta que se efectúe la Recepción Definitiva y se practique la Liquidación Final de las obras objeto de este contrato. La conformidad a dichas certificaciones de obra ejecutada no supone en modo alguno aceptación de ésta hasta que se lleven a cabo tales recepción y liquidación finales*», siendo así que, como señala la Audiencia (fundamento de derecho noveno), la situación de la urbanización no permitía la recepción provisional ni parcial a tenor de la descripción que resulta del informe pericial y de la importancia de las inversiones necesarias para subsanar y ultimar la ejecución. **(STS de 30 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—FCC constructora celebró un contrato de obra con VC por el cual la primera se comprometía a la construcción de un determinado número de viviendas según proyecto técnico, pendiente de obtención de la licencia de obras, así como los trabajos correspondientes de urbanización y electrificación. FCC interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Murcia por la que solicitaba la condena de VC a abonarle una indemnización por incumplimiento contractual. La parte demandada se opuso a dicha pretensión y formuló reconvencción interesando que se declarara que el contrato de ejecución de obra y los contratos complementarios suscritos posteriormente habían quedado resueltos mediante requerimiento notarial practicado con fecha 14 de septiembre de 2000, por incumplimiento de la constructora al retrasarse en la ejecución de las obras y por los desperfectos que en ella existían. Subsidiariamente, se solicitaba que se declarase extinguido el contrato por parte de VC en virtud de la facultad de desistimiento prevista en el artículo 1594 del Código Civil, debiéndose proceder a la liquidación económica del contrato, con la obligación de la contratista de indemnizar los daños y perjuicios causados. La parte actora se opuso a la reconvencción.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda de FCC y estimó parcialmente la demanda reconvenccional formulada por VC declarando resuelto el contrato de ejecución de obra celebrado entre las partes y los complementos del mismo y condenando a FCC a abonar a VC aproximadamente tres millones y medio de

euros. Ambas partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Murcia desestimó ambos recursos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación formulado por la demandante FCC. (M.C.S.)

37. Régimen jurídico del transporte aéreo internacional. Responsabilidad del transportista.—Se encuentra en el Sistema de Varsovia, cuya principal norma es el Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929. Este sistema ha sido modificado por el Convenio de 28 de mayo de 1999 para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (Convenio de Montreal) que entró en vigor en España el 28 de junio de 2004, que también ha ratificado e incorporado a su ordenamiento jurídico el Convenio de Varsovia, el Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1955 y los Protocolos de Montreal 1, 2 y 4, de 25 de septiembre de 1975.

El artículo 28 del Convenio de Varsovia establece la responsabilidad objetiva del transportista que, sin embargo, está limitada, salvo en caso de dolo, temeridad o conducta asimilable al dolo.

Normativa comunitaria sobre responsabilidad de las compañías aéreas por los daños sufridos por los pasajeros como consecuencia de un accidente a bordo de una aeronave o en el curso de las operaciones de embarque o desembarque.—Se trata del Reglamento (CE) núm. 2027/97, de 9 de octubre, del Consejo, modificado por el Reglamento (CE) núm. 889/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo, que entró en vigor con posterioridad al accidente origen del presente litigio.

El artículo 3.1. del Reglamento CE 2027/97 prevé la derogación de cualquier limitación de responsabilidad por daños corporales derivados de accidente aéreo.

(In)aplicación de la normativa comunitaria a las compañías aéreas no comunitarias.—El Reglamento 2027/97 se aplica únicamente a las compañías aéreas comunitarias. Ahora bien, establece una serie de obligaciones vinculadas con el principio de transparencia (obligación de información a los pasajeros) que obligan a todas las compañías que presten sus servicios desde, hacia o dentro de la Comunidad. La finalidad de estas obligaciones de información se encuentra justificada en el Considerando 13.º del Reglamento que señala que lo es para reducir el riesgo de distorsión de competencia. No afecta, pues, al régimen de responsabilidad previsto en el Convenio de Varsovia. **(STS de 18 de julio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Los actores del presente litigio son los familiares de los fallecidos en el accidente aéreo ocurrido el 1 de julio de 2002 en Alemania cuando el avión en el que viajaban, explotado por una Compañía aérea con domicilio y registro en la Federación Rusa, se estrelló en vuelo con otra aeronave.

La demanda se dirigió contra la compañía aérea y contra el responsable del control del tráfico aéreo en el sector en que se produjo el siniestro; respecto de este último se admitió la incompetencia de jurisdicción.

Los demandantes ejercitaban la acción de responsabilidad objetiva prevista en el Convenio de Varsovia pero sin la aplicación del límite de responsabilidad previsto en el propio Convenio.

La sentencia de Primera Instancia estimó la demanda pero fijó el importe indemnizatorio atendiendo a la limitación de responsabilidad.

También la sentencia de apelación consideró aplicable dicho límite.

Los demandantes recurren en casación mediante la formulación de tres motivos.

El primero de ellos se desestima por pretender una distinta valoración de la prueba de la hecha en la instancia.

El segundo y el tercer motivo buscan la inaplicación del límite de responsabilidad previsto en el Convenio, mediante dos vías: (a) por un lado, pretendiendo la calificación de la conducta de la tripulación del avión de dolosa, temeraria o asimilable al dolo; (b) por otro lado, afirmando que, si bien el Reglamento comunitario no es directamente aplicable al caso por no ser la demandada una compañía aérea comunitaria, incorpora en su contenido una sanción específica de privación de límites de responsabilidad a la compañía aérea no comunitaria que no informó debidamente a los pasajeros de su limitación de responsabilidad. (B. G. F.)

38. Apoderamiento taurino: contrato de mandato y representación voluntaria.—En el presente caso el apoderamiento taurino es un contrato por el que los apoderados se obligan «a representar y dirigir la carrera artística» del torero poderdante «en todos los órdenes y ámbitos de su actuación profesional como matador de toros» y «contratarán por cuenta del mismo todas sus actuaciones profesionales», con «el plazo de duración de cinco años». Las partes fijan los honorarios, gastos y desembolsos, distinguiendo temporadas, señalan la forma de pago y prevén la «rescisión» con justa causa (con acuerdo) y la falta de ella (sin acuerdo) y una dura y oscura cláusula penal en caso de «resolución». Este contrato, como ya dijo la sentencia de esta Sala de 30 de julio de 2001, es un contrato atípico, podría decirse que es «típicamente atípico» que participa, como presupuesto esencial, de la naturaleza del mandato (arts. 1709 y siguientes CC) representativo (art. 1259 CC). Dicha sentencia, que aquí se reitera, dice literalmente (fundamento segundo): «El apoderamiento en general (concepto formal) tiene naturaleza atípica y participa del mandato y representación voluntaria, con más afinidades a esta figura jurídica, conformando acto jurídico por medio del cual el principal concede voluntariamente al apoderado poder y facultades de representación para llevar a cabo las funciones y actividades que constituyen el objeto del encargo, proyectándose en lo externo en cuanto relaciona y liga al representado con los terceros, siempre que el apoderado—representante actúe dentro de los límites del poder (STS de 24 de febrero de 1995)».

Revocación. Efectos.—Como tal mandato, el contrato se extingue por revocación del mandante, conforme a los artículos 1732 y 1733 CC cuya revocación, pese a ser una facultad del mandante, da lugar a indemnización si produce perjuicios al mandatario y si no respeta el plazo señalado en el contrato. En todo caso, no debe obviarse que el mandato se basa en la confianza entre las partes, es *intuitu personae* y explica normas tales como la propia revocación. En el presente caso, las sentencias de instancia han destacado la pérdida de confianza del torero, poderdante, hacia sus apoderados.

La revocación, fundada en la pérdida de confianza, que no ha respetado el plazo de cinco años de vigencia del contrato y que no se aprecia que exista justa causa que la justifique, da lugar a indemnización que, además de las cantidades debidas, se contempla en la estipulación décima del contrato. Las sentencias de instancia aplican el artículo 1256 CC que proclama el principio de la *necessitas*, esencia de la obligación a la previsión de la falta de acuerdo que recoge la estipulación novena, antes transcrita, que impide atender de plano las pretensiones de los demandantes, apoderados; aplican el artículo 1288 del mismo código, que establece la regla contra *proferentem* que impide que la oscuridad de una cláusula, como la estipulación décima, favorezca a la parte que la ha ocasionado que, en este contrato, es la demandante, que lo redactó; menciona el artículo 1154 que regula la moderación de la cláusula penal; y hace una referencia, no como fundamento del fallo, sino como norma orientadora, del artículo 28.3 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del contrato de agencia. Consecuencia de todo ello, determinan la cifra que, como consecuencia de la revocación, debe el torero demandado indemnizar a los apoderados. (STS de 24 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—En fecha 5 de julio de 2003 el torero en formación E suscribió un «contrato de apoderamiento taurino». Los apoderados se obligaron a «representar y dirigir la carrera artística» de E durante un plazo de cinco años. Una cláusula del contrato preveía que «para resolver el presente contrato con base a lo establecido en el párrafo primero de esta estipulación deberá existir acuerdo entre las partes acerca de la idoneidad de la causa para provocar la rescisión. En caso contrario, esto es, desacuerdo acerca de la idoneidad de la causa por cualquiera de las partes, se entenderá la misma como injustificada». Abonadas algunas facturas por parte del torero a favor de los apoderados, con fecha 30 de noviembre de 2004 E comunicó la revocación del contrato a los apoderados por vía telefónica. El día 2 de diciembre el torero suscribió un nuevo contrato de apoderamiento con un tercero y el día 16 notificó la revocación a los anteriores apoderados mediante acta notarial, «al no haberse cumplido con las obligaciones asumidas [...] en lo que hace a la parte [...] relativa al rendimiento económico [del contrato]». Estos apoderados interpusieron demanda contra E por la que reclamaron distintas cantidades con base en el contrato o, subsidiariamente, indemnización de los daños y perjuicios causados. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Salamanca estimó en parte la demanda y condenó al torero a indemnizar los daños y perjuicios producidos por la revocación, mediante sentencia de 15 de diciembre de 2006, así como la demanda reconvenzional mediante la que E reclamó a los apoderados el pago de distintas cantidades dinerarias adeudadas. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la sentencia de 30 de abril de 2007 de la Audiencia Provincial de Salamanca lo desestimó. Los apoderados recurren en casación, entre otros motivos, por estar en desacuerdo con la validez y calificación del contrato, la justa causa de su revocación y sus consecuencias económicas. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (J. M. B. S.)

39. Contrato de mediación o corretaje. Remuneración al intermediario.—Como se declara, entre otras, en SSTs de 30 de marzo de 2007 y 25 de mayo de 2009, el contrato de mediación se integra en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos, cuya esencia reside en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario (SSTs de 10 de marzo de 1992 y 19 de octubre de 1993). Constituye un contrato atípico, consensual, bilateral y aleatorio, puesto que su resultado es incierto, y se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil (STS de 6 de octubre de 1990, entre otras muchas). Según esta misma jurisprudencia, la naturaleza de dicho contrato exige que el mediador ponga en contacto a su cliente con otra persona con la finalidad de que pueda llegar a concluirse un contrato; el mediador tiene derecho a cobrar el premio cuando el contrato llegue a celebrarse, estando sometido a la condición suspensiva de su celebración, salvo pacto expreso (SSTs de 26 de marzo de 1991, 19 de octubre de 1993, 30 de noviembre de 1993, 7 de marzo de 1994, 17 de julio de 1995, 5 de febrero de 1996, 30 de abril de 1998, 21 de octubre de 2000, 5 de noviembre de 2004, 13 de junio de 2006, 30 marzo 2007 y 10 de octubre de 2007). En el presente caso, la conclusión a la que llega la Audiencia Provincial respecto a la naturaleza del contrato, que califica como de mediación o corretaje, se compadece perfectamente con el propio sentido literal de sus cláusulas, de manera que no ha sido necesario acudir a otras reglas de interpretación subsidiarias a la establecida con carácter preferente en el primer párrafo del artículo 1281 CC. En efecto, el pacto segundo, dedicado a regular los honorarios por los servicios indicados en el pacto primero, define tales servicios como la «consecución de la transmisión del control de todo o parte del capital de las compañías a un tercero», lo que cabe entender, como entendió la Audiencia Provincial, en el sentido de que la gestión encomendada al recurrente no se limitaba al asesoramiento y asistencia en las negociaciones previas, sino que comprendía todo lo necesario para lograr la consecución del negocio intermediado, dado que de esto último se hizo depender expresamente la remuneración del mediador (el 1,75% del montante total percibido por los demandados). Esta interpretación también se compadece con el hecho de que las partes previesen de manera específica unos honorarios diferentes para el caso de que el negocio no se concluyera (pacto segundo, párrafo séptimo). Además, de la lectura de los dos últimos párrafos del pacto segundo se desprende que lo único que se reconoce al mediador, al margen del éxito o fracaso de su labor, es el derecho a ser compensado por los gastos de viaje, comida, alojamiento y demás realizados, de manera que la no consecución del negocio no le daba derecho a percibir la comisión del 1,75%, sino, en su caso, los honorarios que en cada momento se pactasen. **(STS de 27 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En fecha 1 de marzo de 2004, E suscribió un «acuerdo de intermediación» con J y R. E se obligaba a intermediar en la adquisición y control del capital social de distintas empresas de las cuales J y R eran socios. Encomendada la labor de venta de una de las empresas a otra persona durante la vigencia del contrato, E interpuso demanda contra J y R por la que reclamó una remunera-

ración por la mencionada venta con base en el contrato o, subsidiariamente, indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Rubí estimó la demanda a partir de una interpretación literal de la expresión «toda intermediación» contenida en el contrato, mediante sentencia de 14 de septiembre de 2007. Interpuesto recurso de apelación, la sentencia de 31 de octubre de 2007 de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona lo estimó, tras considerar que la eficacia del cobro de una remuneración en el contrato de mediación dependía de una condición suspensiva de celebración y perfección del contrato pretendido. El demandante E recurre en casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

40. Contratos. Aplicación del artículo 1288 CC: finalidad.—La jurisprudencia ha destacado que la aplicación del canon hermenéutico contra *proferentem* [contra el proponente], que recoge el artículo 1288 CC como sanción por falta de claridad para proteger al contratante más débil, está relacionada con la especial protección que confieren a los consumidores preceptos como el artículo 10.2 LCU en que expresamente se ordena que «en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor».

Contratos. Aplicación del artículo 1288 CC: limitación.—Se trata de una regla de interpretación que solo entra en juego cuando exista una cláusula oscura o sea oscuro todo el contrato, pues, ante esa falta de claridad y de transparencia, con la consiguiente imposibilidad de conocer la voluntad común, se ha de proteger al contratante que no causó la confusión.

Contrato de seguro. Cláusula limitativa: concepto.—El concepto de cláusula limitativa en su determinación positiva debe hacerse por referencia al contenido natural del contrato derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora. De estos criterios se sigue que el carácter limitativo de una cláusula puede resultar, asimismo, de que se establezca una reglamentación del contrato que se oponga, con carácter negativo para el asegurado, a la que puede considerarse usual o derivada de las cláusulas introductorias o particulares. El principio de transparencia, que constituye el fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera, en efecto, con especial intensidad respecto de las cláusulas que afectan a la reglamentación del contrato.

Contrato de seguro. Estipulaciones delimitadoras del riesgo y las limitativas de derechos: funciones.—Las estipulaciones delimitadoras del riesgo son las cláusulas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que se concreten qué riesgos son objeto del contrato de seguro, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial. Por su parte, las cláusulas limitativas de derechos, válidamente constituidas van a permitir limitar, condicionar o modificar el derecho del asegurado, y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiera producido. Estas deben ser destacadas de un modo especial y deben ser expresamente aceptadas por escrito. La solución expuesta parte de considerar que al contrato se llega desde el conocimiento que el asegurado tiene del riesgo cubierto y de la prima, según la delimitación causal del riesgo y la suma asegurada con

el que se da satisfacción al interés objetivo perseguido en el contrato por lo que resulta esencial para entender la distinción anterior comprobar si el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto.

Contrato de seguro. Delimitación del objeto del seguro.—La delimitación del objeto del seguro no es función exclusiva de las condiciones particulares, pues también cabe que las generales contengan cláusulas delimitadoras del riesgo, que, consecuentemente, serán válidas y oponibles frente al tomador aun cuando no se hayan respetado las formalidades del artículo 3 LCS.

Contrato de seguro. Hecho generador y riesgo asegurado: diferencias.—La jurisprudencia distingue entre hecho generador y riesgo asegurado. Esta distinción, puesta en conexión con el seguro de accidentes con cobertura de invalidez en sus diferentes grados, ha llevado a la doctrina a concluir que, si bien las obligaciones del seguro, en esencia, la de indemnizar el daño producido al asegurado, dentro de los límites pactados (art. 1 LCS), son exigibles a la aseguradora cuyo contrato estaba vigente cuando se produjo el evento que dio lugar, más tarde, a la invalidez, sin embargo el riesgo asegurado, cuya concurrencia es imprescindible para que surja la obligación de indemnizar (art. 1 LCS), lo constituye dicha incapacidad resultante del accidente, entendido desde el punto de vista fenomenológico, como hecho generador del citado riesgo objeto de cobertura. Así se explica que las obligaciones de la aseguradora no nazcan del hecho generador, de la causa violenta, súbita, externa, que origina la lesión corporal determinante de la incapacidad, sino que surgen de la invalidez misma, que constituye el riesgo asegurado siendo la fecha de la declaración de incapacidad la determinante de los efectos temporales y económicos de cobertura del seguro concertado, y de la aplicabilidad de las condiciones pactadas.

Contrato de seguro. Intereses de demora del artículo 20 LCS en seguro de accidentes: el retraso debe apreciarse desde que tiene lugar el accidente en sentido estricto.—Cuando la controversia se suscita en torno a la mora del asegurador, en particular, con relación al devengo de los intereses previstos legalmente, la jurisprudencia considera que el artículo 20 LCS, precepto del que se ha dicho que es aplicable a toda clase de seguros, y que la indemnización por mora a que se refiere el párrafo 4.º del mismo implica la existencia de un retraso culpable, que no obedezca a causa justificada o que no le pueda ser imputada al asegurador. Puesto que no ha lugar a apreciar ese retraso sino a partir del momento en que tiene lugar el siniestro, como indica el artículo 20.3 LCS, por ser el hecho que fija el término inicial del devengo, el que en el seguro de accidentes el siniestro no venga dado por el accidente, en cuanto hecho generador o causa del daño corporal, sino por el accidente en el sentido estricto que se deriva del tenor literal del artículo 100 LCS, esto es, como lesión corporal resultante de dicha causa, comprensiva de la muerte y de la invalidez, que son los riesgos objeto de cobertura, supone que solo a partir de la declaración de la invalidez y su conocimiento por el asegurador comienza para este la mora y el recargo de intereses, si su retraso en el abono de la correspondiente indemnización no responde a una justa causa o a una causa que le pueda ser imputable.

Contrato de seguro. Régimen legal aplicable y cuantificación de la indemnización.—El momento del accidente es el que determina el régimen legal aplicable, sin perjuicio de que para la cuantificación de la indemnización debe estarse al valor del punto en el momento del alta definitiva. 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 valora-

tivos, que serán los del momento del accidente, de forma que cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado. (STS de 20 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La representación procesal de don F. Interpuso demanda contra la compañía aseguradora A. SA, contra don A, doña E. y la aseguradora A, a consecuencia de accidente de tráfico, consistente en una colisión entre la motocicleta conducida por don F., con un tractor, que provocó también daños por alcance en un vehículo estacionado al margen de la vía. El Juzgado de Primera Instancia único de Chantada, en cuanto al objeto de casación, estimó parcialmente la demanda de don F. La Sección primera de la Audiencia Provincial de Lugo estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N.D.L.)

41. Contrato de adhesión: concepto.—Son aquellos en que las cláusulas no se negocian sino que aparecen prerredactadas unilateralmente por la parte disponente, que las incorpora al contrato, limitándose la voluntad de la adherente a aceptarlas o no, con el contenido que ya le viene dado.

Contrato de seguro: perfección.—Al contrato se llega desde el conocimiento que el asegurado tiene del riesgo cubierto y de la prima, según la delimitación causal del riesgo y la suma asegurada con el que se da satisfacción al interés objetivo perseguido en el contrato, y es evidente que, discutiéndose si la limitación de cobertura en razón a un riesgo excluido podía ser esperada por el asegurado, aunque no figurase en el condicionado particular, al margen del carácter o no lesivo de la cláusula en cuestión.

Contrato de seguro. Facultad de repetición de la aseguradora: plazo de prescripción y cómputo.—El pago de la indemnización es condición indispensable para el nacimiento a favor de la aseguradora de la facultad de repetición y esta acción del asegurador contra el tomador de seguro o asegurado prescribe por el transcurso del plazo de un año, contado a partir de la fecha en que hizo el pago al perjudicado; plazo que no ha prescrito si se tiene en cuenta que este pago que realiza la aseguradora tiene como día inicial para el cómputo del año aquel en que la aseguradora pone fin a un mismo siniestro, mediante el pago de las indemnizaciones al conjunto de perjudicados, especialmente cuando han interferido una diligencias penales previas cuyo resultado podría haber determinado una solución jurídica distinta respecto de los pagos hechos durante su curso y de la posibilidad de repetir o no frente al tomador o asegurado para su recuperación. (STS de 11 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La representación procesal de la compañía de seguros Z. SA interpuso demanda, contra don Ed. y don Ez. solicitando repetir la cantidad pagada a consecuencia de un accidente de tráfico con resultado de daños personales y materiales, que fueron indemnizados por la entidad que aseguraba la responsabilidad civil del vehículo causante en virtud de póliza de aseguramiento, dado que posteriormente, el conductor del vehículo, D. Ed., que lo hacía sin el pertinente permiso de conducir, fue condenado como autor responsable de una falta de lesiones imprudente del artículo 621.1

del Código Penal. La parte demandada se opuso a la demanda. El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Zafra estimó íntegramente la demanda. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N.D.L.)

42. Contrato de seguro. Interés asegurado: alcance.—El interés asegurado en el contrato de daños no solo puede radicar en la propiedad del bien asegurado, sino también derivar de cualquier otra relación económica que se refiera al mismo, y que la ambigüedad o amplitud en la descripción del interés asegurado, en cuanto pueda dar lugar a una confusión en cuanto a su exacta extensión o naturaleza, no puede ser interpretada en contra del asegurado de buena fe que acepta una redacción de las condiciones particulares en las cuales puede considerarse razonablemente incluido el interés que realmente ostenta en el objeto asegurado.

Contrato de seguro. Acción directa contra la aseguradora y legitimación activa: supuesto concreto.—Si subsiste el interés de la entidad asegurada (compradora con condición resolutoria) al tiempo del siniestro, es la única que se legitimada para ejercitar acción directa derivada de su contrato de seguro de daños contra su asegurador para cobrar lo que le correspondiese, sin que el hecho de que renunciara a promover dicha acción deba considerarse razón suficiente para admitir la legitimación de las vendedoras, que eran por completo ajenas a la relación aseguradora. (STS de 30 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La representación procesal de doña M. del P. y doña A interpuso demanda contra la entidad aseguradora C. G. C. O. S.A., en reclamación de cantidad a consecuencia de un incendio sufrido en un inmueble. El Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de San Sebastian desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa desestimó íntegramente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N.D.L.)

43. Contrato de seguro de accidentes. Intereses de demora del artículo 20 LCS: exoneración.—La DA 8.ª de la Ley 30/95, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, además de cambiar la denominación de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor (que pasó a llamarse Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor), incorporó a esta norma una Disposición Adicional, referente a la mora del asegurador donde, si bien se remitía en torno a esta cuestión a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, reconocía también una serie de particularidades, fundamentalmente la posibilidad de que la compañía de seguro pudiera exonerarse del recargo por mora pagando o consignando judicialmente la indemnización en el plazo de tres meses siguientes a la fecha de producción del siniestro, especificando que, si no podía conocerse en dicho plazo el exacto alcance de los perjuicios indemnizables, habría de ser el juez el que decidiera sobre la suficiencia o ampliación de la cantidad consignada, previo informe del médico forense si fuera pertinente, y con arreglo a la cuantía aproximada que pudiera corres-

ponder con arreglo al sistema de valoración del daño corporal que incorporaba el Anexo de la citada Ley 30/95.

Contrato de seguro de accidentes. Momento del accidente y momento del alta definitiva: efectos.—La jurisprudencia sostiene que el momento del accidente determina únicamente el régimen legal aplicable a la determinación del daño, mientras que para la cuantificación de la indemnización hay que atenerse al valor del punto en el momento del alta definitiva.

Contrato de seguro de accidentes. Consignación especial: naturaleza.—La consignación prevista en la DA 8.^a de la Ley 30/95 es una consignación singular, diferente de la contemplada con carácter general en el CC, razón por la que se rige por parámetros distintos, no siendo su finalidad la extinción de la obligación sino la liberación del pago de intereses, además de que no implica un reconocimiento de la deuda o de la responsabilidad.

Contrato de seguro de accidentes. Consignación especial: interpretación jurisprudencial.—La jurisprudencia interpretaba la DA 8.^a de la Ley 30/95 en redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 21/2007 concluyendo que solo a partir de la entrada en vigor de esta última norma puede afirmarse que la consignación liberatoria es la que se hace para pago (art. 7.3 e), en relación con el artículo 9); lo que supone que la consignación realizada al amparo de la redacción precedente, ya se tratase de la original de la Ley 30/95, o de las redacciones resultantes de las modificaciones operadas con posterioridad por la DF 13.^a de la LEC y por el Texto Refundido de la LRCSCVM, Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, no era una consignación para pago sino con una finalidad estrictamente de garantía.

Contrato de seguro de accidentes. Consignación especial: modificación por la LEC.—La modificación introducida por la DF 13.^a LEC no es otra cosa que el lógico resultado de la necesidad de adaptar a los nuevos procesos y trámites contemplados en la LEC 2000, de tal forma que la modificación no crea un derecho nuevo para el asegurador, sino que especifica el modo en que va a poder ejercitarlo a satisfacción, señalando que la consignación habrá de hacerse en el plazo de diez días a contar desde la notificación del inicio del proceso, pero sin añadir la exigencia del ofrecimiento de la cantidad consignada, que, ya se ha dicho, no constituyó presupuesto para la eficacia enervadora de la mora hasta la reforma del 2007. **(STS de 28 de junio de 2011; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La representación procesal de don G. como víctima de un accidente de circulación ocurrido interpuso demanda contra la entidad Z. E., Cia de Seguros y Reaseguros, S.A., en reclamación de cantidad en concepto de indemnización por los daños personales sufridos, más intereses legales de demora del artículo 20 LCS, calculados sobre la suma total reclamada, desde la fecha del siniestro y hasta su completo pago, y más los gastos que en el futuro pudieran derivarse de los reajustes de la prótesis requerida por el perjudicado. El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de San Sebastián estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa desestimó la apelación. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N.D.L.)

44. Culpa extracontractual: Accidente circulación: Colisión de ciclomotor con todoterreno: Lesiones del acompañante: Sentencia penal absolutoria del conductor del todoterreno: Reclamación a la aseguradora: Posterior intervención quirúrgica para retirar material de osteosíntesis: Incongruencia.—La sentencia impugnada al separar la pretensión ejercitada en la demanda de daños y perjuicios por la colisión del ciclomotor con un todoterreno, de la reclamación relativa a los perjuicios derivados de la intervención quirúrgica para la retirada del material de osteosíntesis, no incurrió en incongruencia *extra petita*, ni alteró la causa de pedir, sino que adoptó la solución que entendió adecuada a Derecho dentro del principio *iura novit curia*, dando respuesta a las alegaciones hechas en la audiencia previa, en la que fueron admitidas como alegaciones complementarias al amparo de los artículos 426.3 y 400 LEC. Tal separación no causa perjuicio al recurrente ya que mantiene la expectativa del derecho de resarcimiento por la intervención sobrevenida después de la demanda. Pero esta petición accesorio o complementaria no tenía una vida independiente de la demanda, de manera que una vez declarada la prescripción de la acción principal, no podía examinar la procedencia de la misma sin incurrir en contradicción.

Doctrina jurisprudencial sobre solidaridad impropia.—Es reiterada la jurisprudencia que declara existente solidaridad impropia entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia de causa única, esa responsabilidad, a diferencia de la propia, no tiene su origen en la ley o en el pacto expreso o implícito, sino que nace con la sentencia de condena; obedece a razones de seguridad e interés social, en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados; pero exige para su aplicación que no sea posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades.

La unificación de criterios interpretativos diferentes no implica desigualdad ante la ley.—La aplicación de un criterio unificado por parte de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo no implica violación de principios constitucionales, pues si bien es cierto que los principios de igualdad en la aplicación de la ley y seguridad jurídica, y el derecho a la tutela judicial efectiva, exigen cierta permanencia y estabilidad en la doctrina jurisprudencial, en cuanto que complementa el ordenamiento jurídico, el cambio de criterio jurisprudencial está permitido por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siempre que no sea arbitrario y esté motivado, no requiere que previamente se anuncie, ni limita sus efectos para el futuro pues no se excluye para resolver el caso en que se produce el cambio ni los ya iniciados rigiendo el criterio que se modifica. El principio de retroactividad sólo puede invocarse en relación con la aplicación de las disposiciones legales, a las que afecta el artículo 9.3 CE, pues el cambio de criterio no está contenido en una norma, sino en una sentencia; dicho principio no impide que los tribunales puedan alterar su criterio y con ello superar e integrar resoluciones anteriores, siempre que la nueva doctrina esté razonablemente fundada y resulte patente que exista un cambio de criterio. Así se permite la evolución de una jurisprudencia innovadora, coherente y responsable, desarrollada en el marco de la legalidad y dirigida a la búsqueda de la uniformidad.

Interrupción de la prescripción en obligaciones solidarias.—Desde la STS de 14 de marzo de 2003, esta Sala ha mantenido el criterio según el cual el pár. primero del artículo 1974 CC únicamente contempla el efecto de interrumpir la prescripción en el sentido de obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que

pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia; este criterio se considera sin perjuicio de aquellos casos en los que por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado.

En el presente caso la sentencia dictada en el juicio penal a que dio lugar el accidente no estableció un vínculo de solidaridad ya que fue absolutoria; no puede partirse de la existencia de una presunción de solidaridad, pues las declaraciones de la sentencia penal, en las que se fundamentó la absolución de los implicados en el accidente, no tienen la virtualidad de generar un vínculo de solidaridad impropia, que exige una sentencia condenatoria que así lo establezca; el artículo 14 del RD de 30 de diciembre de 1986, coincidente con el artículo 14.2.1 del RD de 12 de enero de 2001, es una norma interna de distribución de responsabilidad, en la que no es posible apoyar una presunción de responsabilidad solidaria de las aseguradoras a favor de un tercero; en el juicio previo contra la aseguradora del todoterreno fue llamado como testigo la aseguradora del ciclomotor, pero ello no tiene relevancia para interrumpir la prescripción.

Determinación del día inicial: Doctrina jurisprudencial.—La jurisprudencia ha reiterado que la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de acciones es función que corresponde en principio a la Sala de instancia y su decisión al respecto es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación salvo cuando se halla en juego la correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables. El hecho de la retirada del material de osteosíntesis no implica por sí mismo que las secuelas no estuvieran consolidadas si quedaron concretadas en el informe de alta de forma que permitían ya ser valoradas en toda su dimensión con arreglo al sistema legal de valoración de los daños personales incluido en el Anexo de la DA 8.^a de la Ley de 8 noviembre 1995 (**STS de 18 de julio de 2011**: no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Dos aspectos pueden considerarse en este fallo extractado (sin descuidar que el accidente ocurre en 1996), uno atinente al caso concreto y otro de alcance general que desborda el ámbito normal de la mera anotación. Respecto al primero se argumenta sobre el acuerdo de la Junta General de Magistrados de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 27 marzo 2003, expuesto en SSTs de 14 de marzo y 5 de junio de 2003, sobre la denominada solidaridad impropia y sus relaciones con la interrupción de la acción de reclamación de daños y perjuicios. Me parece que, en este punto, puede detectarse aquí un descuido procesal del recurrente (*sibi imputet*) que eligió inicialmente a la aseguradora del todoterreno como demandado único, olvidándose de la del ciclomotor (así, al demandar a esta última había transcurrido ya con exceso el plazo prescriptivo). La solución adoptada por las ss. de instancia, que acoge la Sala 1.^a, sobre la prescripción de la acción, con todo, parece discutible. En cuanto al segundo, después de la entrada en vigor del Libro I del Código civil catalán, es un hecho que se ha roto la unidad del mercado español en relación con el seguro de accidentes al introducirse en aquella C.A. el plazo prescriptivo trienal de la acción por culpa extracontractual. Creo que la necesidad de ampliar el plazo prescriptivo anual del CC es evidente y urgente, pero no, a lo que estimo, por la vía utilizada por el Parlamento catalán. (*G.G.C.*)

45. Culpa extracontractual: Colisión de vehículos: Culpa exclusiva de uno de los conductores: Reclamación contra los herederos y la aseguradora: Lucro cesante en caso de incapacidad permanente: Resarcimiento íntegro y aplicación del baremo.—Constituye jurisprudencia de esta Sala, sentada por primera vez en STS del Pleno, de 25 de marzo de 2010, y luego recogida por SSTTS de 5 y 31 de mayo de 2010, que el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente, aunque no sea susceptible de ser resarcido íntegramente con arreglo al sistema legal de valoración del daño corporal incorporado a la LRCSCVM, sí cabe, al menos, que pueda ser compensado proporcionalmente, mediante la aplicación del factor de corrección, por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de este último por perjuicios económicos y por incapacidad permanente, previstos en la Tabla IV del Anexo, cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad de limitarlo a los supuestos de prueba de la culpa relevante por parte del conductor.

De esto se sigue que, aun cuando no está justificado obviar el carácter vinculante y la constitucionalidad del sistema en esta materia, la antinomia que existe entre el principio de resarcimiento íntegro de todos los daños causados a las personas en accidente de circulación y la cuantificación de la indemnización del lucro justifica el acudir, a la hora de compensarlo más adecuadamente, a los elementos correctores del apartado primero del núm. 7 del Anexo, que han de ser entendidos en sentido amplio a fin de comprender también los fundados en circunstancias excepcionales relacionadas con las personales y económicas de la víctima.

La jurisprudencia exige que concurren los siguientes requisitos: 1) que se haya probado la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante futuro realmente padecido; 2) que éste no resulte compensado mediante la aplicación de otros factores de corrección; 3) que la determinación del porcentaje se realice conforme a los principios del Sistema, acudiendo analógicamente a los criterios fijados por las tablas que puedan ser susceptibles de comparación, siendo en este caso el máximo del 75% de incremento de la indemnización básica; 4) que este factor de corrección es compatible con el aplicable por perjuicios económicos; 5) que el porcentaje de incremento por incapacidad permanente debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el Sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente; y 6) que el porcentaje de incremento sobre la indemnización básica por incapacidad permanente no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal.

Procede rechazar el primer motivo del recurso toda vez que la decisión de la Audiencia Provincial se ajusta a la doctrina de esta Sala de considerar vinculante el sistema en orden a cuantificar la indemnización que correspondía a la víctima por el concepto de lucro cesante, por pérdida de ingresos vinculada a su incapacidad, no siendo compatible con aquella la tesis esgrimida por el recurrente de obtener el resarcimiento al margen del mismo, por más que haya sido declarada la culpa relevante del conductor causante del siniestro.

En cambio, sí procede estimar el segundo y subsidiario motivo, cuando la Audiencia Provincial se apartó de la citada doctrina al entender que el lucro cesante debía considerarse suficientemente resarcido con los incrementos sobre la indemnización básica por lesiones permanentes que resultan de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanen-

te, olvidando que la jurisprudencia admite, si no su compensación íntegra, sí al menos una compensación mayor, mediante la aplicación del factor de corrección del Anexo Primero, 7, siempre que concurren los presupuestos que la propia doctrina exige para su aplicación. En este caso la proporción en que resultaría resarcido con dicho factor el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima apenas superaría el 8%, por lo cual, debe aplicarse por concurrencia de la circunstancia excepcional de existencia de lucro cesante no compensado un porcentaje de un 50% de incremento sobre la indemnización básica. La cantidad resultante de la aplicación de este factor de corrección es compatible con la concedida por perjuicios económicos, pero dicho porcentaje no puede ser aplicado sobre la indemnización básica por incapacidad temporal.

Intereses de demora: Procedencia.—Procede estimar el motivo y la imposición a la aseguradora de los intereses del artículo 20 LCS, sobre la suma concedida, desde la fecha del siniestro y hasta su completo pago, al tipo legal del dinero incrementado en un 50% anual durante los dos primeros años, y al mínimo del 20% anual, a partir de dicha fecha, sin perjuicio del valor liberatorio, por su importe, de las cantidades en su día satisfechas. Este pronunciamiento se funda en la inexistencia de razones que permitan reputar justificada la negativa de la aseguradora a cumplir su deber de satisfacer la prestación en plazo. Así, debe descartarse que el pleito haya sido imprescindible para eliminar una incertidumbre racional sobre la verdadera causa del siniestro, ya que quedó probado que la causa del accidente se ubicó en la actuación negligente del asegurado, quien provocó la colisión al realizar una maniobra antirreglamentaria de adelantamiento cuando conducía su vehículo con una tasa de alcoholemia superior a la legalmente permitida; de igual modo debe descartarse la necesidad del pleito para eliminar la incertidumbre de la misma naturaleza relativa a la cobertura del hecho causante del accidente, en cuanto que no se suscitó discusión al respecto. Todo ello permite concluir que si la aseguradora se negó a cumplir o demoró en exceso el cumplimiento de sus obligaciones fue únicamente por considerar excesiva la cantidad concedida, no siendo esta circunstancia razón bastante por sí misma para no apreciar mora ni para exonerar del consiguiente recargo, dado el carácter meramente declarativo del derecho del perjudicado que tiene la sentencia que la concreta. (**STS de 20 de julio de 2011**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (*G.G.C.*)

46. Culpa extracontractual: Accidente de circulación: Lesiones con secuelas: Enfermedad preexistente: Incapacidad permanente: Aplicación del factor de corrección.—Las dos SSTS de 17 de abril de 2007 del Pleno de esta Sala han sentado como doctrina jurisprudencial que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de 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. La jurisprudencia expuesta ha servido para resolver el problema de la determinación y valoración del daño corporal con arreglo al sistema legal incorporado por la Ley 30/95, de 8 noviembre, y sus posteriores modificaciones, ya se trate de daños derivados de un accidente de circulación, o de los causados en otros sectores de la actividad para los que el sistema resulta aplicable igualmente con valor orientativo, sin que esta Sala haya encontrado obstáculo para su aplicación a pleitos pendientes en casa-

ción, sobre hechos que hubieran acaecido con anterioridad a la resolución que fijó el nuevo criterio doctrinal, ni en supuestos en que era anterior la reclamación judicial de la pertinente indemnización.

La decisión de la Audiencia Provincial de tomar en consideración la fecha del siniestro (año 2001) a los únicos efectos de determinar el régimen legal aplicable, y de valorar económicamente los daños con arreglo a las cuantías correspondientes a la anualidad en que se produjo el alta definitiva (año 2003), es una solución plenamente ajustada a la jurisprudencia fijada por esta Sala en las citadas sentencias con vocación de generalidad, en adecuada respuesta a la disparidad de soluciones que hasta entonces existían en la doctrina menor de las Audiencias.

La STS de 29 de diciembre de 2010, contempla como factor de corrección de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes aquellas que constituyen una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima. A su vez la STS del Pleno de la Sala de 25 de marzo de 2010, acogiendo un criterio seguido por la doctrina de la STS de 17 de julio de 2007, Sala de lo Social, afirma que el factor de corrección por incapacidad permanente parcial, total o absoluta, tiene como objeto principal el reparar el daño moral ligado a los impedimentos de cualesquiera ocupaciones o actividades, siempre que merezcan el calificativo de habituales. La Tabla IV del Baremo establece una cuantía mínima y otra máxima, lo que se traduce en que el órgano judicial no está obligada a conceder esta última por el simple hecho de que de que concurra la incapacidad sino que está facultado para moverse entre esos márgenes.

En el presente caso la Audiencia Provincial concedió una suma inferior a la máxima con fundamento en la preexistencia de patologías previas, sin que se haya excedido el tribunal de instancia en su función, ni existen razones para considerar desproporcionada o arbitraria la suma concedida por este concepto.

Tratándose del factor de corrección por perjuicios económicos en incapacidades transitorias, en el caso de autos la Audiencia Provincial considera probado que el actor realizaba una actividad laboral remunerada en el momento del siniestro, como se deduce de su condición de funcionario público –ertzaina–, y de las declaraciones de IRPF de los años 2000 y 2001, cuando se produjo el accidente, dicha circunstancia es suficiente para reconocerle el derecho a que se aplique el factor de corrección del 10%, aun cuando no lograra probar de forma concreta sus ingresos. (**STS de 20 de julio de 2010**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.–Se completa la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo con la del número correlativo anual, por existir dos de igual fecha. (*G.G.C.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

47. Alcance del principio de legitimación registral.–El motivo se desestima porque la legitimación registral que proclama el artículo 38 de la Ley Hipotecaria no alcanza a los datos de hechos. Ya se ha dicho anteriormente que el Registro de la Propiedad proclama y protege derechos reales, no los datos de la finca sobre los que recaen aquéllos. El sistema registral espa-

ñol no va referido a la situación (contenido, extensión, construcción, etc.) de la finca, sino que, aceptando los linderos, protege el derecho real que recae sobre ella. Las sentencias de instancia no han declarado probada la titularidad de la demandante, recurrente, sobre la finca objeto de la acción y, pese a lo que conste fácticamente en la inscripción, la presunción *iuris tantum* no ha alcanzado a la titularidad del derecho sobre la misma. Tal como dice la sentencia de 17 de mayo de 2005: «el Registro de la Propiedad no está dotado de base física fehaciente, y la institución no responde de la exactitud de los datos y circunstancias de hecho, ni por consiguiente de los demás datos descriptivos de las fincas. La identificación no se logra con la expresión que figura en los títulos presentados en el pleito, ni con la de inscripción registral, ya que se requiere que las fincas se determinen de modo preciso sobre el terreno y por sus linderos y este requisito identificativo es esencial».

Ineficacia de una licencia administrativa a efectos de determinar el derecho de propiedad.—El motivo segundo del recurso de casación alega la infracción del artículo 7.1 del Código civil y del artículo 3.1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del principio de actos propios. Se base el motivo en que el Ayuntamiento había concedido anteriormente una licencia de edificación que comprendía la finca reclamada. El motivo se desestima porque las sentencias de instancia han declarado no probada la propiedad de la finca objeto de la acción declarativa de dominio. Lo cual no queda destruido por una previa licencia que nunca prejuzga el derecho de propiedad, ni puede ser tenido como acto propio una licencia que da una corporación y que no la vincula en el futuro frente a una resolución sobre el dominio. **(STS de 30 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La entidad mercantil C interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Baracaldo contra el Ayuntamiento de Portugalete ejercitando una acción declarativa de dominio sobre una finca.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda al considerar que la parte actora no había acreditado el derecho de propiedad sobre la mencionada finca. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia Provincial de Vizcaya. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A.S.C.)

48. Propiedad horizontal. Obras en patio común sin autorización de la junta de propietarios. Inexistencia de consentimiento tácito.—El simple conocimiento de la existencia de las obras no equivale *per se* a consentimiento como exteriorización de una voluntad, ni el silencio supone una declaración genérica en la que se pueda encontrar justificación para no obtener los consentimientos legalmente exigidos. Para interpretar el silencio como una tácita manifestación del consentimiento es necesario valorar diversos aspectos, como las relaciones preexistentes entre las partes, la conducta de éstas y las circunstancias que preceden y acompañan a dicho silencio (SSTS de 23 de octubre de 2008 y de 26 de noviembre de 2010). Queda acreditado que el actor ha llevado a cabo una actividad previa a la interposición de la demanda que impide considerar que existiera una aquiescencia por su parte

capaz de ser calificada como un consentimiento tácito, pues, años antes de interponer la demanda, requirió a la demandada a fin de que retirara las instalaciones colocadas en el patio común. (STS de 27 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Benedicto demandó a doña Florencia solicitando se condenara a la demandada a retirar las obras que había hecho en un patio de luces de naturaleza común, aunque el acceso al mismo sólo lo tenía la demandada. Se trataba de un toldo y de un tejadillo, que habían sido colocados hacía tres y seis años respectivamente y que cuya instalación no había sido autorizada por la junta de propietarios. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Jaén estimó el recurso de apelación del actor y ordenó la retirada de tales elementos. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la demanda. (L.A.G.D.)

49. Propiedad Horizontal. Elementos comunes de uso exclusivo de uno o varios propietarios. Determinación del destino del patio en los estatutos de la comunidad. No cabe su uso para otras actividades que no sean las específicamente fijadas en la norma reguladora de la comunidad, aunque dicho uso resulte compatible con el permitido.—La descripción de los locales en el título de división horizontal alude a una parte descubierta destinada a almacén o depósito, de tal forma que, puesto en relación con los estatutos de la comunidad, se llega a la conclusión de que el uso del patio reservado a los locales no puede tener otro destino que el señalado de almacén o depósito. Entender que la norma estatutaria no puede ser entendida como una limitación o imposición de un destino determinado, sino más bien como una potestad o derecho de elección por parte del propietario de los locales, supondría no sólo una interpretación inadecuada de los estatutos sino también una vulneración del título constitutivo de la comunidad. (STS de 28 de junio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios demandó a los titulares de los locales comerciales situados en los bajos de los dos edificios que componían la comunidad, los cuales, de acuerdo con los estatutos que regían la misma, tenían atribuido el uso privativo de los patios o zonas intermedias entre ambas construcciones. De acuerdo con el mismo instrumento rector, el uso de dichos espacios debía dedicarse únicamente a depósito o almacén. Sin embargo, los propietarios demandados habían unido, mediante obras de carácter permanente, tales patios a sus locales, utilizándolos para una ampliación de las zonas destinadas al desarrollo de su actividad comercial, con colocación techos, columnas, sistemas de aire acondicionado, chimeneas, etc... El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, el carácter común de los patios y su uso privativo, y ordenó la retirada de los elementos y obras que suponían la incorporación de tales zonas a los locales. No obstante, desestimó la demanda en lo tocante a ordenar la retirada de los aparatos y maquinaria de aire acondicionado, por considerar que no

infringía el uso previsto en la norma estatutaria. La Audiencia Provincial de Valladolid confirmó dicha sentencia en todos sus términos. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por los demandados y dio lugar al planteado por la parte actora. (*I. D.-L.*)

50. Propiedad horizontal. Calificación de los gastos judiciales derivados del pleito sostenido con uno de los copropietarios.—Si la comunidad de propietarios no actúa de consuno, sino que, rota la armonía, surge la contienda judicial enfrentándose aquélla y uno de sus componentes, los desembolsos impuestos por la situación litigiosa no merecen la calificación de «gastos generales» con relación al segundo; y si el enfrentado al grupo ha de soportar el pago de las expensas propias, no podrá imponérsele contribución en el de las correspondientes a la otra parte aplicando la cuota de participación, pues de mantener distinto criterio podría llegarse al injusto resultado de que el titular agraviado por un acuerdo de la comunidad, que se vio en la precisión de combatir judicialmente para restablecer el orden conculcado, tendría que soportar en parte los gastos procesales causados por la comunidad de propietarios vencida (SSTS de 5 de octubre de 1983, de 23 de mayo de 1990 y de 24 de julio de 1997). (**STS de 24 de junio de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Adoptados diversos acuerdos en el seno de la comunidad de vecinos, uno de los propietarios disidentes entabló juicio contra la comunidad, siendo desestimada su demanda tanto en primera instancia como en alzada. La comunidad pretendió distribuir entre todos los comuneros los gastos generados por el juicio, incluyendo también al propietario vencedor. Éste plantea recurso de casación al entender que los gastos judiciales del pleito mantenido con la comunidad no podían calificarse como comunes o generales. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación del actor. (*L.A.G.D.*)

51. Calificación negativa del registrador. Plazo para la resolución del recurso por la DGRN. Efectos del transcurso del plazo.—El Tribunal Supremo reitera la doctrina sentada en su anterior STS de 3 de enero de 2011, declarando que el transcurso del plazo impuesto a la DGRN en el artículo 327, párrafo noveno, LH para resolver y notificar el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador determina que se entienda desestimado el recurso y comporta la nulidad de una resolución del recurso recaída con posterioridad al transcurso de este plazo. Las razones en las que se funda esta conclusión son tres: i) La naturaleza de acto administrativo que tienen las resoluciones de la DGRN por las que se resuelven recursos contra las calificaciones negativas de los registradores de la propiedad no permite, sin más, la aplicación general supletoria de las normas del procedimiento administrativo y, en particular, del régimen general del silencio administrativo, ya que ello podría determinar efectos incompatibles con las particularidades y principios del sistema registral; ii) Si no puede partirse de una aplicación automática del régimen administrativo, parece razonable esperar del legislador una remisión específica a los concretos aspectos de dicho régimen que considere

aplicables a la función registral, pero entre las remisiones al régimen administrativo contenidas en el artículo 327 LH no hay ninguna referida al régimen del silencio administrativo, sino que los efectos de éste se regulan de manera específica en este precepto, estableciendo la desestimación presunta del recurso por el transcurso de un determinado plazo; y iii) la posibilidad de que la DGRN pudiera modificar la decisión una vez transcurrido el plazo para resolver crearía una situación de inseguridad jurídica. A diferencia de la regulación general del silencio administrativo, en el ámbito registral se trata de proteger derechos de carácter privado frente a intereses generales. Concretamente, se busca proteger los derechos de los terceros que, habiendo obtenido la inscripción de su derecho, pueden resultar afectados por el acceso al Registro de un derecho reconocido por la DGRN con carácter extemporáneo y, en algunos casos, con varios años de retraso con respecto del momento en que debió decidirse el expediente. **(STS de 1 de julio de 2011; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El 28 de mayo de 2002 se otorga escritura pública de carta de pago y extinción de condición resolutoria. La inscripción registral es denegada por nota de calificación negativa de 29 de julio de 2002. Tras la subsanación de las deficiencias, el título se inscribe en el mes de septiembre de 2002.

El notario interviniente en la escritura pública interpone recurso gubernativo el 3 de septiembre de 2002. La DGRN, por medio de resolución de 29 de septiembre de 2005, estima el recurso y revoca la calificación del registrador. El registrador formula demanda de juicio ordinario contra la DGRN solicitando la nulidad de la resolución recaída. Alega la extemporaneidad de dicha resolución, por haber sido dictada tres años después de la interposición del recurso gubernativo.

El juez desestimó la demanda al considerar que la cuestión litigiosa excedía de la competencia de la jurisdicción civil.

La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el notario, al considerar que la cuestión litigiosa sí era competencia de la jurisdicción civil. Sin embargo, en cuanto al fondo del asunto, desestimó íntegramente la demanda, por entender que el artículo 327 LH debía complementarse con el artículo 42 LRJPAC en materia de silencio administrativo y que la resolución dictada por la DGRN era plenamente válida y eficaz aunque se hubiese dictado transcurridos los tres meses indicados en el artículo 327 LH.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el notario. Entiende que el transcurso del plazo impuesto a la DGRN en el artículo 327 LH para resolver y notificar el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador determina que se considere desestimado el recurso y comporta la nulidad de una resolución de recurso recaída con posterioridad al transcurso de este plazo. Explica, además, que esta doctrina es plenamente aplicable al supuesto enjuiciado, ya que, interpuesto recurso gubernativo por el notario ante la DGRN el 3 de septiembre de 2002, la DGRN no resolvió expresamente en el plazo de tres meses, sino que lo hizo con fecha de 29 de septiembre de 2005, por lo que se

entiende desestimado el recurso gubernativo, por vía de silencio, quedando sin efecto la resolución dictada en septiembre de 2005.

NOTA.—Para un estudio detallado del régimen de nulidad de las resoluciones extemporáneas de la DGRN, se recomienda encarecidamente la lectura de la obra de 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. (G.M.A.)

DERECHO DE FAMILIA

52. Filiación no matrimonial: Negativa a la práctica de las pruebas biológicas: Recurso extraordinario por infracción procesal: Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.—El Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que la realización de la prueba biológica en los procesos de filiación no lesiona ningún derecho fundamental (STC 7/1994), y en cuanto a la valoración de la negativa a efectuar dichas pruebas la STC 55/2001 dice que no corresponde al Tribunal Constitucional suplir a los órganos judiciales en relación al valor como indicio probatorio de esta negativa. La doctrina del Tribunal Constitucional puede resumirse diciendo que las pruebas biológicas han de realizarse en virtud del mandato judicial, siempre que 1) no exista una grave riesgo para la salud del demandado; 2) la medida judicial sea proporcionada adecuadamente con la intromisión en los derechos fundamentales que dicha prueba comporta, y 3) que la evidencia de la paternidad no se pueda obtener por otros medios menos lesivos de la dignidad humana. Sin embargo, no puede obligarse al demandado a someterse a dichas pruebas cuando se opone o bien cuando existen razones excepcionales que justifican la negativa.

La negativa no determina en el ordenamiento español una *ficta confessio*, y por ello el artículo 767.4 LEC dice que se permite la atribución de la paternidad o la maternidad *siempre que existan otros indicios y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios*. En el presente caso se alega que habiéndose negado el demandado a efectuarse dicha prueba en la audiencia del procedimiento de aseguramiento, debía la demandante reiterar la petición en la demanda mediante la que ejercitada la acción de reclamación. Pero la cuestión debe resolverse negativamente, porque habiéndose negado el interesado por unas razones calificadas por los tribunales de arbitrarias, no se conseguía nada reiterando la petición. Pero es que, además, la petición de prueba se efectuó mediante otrosí en la demanda como prueba anticipada y en el apartado V de la propia demanda en el que se interesaba se procediera a la investigación de la paternidad mediante pruebas biológicas.

A través de la hipotética lesión del artículo 24 CE, la parte recurrente introduce un problema de valoración de prueba producida, aunque no alega infracción de las reglas sobre dicha valoración. Dice la STS 672/2010, de 26 octubre que la vulneración de las reglas de la valoración de prueba sólo puede ser admisible en recurso extraordinario por infracción procesal por ser manifiestamente arbitraria o ilógica, o bien *cuando no supera el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela*

judicial efectiva, y en tal caso habrá que plantearse a través del artículo 469.1.4.º Lec como vulneración del artículo 24.1 CE.

Se acepta aquí el razonamiento de la citada s. 672/2010 que, de acuerdo con la doctrina más consolidada de esta Sala afirma que *cuando la sentencia recurrida ha establecido los hechos mediante una apreciación conjunta de la prueba, no es lícito articular un motivo para desarticularla, a fin de que prevalezca un elemento probatorio sobre otros, ni plantear cuestiones que impliquen la total revisión de la valoración efectuada por la Audiencia Provincial, lo que es impropio de la naturaleza y función del recurso extraordinario por infracción procesal, pues se convertiría en una tercera instancia.*

Recurso de casación por presentar interés casacional.—Está reservado para aquellos casos en que la s. recurrida se oponga a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Pero de la lectura de aquélla se desprende: 1.º La resolución recurrida se ajusta claramente a lo que dice el Tribunal Constitucional, confirmando la jurisprudencia de esta Sala, por lo que no hay interés casacional, al no haberse contradicho esta jurisprudencia; 2.º Tampoco se cumple el interés casacional, porque los recurrentes no aportan sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales que deban ser objeto de unificación de doctrina por esta Sala; 3.º Los recurrentes hacen supuesto de la cuestión al partir de unos hechos que divergen absolutamente de la relación de hechos probados declarados por la s. recurrida. **(STS de 17 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La actora nació el 24 junio 1960, siendo reconocida por su madre. En 1968 contrae matrimonio con D. Alexis, quien en ningún momento reconoció a aquélla. En 1973 se añade una nota marginal al acta de nacimiento de la actora del siguiente tenor: «A efectos de identificación se impone como nombre del padre de la inscrita el de Flequi». En 2001 la madre de la actora falleció en estado de viuda el 25 abril 2001. En los presentes autos la actora demanda a D. Olegario ejercitando acción de reclamación de filiación no matrimonial, siendo desestimada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Mieres en s. de 29 mayo 2007. Durante la tramitación de la apelación fallece D. Olegario siendo sustituido procesalmente por sus dos hijas. La sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo estimó el recurso, alegando que la citada nota marginal, inserta cinco años después del matrimonio, pese a que el nombre paterno adjudicado coincidía con el del marido de la madre y daba una apariencia de normalidad a la relación, carecía de contrapartida jurídica pues la hija nunca fue reconocida por el marido de su madre, de modo que la actora conservaba los apellidos maternos, resultando absurdo en el supuesto de haber sido el padre biológico, que no la hubiera reconocido antes de casarse con la madre. En resumen: la prueba testifical indica que la única relación sentimental que conocidamente tenía la madre de la apelante al tiempo de su concepción era precisamente con el demandado y por ello debe entenderse arbitraria la negativa a someterse a la prueba biológica, y ello constituye prueba de la paternidad que debe declararse.

Parece claro que la mera atribución registral de un nombre al padre de una hija extramatrimonial, sólo a efectos meramente identificatorios, anotada al margen de la inscripción de nacimiento, no equivale al reconocimiento de su paternidad. (G.G.C.)

53. Filiación no matrimonial: Reconocimiento de complacencia: Impugnación: Doctrina jurisprudencial.—Sobre el tema no hay doctrina del Tribunal Constitucional. Por su parte, la doctrina de la Sala 1.^a viene aceptando la viabilidad de la acción de impugnación derivada del artículo 140 CC, pese a que la filiación extramatrimonial haya sido determinada por un reconocimiento voluntario y consciente no viciado, llamado de complacencia, porque quien reconoce, lo hace a sabiendas de que no es el padre biológico del reconocido. Así últimamente en SSTs de 27 mayo, 12 y 14 julio 2004, 29 octubre y 5 diciembre 2008, y 29 noviembre 2010, se declaró la viabilidad de la acción, aunque apreciaron su caducidad por haberse ejercitado fuera del plazo establecido para ello. La posición contraria a la viabilidad de esta acción en los casos de reconocimiento de complacencia, mantenida por las sentencias de ambas instancias y por el Ministerio Fiscal en las mismas, se basa, en lo sustancial, en la irrevocabilidad del reconocimiento y en el carácter indisponible del estado civil.

Partiendo de la línea jurisprudencial marcada por las ss. citadas, esta Sala declara:

1.º El reconocimiento de hijo extramatrimonial, prescindiendo de que sea un reconocimiento de complacencia, está sometido a la normativa general de todo reconocimiento, como medio de determinación de la filiación extramatrimonial (art. 120. 1.º CC), y dentro del mismo, a la acción de impugnación que contempla el artículo 140 CC;

2.º Esta acción es distinta de la que contempla el artículo 141 CC, que es la acción de impugnación, no de la filiación en sí misma considerada, sino del reconocimiento, que lleva consigo necesariamente la de la filiación, y se ejerce con fundamento en la existencia de un vicio de la voluntad, con la breve caducidad de un año;

3.º La acción de impugnación derivada del artículo 141 no tiene como fin poner en entredicho determinadas situaciones que, por el transcurso del tiempo, pueden entenderse como situaciones sociales o familiares consolidadas, por haber alcanzado permanencia y general reconocimiento, en las que debe prevalecer el principio de seguridad jurídica y el carácter indisponible del estado civil. Sin embargo, nada obsta al ejercicio de la acción de impugnación durante el plazo de caducidad de cuatro años establecido con carácter general para la impugnación de la filiación ordinaria (en esta sentido se pronunció la STS de 29 noviembre 2010).

4.º Atendiendo a lo expuesto, esta Sala fija la siguiente doctrina: *La acción de impugnación de la filiación extramatrimonial, determinada por un reconocimiento de complacencia, puede ejercitarse por quien ha efectuado dicho reconocimiento, al amparo del artículo 140 CC, dentro de los cuatro años siguientes a la fecha del reconocimiento.*

En el presente caso la filiación de la menor, como hija no matrimonial del recurrente, quedó determinada por el reconocimiento de complacencia efectuado ante el Encargado del Registro Civil, el 7 noviembre 2002. La demanda fue presentada el 24 junio 2004. Las partes y el Ministerio Fiscal no discu-

ten el carácter de reconocimiento de complacencia, ni el resultado negativo de las pruebas biológicas, y el Ministerio Fiscal no se ha opuesto al recurso. Por ello debe estimarse el recurso de casación. (STS de 4 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—La sentencia extractada ha sido pronunciada por el Pleno de 9 Magistrados del Sala 1.^a Tribunal Supremo, y al mismo ha presentado un Voto Particular el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz cuya finalidad deja meridianamente claro el primer párrafo de aquél, que transcribo: «Se ha dicho en la doctrina que el Derecho avanza, en muchos casos, a través de los votos particulares. Esto se pretende en el presente caso. Tenemos una reiterada jurisprudencia que estimo equivocada y, peor aun, contraria al sentido jurídico, a la realidad social y al ordenamiento vigente. En palabras llanas y en síntesis, el caso lo resolvemos en forma verdaderamente sangrante: un hombre se enamora de una mujer soltera que tiene un hijo reconocido sólo por ella, de una relación anterior, él, en el calor de su enamoramiento reconoce a aquel hijo como suyo, a sabiendas de que no lo es; más tarde se extingue aquel amor y rompe, como si fuera un simple papel, aquel reconocimiento y, con ello, el estado civil de aquel niño (o ya chico, o ya hombre). En otras palabras, su reconocimiento depende exclusivamente de la voluntad del reconocedor; cuando el reconocedor se pelea con la mujer, se separa y se termina la posesión de estado con el reconocido ¿Se aplica realmente el pár. 1.º del artículo 140 CC alegando el reconocedor que no es padre (lo que es cierto), prescindiendo que lo sabía y aceptaba cuando reconoció (lo que también es cierto)? La realidad social y el ordenamiento entiendo que no lo admiten y espero que la Sala —más pronto, o más tarde— cambie el criterio que ahora ha mantenido en el pleno e impida este desaguisado». Después de un análisis del artículo 140 CC, según su perspectiva personal, concluye lógicamente en favor de la desestimación del recurso. (G.G.C.)

54. Unión de hecho: Patria potestad sobre los tres hijos nacidos de la unión: Cese de la convivencia de los padres: Custodia compartida: Inaplicación del artículo 15 del Reglamento 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea.—El recurrente alega que se ha vulnerado el artículo 15 del Reglamento citado de la UE, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, porque dado el largo tiempo transcurrido desde que empezó el procedimiento, y el hecho de que los menores viven en Bruselas, sería más conveniente suspender el conocimiento del asunto e invitar a las partes a someter una demanda ante el órgano jurisdiccional de dicha ciudad, permitiendo tomar esta decisión en beneficio de los menores.

El artículo 15 del Reglamento citado dice lo siguiente: «1. *Excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto, podrán, si consideran que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo y cuando ello responda al interés superior del menor: a) sus-*

pende el conocimiento del asunto, invitando a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional del estado miembro con el que el niño tenga esta especial relación, o bien solicitarle que ejerza su competencia. Ello se aplicará, bien a instancia de parte, o bien de oficio, pero siempre será necesario el consentimiento de una de las partes. Esta disposición se califica por el Reglamento de *excepcional* porque según el artículo 14 del propio Reglamento, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado.

Esta Sala, como efectuó también su día la Audiencia Provincial en la s. recurrida, considera que no concurre la excepcionalidad exigida en la norma comunitaria para que los Tribunales españoles procedan a suspender el conocimiento del asunto. Esta suspensión sería contraria al interés de los menores de ver resuelta la forma de atribución de la guarda y custodia lo más rápidamente posible, dada su edad, y de la forma más adecuada a sus interés.

Falta de motivación de la sentencia: Se reproducen los argumentos de la Sentencia de 8 de octubre de 2009 recaída en el mismo asunto.—La anterior sentencia dictada en el mismo pleito concluía que se había producido una falta de motivación en la decisión que el Tribunal de apelación dictó en la s. de 8 mayo 2006, y que vuelve a repetirse en la s. de 22 marzo 2010, ahora también recurrida, de acuerdo con la cual la figura de la custodia compartida es de interpretación restrictiva y de aplicación excepcional. Esta motivación, sin embargo, no es suficiente para justificar la negativa a la revocación de la guarda y custodia compartida en la sentencia de primera instancia y ello por las siguientes razones: 1.^a porque no se expresa de forma clara cuáles son las circunstancias que llevan a revocar la adopción de esta medida para los dos hijos pequeños de la pareja; sólo se refiere a las relativas a su edad, que, por otra parte, ha impedido el examen de los niños; 2.^a) porque el domicilio de los progenitores es conocido y, además, está próximo; 3.^a) porque la propia sentencia reconoce que la guarda y custodia compartida proporciona a la hija mayor *un alto nivel de satisfacción cuando está con cada uno de sus progenitores, sintiéndose feliz en cada uno de los contextos familiares*; y aunque no constan pruebas directas en relación a los otros hermanos, dado que los informes se efectuaron sin haber examinado a dichos menores, no es comprensible que la guarda y custodia compartida fuera conveniente únicamente para uno de los hijos y no para los demás. De aquí que la conveniencia de no separar a los hermanos resulta absolutamente reversible, ya que parte de una base inexistente, la de la diferente conveniencia de la medida para cada uno de los niños que no se conoce al no haberse efectuado un examen de los mismos en el momento de dictarse la segunda instancia.

Si bien, de acuerdo con el artículo 476.2,4 LEC, esta Sala debería ordenar que se repusieran las actuaciones al estado y momento en que se incurrió la vulneración, dado que se ha producido la misma infracción que en la sentencia originaria, esta Sala entiende que debe aplicar lo dispuesto en la Disp. final 16, 7.^a, LEC, al haberse recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo de dispuesto en el artículo 469.2 LEC, por lo que debe dictar nueva sentencia, teniendo en cuenta lo alegado en el recurso de casación.

Doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de la custodia compartida.—El 5.^o FD de la STS 623/2009, que anuló la anterior de la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de 8 mayo 2006, decía que del examen del derecho comparado se deducía que se utilizaban *criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales, y los deseos manifestados por los menores competentes; el número de*

hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Por ello, la interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7, CC debe estar fundada en el interés de los menores que se van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren algunos de los criterios antes explicitados y que la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

La sentencia recurrida explicita las que denomina *condiciones que se requieren para una exitosa guarda compartida*, pero la conclusión a que llega resulta inconexa con el propio razonamiento, y ello por las siguientes razones: 1.^a Se admite que la guarda compartida resulta beneficiosa para la hermana mayor, por lo que añaden que no existiría inconveniente dado el grado de adaptación que manifiesta a uno u otro de los progenitores; 2.^a Afirma a continuación que los dos hermanos pequeños, dada su corta edad, requieren un hogar permanente, y ello aunque ambos progenitores vivan en Bruselas y tengan domicilios próximos. Estos criterios se manejan para evitar la guarda compartida, cuando la STS de 11 de marzo de 2010 rechazó el criterio de la *deslocalización* de los niños para no aplicar la guarda compartida, por ser los cambios de domicilio una consecuencia inherente a este tipo de guarda; 3.^a A partir de lo anterior, la s. recurrida aplica el criterio de separar a los hermanos, cuando la Audiencia Provincial no ha comprobado si este tipo de guarda era o no beneficioso para ambos; 4.^a En el procedimiento figuran tres informes: el de la psicóloga adscrita al Juzgado de Familia, en relación a las medidas provisionales, y que es favorable a la guarda compartida; un segundo informe, firmado por el Dr. Cosme, con abundantes citas doctrinales, que es contrario a este tipo de guarda; y un tercero de otro psicólogo relativo a una serie de crisis sufridas por la madre. El Ministerio Fiscal considera beneficioso para el interés de los hijos menores la adopción de la medida de la guarda compartida. La s. no ha valorado el informe presentado por el psicólogo del Juzgado de Familia.

Por todo ello procede estimar el recurso de casación y reponer la s. dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Alicante, de 15 de noviembre de 2005, cuyo fallo atribuyó la guarda y custodia compartida de los tres menores a ambos progenitores. **(STS de 7 de julio de 2011;** ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—La STS de 8 octubre 2009 aludida en la extractada, identificada con el n.º 623/2009 fue anotada por mi en ADC, 2011, pp. 474-476. Puede desorientar al lector el hecho de que no coinciden en ambas resoluciones los nombres de pila de hijos y progenitores, pero al coincidir el resto del contenido del fallo se llega a la obvia conclusión de que, con el fin de respetar al máximo la privacidad de los interesados, el CENDOJ varía siempre los atribuidos a los interesados aunque, excepcionalmente como aquí ocurre, se trate de las mismas e idénticas personas.

Dando aquí por reproducido lo que se dice en la anotación citada, destaca ahora la acertada previsión de la Ponente de ambos fallos para resolver definitivamente un pleito sobre guarda de menores antes de que llegue a ser inútil (la hija mayor de la pareja alcanzará la mayoría en 2016). Los sucesivos pronunciamientos muestran a dos órganos judiciales, de grado distinto, que entienden diversamente la guarda compartida (como figura excepcional, la Audiencia Provincial; normal bajo requisitos legalmente determinados, el Tribunal Supremo). Tal relativa novedad incluida en la reforma de 2005, parece que no ha sido unánimemente aceptada por nuestros tribunales. Los datos fácticos, por otro lado, parecen mostrar en este caso, a unos progenitores no casados que sólo experimentan una crisis temporal de convivencia, no definitiva (no se entendería, de otro modo, que al trasladarse a Bruselas por razones laborales, se alojen en viviendas cercanas ¿o se trata de mera coincidencia?). ¿No sería oportuno aconsejarles, como ya ha hecho algunas veces la Sala 1.^a, la vía de la conciliación o mediación para saldar sus diferencias? (G.G.C.)

55. Divorcio: Guarda y custodia compartida: Interpretación de la excepcionalidad: El interés del menor.—La excepcionalidad a que se refiere el inicio del pár. 8 del artículo 92 CC debe interpretarse en relación con el par. 5 del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el artículo 92.8 no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el juez acordarla fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la *excepcionalidad*, a que se refiere el artículo 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.

Las situaciones que prevé el artículo 92 CC son: 1.º Acuerdo de los padres (art. 92.5), aunque en este caso la guarda y custodia compartida tampoco es automática, puesto que el Juez debe actuar conforme se establece en el artículo 92.6; 2.º Falta de acuerdo de los padres en la guarda compartida: se puede reconocer este tipo de guarda siempre que con esta atribución se proteja el interés del menor, según el artículo 92.8, y ello con las garantías que se establecen en el mismo precepto para proteger dicho interés. Como reitera la jurisprudencia lo que importa garantizar con este procedimiento es el interés del menor, ya que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior. De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor.

En este caso, la decisión de la Audiencia Provincial es correcta pues ha examinado si el problema del desacuerdo afecta a los menores. Ha valorado

las pruebas aportadas de una forma adecuada y ha concluido que la actual situación no permite acordar la guarda y custodia compartida, porque los niños están inadaptados con la guarda acordada y el derecho amplio de visitas que fijó el Juzgado de Primera Instancia. En definitiva, que no conviene al interés primordial de los menores que se tome la medida que solicita el padre al recurrir en casación. (STS de 22 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G.G.C.)

56. Divorcio: Guarda y custodia compartida: No hay interés casacional.—Las sentencias que aporta el recurrente son un pretexto para poder presentar el recurso, ya que cada una decide según las circunstancias de los casos planteados, teniendo en cuenta un argumento común para resolver la situación de hecho. Los criterios utilizados por la sentencia recurrida responden a las valoraciones efectuadas en los informes al haberse pedido que se acordase la medida de la guarda compartida. El recurrente pretende que se valore de nuevo esta prueba, cuando quien debe efectuarlo es el juzgador de instancia y sólo tendrán acceso a este Tribunal por medio del recurso extraordinario por infracción procesal. Lo que pretende el recurrente cae de lleno en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión y se desvía del interés casacional. (STS de 21 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G.G.C.)

57. Divorcio. Limitación temporal de la pensión compensatoria.—Tras la reforma del Código civil llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, el actual artículo 97 CC prevé la posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria que se acuerde, en su caso, a favor de uno de los cónyuges. Con ello, el Código recoge una doctrina jurisprudencial anterior (representada, entre otras, por la STS de 10 de febrero de 2005) conforme a la que se admitía la posibilidad de acordar la pensión compensatoria de manera temporal. No obstante, de acuerdo con dicha doctrina, así como con la actual redacción del artículo 97 CC, la temporalidad de la pensión compensatoria no es automática, sino que debe limitarse a situaciones en las que concurren unas circunstancias determinadas: concretamente, que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión y que sea posible la previsión *ex ante* de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad, de manera que se pueda afirmar ésta con certidumbre o con altos índices de probabilidad. Sólo en tal caso se podrá establecer un plazo, que deberá estar en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación. (STS de 20 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Tras quince años de convivencia y el nacimiento de dos hijos, un matrimonio decide solicitar la separación, estableciéndose convenio regulador por sentencia. Cuatro años después, el marido presenta demanda de divorcio, que es acordado por sentencia. Se discute entre los cónyuges, no obstante, la procedencia de mantener la pensión compensatoria fijada en el convenio regulador inicial a favor de la esposa, dado que ésta se ha incorporado ya al mundo laboral y goza de cierta independencia económica.

La sentencia de primera instancia reconoce una pensión compensatoria a favor de la esposa, si bien considera conveniente acordar una limitación a tres años del tiempo durante el que debe recibirla, pues no se puede exigir indefinidamente que esposo contribuya a mantener la posición económica y social de la esposa. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial estima el recurso de la esposa y elimina el límite temporal de la pensión compensatoria, sobre la idea de que existen circunstancias especiales que así lo justifican y desaconsejan el señalamiento de límite temporal alguno. El esposo interpone entonces recurso de casación, por infracción del artículo 97 CC, en relación con los artículos 100 y 101 CC. (A. M. M.)

58. Divorcio: Prestación compensatoria: Revisión: Temporalidad.—La decisión de la Audiencia Provincial, favorable a la temporalidad de la pensión, lejos de asentarse en criterios distintos de los afirmados por la jurisprudencia de esta Sala, todo ello con base en los criterios del artículo 97 CC, o de resultar una decisión gratuita, arbitraria o carente de la más mínima lógica, se muestra como el resultado de un juicio prospectivo razonable, construido con criterios de prudencia y ponderación, sobre la posibilidad real que tenía entonces la actora de superar en tal espacio de tiempo la inicial situación desfavorable respecto a la de su marido que a aquella le generó la ruptura; todo ello con base en los criterios legales que previamente le sirvieron para justificar su procedencia. La Sala considera acertada la decisión al respecto de la Audiencia Provincial, la cual, para su fijación temporal, comenzó valorando y reputando subsistentes las circunstancias y factores iniciales que determinaron la existencia de desequilibrio (duración del matrimonio, desde 1989; dedicación de la esposa a la familia, su edad pues tenía 41 años en el momento de la ruptura – 2002 –, y su cualificación profesional); y fue la pasividad o interés insuficiente demostrado por la esposa con su conducta, ya que se limitó a estar inscrita en el INEM, renunciando a tomar una actitud activa, que podía ser más efectiva en orden a la obtención de un puesto de trabajo. Ello aconsejó la limitación de la pensión a tres años, que se suman a los cinco inicialmente concedidos, plazo total equivalente a casi dos terceras partes de la duración del vínculo matrimonial. (STS de 15 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G.G.C.)

59. Divorcio: Pensión compensatoria: No hay desequilibrio: Ambos cónyuges perciben ingresos de diferente cuantía.—El reconocimiento de la pensión a favor de la esposa se hace descansar en la mera constatación de su situación de desigualdad económica, con respecto a su marido, en atención al dato del salario que cada uno percibe por su trabajo aisladamente considerado (él, profesor universitario, y ella, auxiliar interina de Biblioteca municipal), razonamiento que conculca los parámetros de la doctrina jurisprudencial, y permite su revisión en casación.

No basta mencionar la edad de la esposa (56 años), la duración del matrimonio (23 años), y la existencia de dos hijos mayores de edad, pero todavía dependientes económicamente de los progenitores, sino que ha de confrontarse la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que van a tener que soportar a resultas de ésta. Y de este análisis comparativo resulta que, a pesar de que los ingresos probados del marido por su trabajo son casi el doble

de los que percibe su esposa (2900 euros al mes de salario, más extras por cursos, conferencias y dietas, frente a 1649 euros de la mujer), si se ponen en relación con las diferentes cargas que han de hacer frente a partir de la ruptura. Así la mujer ha obtenido el uso de la vivienda familiar y la mayor parte de los gastos de alimentación de los hijos se sufragan con la pensión que paga el marido (900 euros), quien debe abonar por su parte los 530 euros mensuales de alquiler de otra vivienda para su uso. Todo ello impide hablar de un auténtico desequilibrio en perjuicio de la mujer. Por otra parte, la dedicación de ésta a la familia no le ha impedido trabajar de forma casi ininterrumpida durante la unión conyugal, sin que las diferencias salariales sean consecuencia directa del matrimonio sino de sus propias aptitudes y capacidades (**STS de 22 de junio de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (*G.G.C.*)

60. Modificación de medidas en las crisis matrimoniales: Temporalidad de la pensión compensatoria: Imposibilidad de revisar los hechos probados en casación: Doctrina general.—El régimen de los recursos extraordinarios establecido en los artículos 468 y 469 y Disp. Final 16.^a LEC, establece la separación entre las cuestiones procesales y las sustantivas, de manera que éstas, consistentes en la infracción de las normas civiles y mercantiles, son las únicas que se pueden plantear en el recurso de casación, cuya función se contrae a contrastar la correcta aplicación de dicha norma sustantiva al supuesto fáctico declarado probado, sin que puedan combatirse en casación los hechos fijados por el tribunal de instancia en su función de valoración de la prueba, por estar esto reservado al recurso extraordinario por infracción procesal poniendo de manifiesto la infracción de alguna regla legal o la concurrencia de arbitrariedad o de una manifiesta racionabilidad en la valoración que se ha llevado a cabo. En suma, dado que la casación no es una tercera instancia, no es posible plantear mediante el recurso de casación temas relativos al juicio de hecho, como son los errores en la valoración de la prueba, siendo también inaceptables todas las apreciaciones del recurrente que directa o indirectamente cuestionen o se aparten de las declaraciones de hecho efectuadas en la resolución recurrida.

Temporalidad de la pensión compensatoria.—La posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias es, en la actualidad, una cuestión pacífica, tanto a la luz de las muchas resoluciones de esta Sala, que reiteran la doctrina favorable a la temporalidad por las SSTS de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, como por haberse manifestado posteriormente en el mismo sentido positivo el legislador mediante la Ley 15/2005, de 8 julio, que ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC, estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido o en una prestación única.

Según esta doctrina, el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo esta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC, los cuales, según la STS del Pleno de 19 de enero de 2010, y luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 y 14 de febrero de 2011, tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, y,

una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitan fijar la cuantía de la pensión, y, a su vez, valorar la idoneidad de la beneficiaria para superar el desequilibrio en un tiempo concreto, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre.

En la misma línea las SSTS de 9 y 17 de octubre de 2008, y 28 de abril y 4 de noviembre de 2010, afirman que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los declarados por la jurisprudencia.

Por lo que se refiere a su extinción posterior, el criterio de esta Sala es contrario a la posibilidad de poner fin a la pensión reconocida por el mero transcurso del tiempo en su percepción, o por las consecuencias que en el plano económico puedan haber resultado de la liquidación del régimen económico matrimonial. Como no se impide el juego de los artículos 100 y 101 CC, lo que procede es dilucidar si concurren en el caso dilucidado los supuestos previstos en dichas normas, a saber, alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho.

En el caso concreto se concluye que, por no haberse alterado sustancialmente las fortunas de las partes, no ha lugar a modificar la pensión, como tampoco a extinguirla, por imposible subsunción en el artículo 101 CC del mero transcurso del tiempo o por resultar de la liquidación de la sociedad de gananciales, la cual sólo provoca la concreción del haber ganancial que ya le correspondía vigente el matrimonio; el desequilibrio se había producido por otras circunstancias, tales como la dedicación a la familia y la pérdida de expectativas laborales o profesionales ajenas a que la esposa se encuentre con bienes o medios suficientes para subsistir a raíz de dicha liquidación. **(STS de 27 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El marido solicita extinguir o modificar la pensión compensatoria de 40.000 pts. mensuales que ha venido abonando a su esposa durante 15 años, cuando el matrimonio únicamente duró cinco, y se ha producido la liquidación de la sociedad de gananciales que ha supuesto la atribución de un patrimonio a la misma. No se aclara si se trata de divorcio o mera separación de personas, aunque parece tratarse de la segunda alternativa. En ambas instancias la demanda se desestima y el Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación.

NOTA.—En esta sentencia parece que ha querido sintetizarse la doctrina jurisprudencial que ofrece a los tribunales de instancia parámetros o pautas seguros para resolver sobre la duración y cuantía de la prestación compensatoria, asegurándoles que de seguirlos puntualmente la Sala 1.^a mantendrá el fallo, como ocurre en esta sentencia, o en la de 15 de junio de 2011, pero no en la de 22 de junio (extractadas ambas en este fascículo del ADC). La realidad muestra, sin embargo, una enorme variedad de circunstancias en que se encuentran de hecho los cónyuges en situación de crisis, no siem-

pre susceptibles de valoración idéntica. La duración del matrimonio (propriadamente: duración de la convivencia conyugal) resulta irrelevante aquí, mientras que se invoca (pero no como *ratio decidendi*) para justificar también la temporalidad de la pensión en la sentencia de 15 de junio (es un caso de divorcio, en el que se argumenta que la suma de los dos plazos otorgados de la pensión compensatoria equivalen a las 2/3 partes de la duración del matrimonio). (G.G.C.)

61. Divorcio: Régimen de separación pactado en capitulaciones: Aplicación del artículo 1438 CC.—La reforma del CC por Ley 11/1981, de 3 mayo, introdujo el artículo 1438 en la regulación del régimen de separación de bienes, que pueden pactar los cónyuges o que se aplica en los supuestos previstos en el artículo 1435 CC. Esta norma contiene en realidad tres reglas coordinadas, que hay que tener en cuenta de forma conjunta en el momento de decidir en este tipo de asuntos: 1.^a) la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio; la separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir. 2.^a) Puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges sólo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del artículo 32 CE. 3.^a) El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de finalización del régimen. Cómo debe interpretarse esta compensación, es el objeto de este recurso en interés casacional.

Aproximaciones en el Derecho civil español al artículo 1438 CC.—El régimen de separación de bienes aparece regulado en cinco de los ordenamientos jurídicos españoles y no todos admiten la compensación ni los que la admiten, le atribuyen la misma naturaleza. Así, en Navarra, Aragón y en Baleares no existe ningún tipo de compensación para el cónyuge que haya aportado su trabajo para contribuir a las cargas del matrimonio (así la Ley 103, letra b) de la Compilación de Navarra; arts. 187 y 189 del Código de Derecho Foral de Aragón, y artículo 3 de la Compilación de Baleares). En cambio, el Código civil de Cataluña, en su artículo 232–5.1, establece que en el régimen de separación de bienes, si un cónyuge ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre que en el momento de la extinción del régimen el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior, de acuerdo con lo que se establece en esta sección. Y una regla parecida es la contenida en el artículo 13.2 de la Ley de la CA de Valencia 10/2007, de 20 marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, que admite la compensación por el trabajo para la casa, que se considera también forma de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 12): Se tendrán en cuenta con carácter orientativo y como mínimo los criterios siguientes de valoración del trabajo para la casa, sin perjuicio de la ponderación que realice la autoridad judicial correspondiente o del acuerdo al que lleguen los cónyuges, el costo de tales servicios en el mercado laboral, los ingresos que el cónyuge que preste tales servicios haya podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión u oficio como consecuencia de la dedicación al trabajo doméstico en cualquiera de sus manifestaciones enumeradas en el artículo precedente, o

los ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario de tales servicios en la medida en que su prestación por el otro cónyuge le ha permitido obtenerlos. Finalmente el artículo 1438 que establece sintéticamente que *el trabajo para la casa dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.*

Contenido y cuantía de la compensación ex artículo 1438 CC.—Las diferentes normas examinadas no hacen ninguna referencia a la necesidad de enriquecimiento por parte del cónyuge que debe pagar la compensación por trabajo doméstico, cosa que si bien apareció en el proyecto de reforma de 1981, desapareció en el texto definitivo y que se encontraba también en el Derecho de familia catalán hasta la Ley 10/2010, que aprobó el Libro segundo del Código civil catalán. De aquí que hay que partir de lo que se expone a continuación en relación con los criterios para la interpretación del último inciso del artículo 1438 CC. Así, para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación será necesario: 1.º que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación; 2.º que se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa. Deben excluirse criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que no pueden tomarse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico.

En relación con la cuantía de la compensación, el artículo 1438 CC se remite al convenio, y, en su ausencia como es el caso, será el Juez quien deba fijarla para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia señaló una cantidad en función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, lo cual constituye una de las opciones posibles y nada obsta a que el juez la utilice para fijarla.

Doctrina jurisprudencial.—*El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge. (STS de 14 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]*

NOTA.—Importante sentencia por la doctrina jurisprudencial que establece en relación con el derecho a la compensación que establece el pár. final del 1438 CC. En 1994 constaté las incertidumbres doctrinales sobre esta figura, en cuya introducción pudieron estar presentes ideologías de signo variado y aun contradictorio, originando así reacciones doctrinales quizá algo desmesuradas (recogidas en *Adiciones* a Castán, V-1.º, 12.ª ed. p. 586 y p. 587 n. 1); dudas que no ha superado del todo la doctrina posterior (Martínez de Aguirre, *Curso*, IV, 3.ª ed. 2011, p. 272 s. que llama la atención sobre la incidencia del nuevo art. 68). Está extendida la idea de que la prestación representa un jornal, que puede reclamar quien se ocupa del hogar (Rams, en Lacruz, *Elementos*, IV, 2005, p. 269). Personalmente sigo pensando que la *ratio* del artículo 1438 no parece su limite exclusivamente a los regímenes separatistas, aunque su generalización pueda suponer una gran innovación en materia de gananciales; imponerla como régimen matrimonial primario

sería un medio de revalorizar el trabajo de la mujer casada en el hogar, que sigue constituyendo, a lo que creo, una aspiración social (en Castán *op. et loc. cit.* p. 389) (G.G.C.)

62. Unión de hecho: Doctrina jurisprudencial: No hay analogía entre matrimonio y unión de hecho: Premio del «cuponazo» ingresado en la cuenta corriente de uno de los convivientes.—El artículo 4.1 CC establece un sistema para integrar las lagunas que presenta un texto legal, sistema que se basa en un argumento de probabilidad que tiene su fundamento en una razón de semejanza, no de igualdad, de modo que dada una norma que predica una determinada calificación normativa de un objeto, se debe extraer el significado, que comprenda también aquellos sujetos que no están estrecha ni literalmente incluidos, pero presentan con los previstos una semejanza, asumida como relevante en orden a la identidad de las situaciones. La regla del artículo 4.1 es instrumental, por lo que debe citarse como infringida la que debería haberse aplicado dada la semejanza entre las situaciones, regulada y no regulada.

La analogía se pretende entre matrimonio y pareja de hecho, lo que ha sido objeto de discusiones en los diversos tribunales que se han ocupado de la cuestión. La más reciente decisión corresponde al TDHH de Estrasburgo, de 10 de febrero de 2011, en el asunto *Korosidou vs. Grecia*, resuelto por la sección 1.ª del citado Tribunal. En esta s. se niega la asimilación pedida con el siguiente argumento: *Las consecuencias jurídicas de un matrimonio, de una pareja civil – en la cual dos personas deciden expresa y deliberadamente comprometerse – distingue esta relación de otras formas de vida en común. Más allá de la duración o del carácter solidario de la relación, el elemento determinante es la existencia de un compromiso público, que conlleva un conjunto de derechos y de obligaciones de orden contractual. De manera que no puede haber analogía entre una pareja casada y un partenaireo civil, y por otro lado, una pareja heterosexual u homosexual, donde los miembros han decidido vivir juntos sin devenir esposos o partenaires civiles.* Esta Sala ha negado desde hace tiempo que entre el matrimonio y la pareja de hecho exista una relación de analogía. Así la STS de 12 de septiembre de 2005, que recoge la de 17 de junio de 2003, dice que las uniones *more uxorio* constituyen una realidad social que, cuando reúnen determinados requisitos –constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial– han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe transponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos.

Uno de los aspectos que no se admiten en la jurisprudencia de esta Sala es la existencia de un régimen económico matrimonial en las parejas no casadas, salvo que se haya pactado por los convivientes una comunidad de bienes u otro sistema. Pero ha quedado probado en la s. recurrida, que no existía tal pacto, ni tan sólo por *facta concludentia*. El recurrente debería haber probado que hubo un pacto entre los convivientes dirigido a crear una comunidad respecto al dinero obtenido con el premio de la lotería de la ONCE, o bien demostrar que de los hechos ocurridos se deducía claramente que había habido una intención de crearla, cosa que aquí no ha sucedido según la prueba producida y valorada por quien tiene competencia para ello. Prueba que, en cambio, si se practicó en el caso resuelto por la STS de 31 de octubre de 1996.

También se alega infracción de las normas que regulan la comunidad de bienes, el buen uso de los bienes que la conforman y su liquidación; pero la prueba demuestra que no se ha creado una comunidad de bienes, y, además, el recurrente cae en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión. El presente caso es semejante al resuelto por STS de 4 de febrero de 2010, que niega el derecho del conviviente a obtener una parte del billete de lotería que había sido premiado, debido a que no hubo comunidad de bienes durante la convivencia y a que ésta había cesado definitivamente al tiempo de lograr el premio. **(STS de 16 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—La doctrina jurisprudencial en la materia resulta necesariamente casuística. Es de aprobar la solución aquí adoptada, idéntica en similar caso a la STS de 4 febrero 2010, extractada y anotada por el firmante en ADC, 2011, p. 876 y ss. Pte. Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz (*G.G.C.*)

DERECHO DE SUCESIONES

63. Derecho de sucesiones. Institución de heredero bajo condición de pasado. Condición potestativa y suspensiva establecida en testamento.—La calificación de las instituciones en las que un testador condiciona la efectividad de la institución de heredero a un acontecimiento que sólo puede ocurrir antes de la apertura de la sucesión es ciertamente difícil, pues el CC prevé la hipótesis de condición suspensiva consistente en hechos posteriores a la muerte del causante y, además, potestativas (art. 795), pero no contempla expresamente la condición suspensiva potestativa de hechos pasados. En esta sentencia, el Tribunal Supremo acoge la postura ya expuesta en la STS de 9 de mayo de 1990. Entiende que una cláusula testamentaria en virtud del testador establece la obligación de sus herederos de acogerle en sus respectivas casas, por períodos de tiempo iguales cada uno, por motivos de senectud, invalidez, enfermedad irreversible u otras de naturaleza análoga se trata de una condición suspensiva, que impide adquirir el derecho si no se cumple, y que consiste en hechos pasados, puesto que han de tener existencia antes de que el testamento despliegue eficacia. Además es potestativa, puesto que su cumplimiento depende de la voluntad de la persona del favorecido bajo condición (también de la voluntad de la causante). Así pues, siendo potestativa y de hechos pasados, naturalmente ha de conocerla el obligado a cumplirla para que se voluntad puede determinar el cumplimiento. A pesar de que el Código civil no prevé este tipo de condiciones, ello no significa que, en virtud de la autonomía del testador, no puedan introducirse en el testamento. Con ello, el Tribunal Supremo desecha la opción alternativa de considerar este tipo de cláusulas testamentarias obligaciones modales —entre otras, SSTs de 18 de diciembre de 1965, 3 de junio de 1967 y 21 de enero de 2003—. **(STS de 18 de julio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Doña M fallece soltera y sin hijos. Años antes había otorgado testamento en donde nombraba herederos a sus hermanos y les obligaba a acogerla en su casa, el tiempo que fuera necesario, por períodos de tiempo iguales cada uno, por causas de senectud, invalidez, enfermedad o cualquier otra causa análoga. También preveía que si alguno de los herederos se negaba a atenderla quedaría excluido de la herencia, acreciendo su parte a los demás. Para el supuesto de que alguno de sus hermanos no pudiera atenderla, la testadora previó que éstos fuesen sustituidos en la obligación y en la herencia por los respectivos hijos de los mismos. Finalmente, se declaraba que no se consideraría incumplido el deber de asistencia si, por necesidad de asistencia médica, se tuviera que internar a la testadora en un centro hospitalario o geriátrico. Doña P, hermana de la demandante, cuida en su casa a la testadora, hasta que decide internarla en un centro geriátrico, habiéndose dictado entre medias sentencia de incapacitación de la testadora. Del resto de hermanos que no acogieron en sus casas a la testadora, sólo otra hermana de la testadora alegó problemas de salud, pasando su obligación de cuidado a sus hijos I, C y N. Éstos no atendieron físicamente a Doña M, si bien se mostraron abiertos a ello, en su contestación a cartas enviadas por Doña P, por requerimiento notarial.

Muerta Doña M, Doña P interpone demanda a sus sobrinos I, C y N pidiendo que se declare que era la única y universal heredera de su hermana fallecida, por haberla atendido como había dispuesto en su testamento. La sentencia del juzgado de primera instancia núm. 10 de Murcia de 19 de enero de 2007 estimó la demanda, entendiendo que la demandante fue la única cumplidora y que aunque los sobrinos demandados contestaron ofreciéndose para el cuidado de su tía, más que un ofrecimiento ello fue una negativa indirecta de atender a ésta.

Los demandados apelaron esta sentencia. La posterior sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 12 de noviembre de 2007 estimó el recurso y revocó la sentencia apelada. Consideró que la condición debe tenerse por cumplida, puesto que si bien los sobrinos no le prestaron atención, ello no determina el incumplimiento y de la contestación a su tía se desprende una clara disposición al cumplimiento de la condición, y que, en todo caso, desde el momento del ingreso de la testadora por la demandante en un centro geriátrico, el cumplimiento resultaba imposible.

Doña P interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso. Expone el Alto Tribunal que la interpretación de los testamentos es tarea atribuida al juzgador de instancia y que sólo en los casos en los que exista un manifiesto error puede ser revisada en casación. Pues bien, en el presente caso, entiende el Tribunal Supremo que la interpretación efectuada por la Audiencia Provincial es tenida por correcta. Tras exponer su doctrina acerca de las condiciones suspensivas potestativas, el Tribunal Supremo afirma que los sobrinos se mostraron dispuestos a acoger a su tía y quien impidió esta solución fue la propia demandante, al haber ingresado a su hermana en una residencia para su mejor cuidado, con lo que el cumplimiento de la citada condición devino imposible, tal y como se preveía en el testamento de la fallecida. (G.M.A.)

64. Cesión de derechos hereditarios: Caracteres del negocio: Aceptación tácita: Retroactividad.—Fallecida la causante, por la persona que se consideraba heredera intestada se celebra un negocio jurídico de cesión de derechos hereditarios que implica aceptación tácita conforme al artículo 1000, núm. 1.º CC. Más tarde se anula un testamento otorgado por la primera, por causa de incapacidad mental, y la aceptante tácita es declarada heredera abintestato con efecto retroactivo al momento del fallecimiento de la causante.

En el negocio jurídico contemplado en el artículo 1000, n.º 1.º, CC la heredera cede su derecho a un extraño, es decir, a un conjunto de personas, hoy recurrentes, que no son herederos de la causante, lo que constituye un negocio bilateral y oneroso, porque la heredera se obliga a distribuir los bienes que consiga (y que efectivamente logró), y los demás se obligan a sufragar los gastos que se produzcan en los pleitos sobre la herencia (que se dieron efectivamente) e incluso el riesgo de hacer frente a una eventual condena en costas. Por lo cual existe causa en sentido objetivo que se establece como causa del negocio jurídico, su fin objetivo o función económica y social; concepción objetiva mantenida por la doctrina y, reiteradamente, por la jurisprudencia (SSTS de 31 de enero de 1991, 24 de enero de 1992, 8 de febrero de 1993, 8 de febrero de 1996, 1 de abril y 28 de julio de 1998). En ningún caso puede calificarse como gratuito, pues hay una contrarrelación de prestaciones, y por ello no es aplicable la normativa de la donación.

Error excusable.—No constituye error excusable el creer que los hijos de sobrinos premuertos a la causante podían ser llamados a la sucesión intestada de la misma, expresándose con toda claridad en el documento de cesión de derechos hereditarios que *D.ª Penélope es única heredera de D.ª Amparo*. (STS de 16 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—D.ª Amparo recibió en herencia una importante fortuna (al parecer, en cuadros) que, no obstante podía resultar *damnosa*, y dispone de ella mediante testamento abierto a favor de una Fundación, que es declarado nulo por causa de enajenación mental. D.ª Penélope, sobrina suya, es declarada la única heredera abintestato de aquélla, después de lograr al cabo del tiempo la nulidad del testamento citado, pero careciendo de medios económicos había optado por ceder a un grupo de personas los derechos que recibiera en definitiva a cambio de que sufraguen los dispendios que se prevén cuantiosos para lograr su objetivo (que parecía ser no otro que el mero *honor del heres*). El pleito se plantea ahora entre algunos de los cesionarios contra D.ª Penélope y el resto de aquéllos para que se dé cumplimiento a la cesión hereditaria, pretensión que se estima en apelación y que el Tribunal Supremo confirma.

NOTA.—Aparte lo singular del supuesto, la concreta calificación de la cesión encuadrada en el artículo 1000-1.º CC, puede plantear alguna cuestión. La s. extractada la califica de onerosa aunque añade (¿para hacer creíble un aparente desequilibrio de prestaciones?) que se incluía el riesgo de pagar costas por perder litigios futuros, lo que colorea esa extraña cesión de cierta aleatoriedad que la haría disminuir su conmutatividad. Por otra parte

D.^a Penélope ha fallecido al resolver el recurso de casación y serán sus herederos quienes afronten las últimas consecuencias patrimoniales de la cesión de derechos hereditarios que efectuó su causante. (G.G.C.)

65. Interpretación de testamento: Colación de donaciones: Defecto del recurso.—El motivo del recurso está relacionado con la interpretación de la voluntad del testador respecto a la colación de la donación de un piso a una hija. La sentencia hace referencia a un testamento ológrafo del padre en el que se decía: *En el reparto por igual a todos mis herederos no se tendrá en cuenta el piso que está a nombre de mi hija Mercedes y que queda como una mejora que recibe por haberse hecho cargo de mi vejez*; de ahí se deduce que, en comparación con el último testamento del causante, se deriva que no se había exonerado de la obligación de colacionar a la donataria recurrente. Pero lo que ésta pretende directamente no es tanto evitar la colación, sino que se declare que no hubo donación por parte de su padre. Esta argumentación no puede sostenerse porque la donación ha quedado probada y, en todo caso, si no estaba de acuerdo con la calificación efectuada por la s. recurrida sobre la base de los hechos probados, debía haberlo manifestado mediante el recurso extraordinario de infracción procesal que es el que permite comprobar si el juzgador de instancia ha incurrido en defecto de valoración de prueba. Además el artículo 1036 CC permite al donante eliminar la obligación de colacionar, pero esta dispensa debe hacerse en forma expresa, salvo en caso de reducción por inoficiosidad.

Documentación del contrato verbal: Validez del consentimiento prestado por el mandatario en escritura pública cuando el mandante ha fallecido.—La sentencia recurrida declara que el contrato para la cesión de partes indivisas de una finca se celebró y fue válido entre los interesados, en fecha no determinada de 1995, otorgado verbalmente y que con posterioridad se había documentado en escritura pública utilizando los poderes otorgados por los contratantes. La realidad que se presenta en este caso es distinta de la que plantea la parte recurrente, porque el contrato de cesión ya se había hecho verbalmente y lo único que se hizo fue documentarlo mediante el otorgamiento de escritura pública. Por ello se puede decir que nadie sustituyó la voluntad de los contratantes. En realidad, el acto de documentación de un contrato celebrado verbalmente no constituye propiamente un negocio jurídico, pues el consentimiento ha sido ya manifestado y las partes se encuentran vinculadas. El contrato existe antes de la documentación y esta no constituye otra cosa que un acto de carácter instrumental.

Revisión casacional de la interpretación de los contratos.—La STS de 14 de febrero de 2011 declara que la interpretación de los contratos realizada por el Tribunal de instancia, ajustada a los hechos considerados probados en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, no puede ser revisada en casación, salvo que se demuestre su carácter manifiestamente ilógico o arbitrario o vulnere alguna de las normas o reglas sobre la interpretación de los contratos, por desnaturalización de sus presupuestos y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Precio cierto.—La sentencia recurrida lo ha considerado probado porque el precio consistía en el valor de los gastos que los compradores habían tenido que pagar en relación con el pleito promovido por los arrendatarios y aparceros de la finca para acceder a la propiedad. El precio puede ser deter-

minable y en este caso lo es porque podía ser objeto de posterior determinación. (STS de 13 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—La polémica suscitada a fines del siglo XIX por Degenkolb sobre la *renovatio contractus*, preocupó intensamente a la doctrina española desde mediados del s. XX (Núñez Lagos, Castán, Peidró Pastor, Reverte Navarro, Díez Picazo), y también italiana (Genovese, Irti, Sacco, Segré, Candián), aunque últimamente su interés dogmático parece haber disminuido, acaso por haberse incorporado plenamente a la *praxis* por el buen hacer notarial. La aplicación que hace esta sentencia de la doctrina mayoritaria parece incuestionable. (G.G.C.)

66. Partición de la herencia por el testador. Nombramiento de contador partidor.—De acuerdo con reiterada jurisprudencia (v. gr., SSTS de 25 de enero de 1971, 15 de febrero de 1988 y 8 de marzo de 1989), cuando el testador se limita a adjudicar algún objeto en la cuota que atribuye y, al mismo tiempo, nombra un contador partidor al que reserva la práctica de las operaciones particionales, tales adjudicaciones, aunque siempre respetables dentro de los límites legales, no pueden considerarse como una partición, sino como una adjudicación de un bien hereditario.

Legado de parte alícuota. Momento de valoración de los bienes.—De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1074 CC, el momento de valoración de los bienes que se integren en la cuota hereditaria es el de la adjudicación. Como declara la STS de 21 de octubre de 2005, una solución distinta produciría una absoluta desigualdad entre los diferentes herederos. (STS de 19 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. D.^a. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En un testamento, el causante lega a su esposa el tercio de libre disposición de la herencia, incluyendo la previsión de que, dentro de dicho legado, se incluya un apartamento propiedad del testador situado en Tarragona. El causante designa igualmente un contador partidor.

Realizada la partición por el contador partidor, y atribuida la mencionada vivienda a la viuda del causante, ésta discute el momento en que debe valorarse el citado inmueble. Concretamente, la viuda sostiene que la atribución del apartamento constituye un legado de cosa cierta, propia del testador, cuya propiedad se adquiere en el momento de la apertura de la sucesión, dejando a partir de entonces de estar en la herencia. Por tanto, la valoración de este inmueble debe realizarse en el momento de la muerte del causante. Frente a esto, los herederos sostienen que la valoración debe realizarse en el momento de la partición.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la oposición a las operaciones particionales llevada a cabo por la viuda, quien apela tal sentencia ante la Audiencia Provincial. El recurso es estimado, sobre la base de que el objeto legado es una cosa propia del testador. Por tanto, según la Audiencia Provincial, la valoración debe realizarse en el momento de la muerte del causante, no en la fecha de la parti-

ción, beneficiándose el legatario del posible incremento de valor que sufra el bien a partir de que acceda a su propiedad. Planteado recurso de casación por uno de los herederos, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, al interpretar que no existe en el testamento un legado de cosa propia del testador, sino de parte alícuota, al que debe imputarse el bien inmueble discutido, que debe integrarse en la cuota a que tiene derecho la viuda. Por tanto, casa y anula la sentencia de la Audiencia Provincial y repone la sentencia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia. (A. M. M.)

DERECHO MERCANTIL

67. Competencia desleal: protección al consumidor.—La jurisprudencia ha señalado que el artículo 6 de la Ley 3/1991 de 10 de enero, de Competencia Desleal, trata de proteger la decisión del consumidor, ante el peligro de que sufra error al tomar su decisión en el mercado sobre el establecimiento que visita, la empresa con la que se relaciona o los productos o servicios objeto de su interés, como consecuencia de la apropiación, la aproximación o la imitación de sus medios de identificación. También se refiere a las creaciones formales, bien que reputadas, el artículo 12. Por el contrario, el apartado 2 del artículo 11 de la misma Ley describe como desleal la imitación de las prestaciones ajenas, entendidas en el sentido de creaciones materiales.

Competencia desleal: no finalidad de proteger los derechos de exclusiva.—La Ley 3/1991 no tiene por misión directa proteger los derechos de exclusiva sobre los signos registrados, sino la de servir de instrumento de ordenación de conductas en el mercado. Por ello, aunque los puntos de contacto entre la legislación sobre competencia desleal y sobre marcas son numerosos y variados, cuando se denuncia la infracción de un signo protegido por la segunda, por generar el uso del infractor un riesgo de confusión o por establecer una conexión entre los productos o servicios o dar lugar a un aprovechamiento indebido o menoscabar el carácter distintivo o la notoriedad o renombre del prioritario, en sus respectivos casos, ha de ser la segunda la aplicable. (STS de 22 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La representación procesal de las mercantiles C. Inc.; C., NA; C. E. SA y C., SA, interpuso demanda contra las también mercantiles C. I. y F.T., SL y F, SL. por vulneración de los derechos de marca ya que los demandantes tenían la condición de titular de tres marcas comunitarias y, además, que el mismo grupo financiero era identificado en el mercado por determinados símbolos notoriamente conocidos, igualmente instan los actores la condena por la comisión por las demandadas de actos de competencia desleal, al imitar y aprovecharse de la reputación de los signos que diferenciaban en el mercado al grupo formado por las demandantes. El Juzgado de lo Mercantil número Dos de Alicante, desestimó

íntegramente la demanda. Recurrída en apelación, la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante desestimó la apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N.D.L.)

68. Propiedad industrial. Marca: contenido.—El titular registral de la marca tiene derecho a presentar comercialmente los productos que fabrica con su marca de forma que distinga el origen empresarial del fabricante, sin que la otra parte tenga derecho a imitar esa forma de presentación en la comercialización del fabricado por ella, produciendo confusión con el fabricado por la primera.

Competencia desleal. Actos de denigración: requisitos.—Para que haya denigración, y no mero descrédito, el artículo 9 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) exige que las manifestaciones sean aptas para menoscabar el crédito del tercero en el mercado, a no ser que sean verdaderas, exactas y pertinentes. Estos requisitos han de ser cumulativos, y se refiere por la doctrina a la correspondencia con la realidad de los hechos, a la provocación en los consumidores de la representación fiel de dicha realidad la inexactitud es irrelevante si no lleva al engaño al destinatario medio, y adecuación para incidir en la toma de decisiones en el mercado, estimándose también que no son pertinentes si no están justificadas o son desproporcionadas.

Competencia desleal. Actos de denigración: criterios jurisprudenciales.—La jurisprudencia ha declarado que el ilícito competencial consiste en la propagación a sabiendas de falsas aseveraciones contra un rival con objeto de perjudicarlo comercialmente, es decir, una actividad tendente a producir el descrédito del competidor o de su producto, tratando de evitar el daño al crédito en el mercado producido a un agente económico, si bien su última finalidad es el correcto funcionamiento del mercado; para que concurra el ilícito se requiere que las aseveraciones sean falsas, o como dice el propio precepto que «no sean exactas, verdaderas y pertinentes»; asimismo es necesaria la idoneidad o aptitud objetiva para menoscabar el crédito en el mercado cuya apreciación corresponde a los tribunales que conocen en instancia; para estimar si unos actos constituyen ilícito de denigración habrá de tenerse en cuenta el contexto en que se hicieron y su finalidad; y la determinación en cada caso de los hechos que permiten valorar la aptitud objetiva de las manifestaciones realizadas o difundidas para menoscabar el crédito en el mercado corresponde a los tribunales que conocen del conflicto en las instancias y la revisión casacional se circunscribe al control de la razonabilidad del llamado juicio de ponderación. (STS de 30 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La representación procesal de la entidad mercantil C. W., S.L. interpuso demanda contra la entidad mercantil D. SPA y su filial en España D. I., S.L. Sociedad Unipersonal. A su vez, la entidad mercantil D. SPA y su filial en España D. I., S.L. Sociedad Unipersonal formularon reconvencción contra C. W., S.L. El objeto del proceso versa sobre competencia desleal imputándose las partes recíprocamente la comisión de diversos ilícitos de la Ley de Competencia Desleal 3/1991, de 10 de enero. El Juzgado de lo Mercantil número 1 de Barcelona estimó parcialmente la demanda interpuesta por C. W., SL contra D. I., desestimó la demanda interpuesta

por C. W., SL contra D. y desestimó la demanda reconventional interpuesta por D. Spa contra C. W., SL. Recurrída en apelación, la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó íntegramente las pretensiones ejercitadas en su demanda por C. W., S.L. contra las demandadas y estimó parcialmente la reconvencción formulada por D. SPA. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N.D.L.)

69. Propiedad industrial. Marca: nulidad por actuar de mala fe.—La norma, meramente facultativa para los Estados miembros, que contiene la letra *d*) del apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 89/104/CEE, ha sido incorporada al artículo 51, apartado 1, letra *b*), de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, que describe como causa de nulidad absoluta del registro de la marca el que el solicitante hubiera actuado de mala fe. Esa sanción por violación de la buena fe, que opera a modo de válvula del sistema, permite valorar el comportamiento de quien solicita el registro, no a la luz del resto del ordenamiento marcario, sino comparándolo, en un plano objetivo, con el modelo de conducta que, en la situación concreta a considerar, fuera socialmente exigible, en ese plano la buena fe está referida a un estándar o arquetipo, ésta en relación con el artículo 3, apartado 2, de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, aunque sin prescindir del plano subjetivo, en el que la buena fe se identifica con un estado psicológico de desconocimiento o creencia errónea, que como toda equivocación, ha de ser disculpable para poder tomarse en consideración.

Propiedad industrial. Marca: supuesto de actuación de mala fe.—Una de las manifestaciones típicas de actuación de mala fe es la que tiene lugar cuando se intenta, mediante el registro de una marca, aparentar una inexistente conexión entre los productos que la misma identifica o va a identificar y los de un tercero que están distinguidos con otra renombrada, buscando, con una aproximación de aquel signo a éste, obtener el favor de los consumidores con el aprovechamiento indebido de la reputación del segundo.

Propiedad industrial. Competencia desleal y derechos de exclusividad: alcance.—Las legislaciones sobre marcas y diseño, entre otras, protegen derechos subjetivos sobre los correspondientes bienes inmateriales, dotados de una facultad de exclusión con alcance *erga omnes*. La legislación sobre la competencia desleal no tiene esa misión, sino la de servir de instrumento de ordenación de conductas en el mercado. Es cierto que la imitación de un producto o del signo que lo diferencia de otros puede perturbar el correcto funcionamiento de las leyes de la oferta y la demanda, al generar riesgo de error en los consumidores sobre el origen empresarial del primero y, consecuentemente, viciar la decisión de quien se dispone a adquirirlo; o implicar el aprovechamiento de la reputación ganada con su esfuerzo por un competidor. También es cierto que esa conexión, entre unas y otras normas, puede justificar que las que tipifican ciertos actos concurrenciales como ilícitos entren en juego cuando la violación de las reglas por las que se rige el mercado sea el resultado de una invasión del ámbito objetivo de la facultad de exclusión reconocida al titular de un derecho sobre un bien inmaterial especialmente protegido. Pero, para ello es necesario que los comportamientos imputados o las consecuencias derivadas de ellos no sean los mismos tomados en consideración para la protección de los repetidos derechos subjetivos. De darse la identidad entre unos y otras la legislación a aplicar es, exclusivamente, la que

de un modo específico se destina a tutelarlos. (STS de 22 de junio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La representación procesal de la mercantil N, SL, interpuso demanda contra Nt, SL. Por vulneración de los derechos de diseño no registrado, de marcas y por actos de competencia desleal. Juzgado de lo Mercantil de Alicante, de la Marca Comunitaria y de los Dibujos y Modelos Comunitarios, número Uno estimó parcialmente la demanda. Recurrída en apelación, la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, Tribunal de la Marca Comunitaria y de los Dibujos y Modelos Comunitarios desestimó la apelación. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N.D.L.)

70. Propiedad industrial. Patentes: presunción *iuris tantum* del artículo 61, apartado 2, de la Ley 11/1986, de 20 de marzo.—Al amparo del artículo 61, apartado 2, de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, si una patente tiene por objeto un procedimiento para la fabricación de productos o sustancias nuevos, se presume, salvo prueba en contrario, todo producto o sustancia de las mismas características ha sido obtenido por el presente procedimiento patentado. La protección se establece en forma de presunción *iuris tantum*, la cual dispensa a la parte beneficiada de la carga de probar el hecho deducido por el legislador. Sin que pueda limitarse la aplicación del precepto a los fabricantes como ha reconocido la jurisprudencia. (STS de 18 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Las mercantiles P. Corporation, P. Limited y P. SA, interpusieron demanda contra L. A. SA, L. F. SA y A. G. SA. por vulneración de derechos de exclusiva correspondientes a las demandantes por diversas patentes de su titularidad. El Juzgado de Primera Instancia n.º 71 de Madrid desestimó la demanda respecto a L. F. SA y A. G. SA, estimando la demanda en relación con la demandada L. A. SA, al tiempo que reconoció a las demandantes la titularidad de las patentes objeto del litigio. La Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó la apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N.D.L.)

71. Plazo de prescripción de las acciones derivadas del contrato de agencia.—El artículo 4 de la Ley 12/1992 de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, dispone que «salvo disposición en contrario de la presente Ley, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de agencia se regirá por las reglas establecidas en el Código de Comercio». Sin embargo, *el artículo 31 de la propia Ley* establece la regla especial de que «la acción para reclamar la indemnización por clientela o la indemnización por daños y perjuicios prescribirá al año a contar desde la extinción del contrato», pero sucede que la referencia a indemnización de daños y perjuicios debe circunscribirse al supuesto del *artículo 29 de la Ley* —gastos de inversión—, y no es ampliable a otras indemnizaciones, como la derivada del *artículo 1101 CC*, tanto por la propia ubicación del precepto, como por la naturaleza de la acción, que no tiene su fundamento en preceptos de Ley especial. Por lo demás, como no

hay norma específica de prescripción extintiva en el Código de Comercio, es aplicable la normativa del *Código Civil* (art. 943 CCO), y como tampoco hay en este Cuerpo Legal precepto de singular aplicación a las acciones ejercitadas en la demanda, debe estarse a la regla general de los quince años del artículo 1964 CC, cuyo plazo no transcurrió en el presente caso.

Contrato de Agencia.—Alegada la infracción del artículo 1101 CC en relación con el artículo 7 del mismo Cuerpo Legal y el artículo 10.1 de la Ley 12/1992, del contrato de agencia, lo fundamental para decidir el litigio, es que ha existido un incumplimiento contractual grave, esencial, de las actoras y que es, además, anterior a las actuaciones de la demandada, por lo que concurre una excepción eficaz para enervar la acción indemnizatoria del artículo 1101 CC ejercitada en la demanda. (STS de 18 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La entidad de seguros A realiza un contrato de agencia de seguros y otro de arrendamiento de servicios con las empresas ISC e ID aunque empresas distintas pertenecen a un mismo grupo empresarial, con la única finalidad de prestación de asistencia sanitaria mediante una póliza dental. Ambas partes proceden a hacerse denuncias recíprocas de incumplimiento contractual. Por ello, ISC e ID presentan demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Madrid contra la Entidad aseguradora A reclamándole daños y perjuicios e intereses legales por la resolución contractual realizada por ésta en cuantía de dos millones de euros.

El Juzgado estimó en parte la demanda y condena a la demandada a pagar a las actoras la suma de 1.642.872,09 euros. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial lo estima parcialmente y obliga a indemnizar a la parte actora en 44.840,20 euros. Interpuesto recurso de casación por parte de las demandantes, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, pero sólo en el sentido de elevar la cuantía indemnizatoria a 85.083 euros. (M.C.S.)

72. Sociedades Anónimas. Responsabilidad de los administradores por deudas sociales: principio general de no extensión a los administradores.—Al no reconocerse personalidad jurídica a los órganos sociales, por un lado, e imputarse su actuación a la sociedad, por otro, puede afirmarse que quienes desempeñan la administración no deben responder personalmente de las deudas sociales, ya que su comportamiento activo u omisivo debe atribuirse a la sociedad dado que su actuación es puramente instrumental, y cuando interviene quien encarna el órgano de administración interviene la sociedad y no las personas de las que la sociedad se vale.

Sociedades Anónimas. Responsabilidad prevista en el artículo 262 LSA: no tiene naturaleza de sanción.—Las peculiaridades de la responsabilidad regulada en el artículo 262 LSA, determinantes de que con frecuencia se halla calificado de «responsabilidad abstracta» o de «responsabilidad formal», no alteran su naturaleza para transformarla en «sanción», como lo prueban el hecho de que no sólo determina un efecto negativo para el administrador, sino un correlativo derecho para los acreedores y que la norma no

impide al administrador subrogarse en la posición del acreedor y repetir contra la sociedad con éxito en el caso de que la sociedad, pese a estar incurso en causa de disolución, tenga bienes suficientes para atender su crédito.

Sociedades Anónimas. Responsabilidad prevista en el artículo 262

LSA: exigencia de buena fe.—Igual que acontece con el ejercicio de los demás derechos subjetivos, es exigible la buena fe en el ejercicio de la acción prevista antes en el artículo 262.5 LSA y hoy en el 367 LSC, ya que el principio de buena fe, definido por la jurisprudencia como criterio objetivo, constituido por una serie de pautas coherentes con el comportamiento en las relaciones humanas y negociales, preside todo el derecho privado, por lo que, no cabe exigir responsabilidad a los administradores cuando la pretensión rebasa los límites de la buena fe, por tratarse de supuestos en los que las circunstancias concurrentes permiten concluir que el acreedor asume libre y voluntariamente el riesgo de conceder crédito a la sociedad después de haber sido oportuna y lealmente advertidos desde la propia sociedad deudora.

Sociedades Anónimas. Administradores: regla general en caso de

acefalia.—La Ley de Sociedades Anónimas parte de la base de que el normal desarrollo de su actividad por las sociedades mercantiles es incompatible con situaciones duraderas de acefalia y, de forma implícita, parece suponer que quienes son capaces de alcanzar el acuerdo de disolución son capaces de designar a quien debe ejecutarlo y de que en el momento de acordar la disolución la propia junta procederá a la designación de liquidadores, y no regula de forma explícita un mecanismo que permita superar la acefalia que provoca el cese de los administradores en defecto de previsión estatutaria. En este contexto, nuestro ordenamiento, dentro de ciertos límites, no tolera que el que ha gestionado intereses ajenos se desvincule unilateralmente de la gestión con daño al tercero, *ad ex.* artículos 1718 segundo párrafo, 1737, y 1888 todos ellos del Código Civil, razón por la que la Dirección General de Registros y del Notariado se ha mostrado remisa a la inscripción del cese de administradores con el fin de evitar la paralización de la vida social, con los inconvenientes y perjuicios a ella inherentes, cuando conduce a la acefalia en tanto no se justifique que se ha convocado la junta general en cuyo orden del día figure el nombramiento de nuevos administradores que sustituyan a los dimisionarios.

Sociedades Anónimas. Administradores: situaciones de acefalia y tutela judicial.—No cabe descartar situaciones de acefalia en cuyo caso, el principio de tutela efectiva permite la designación del cargo por el Juez a petición de quienes acrediten interés legítimo como se recoge de forma expresa en el artículo 377.2 LSC sin limitar la legitimación activa a los socios, cuando la junta convocada de acuerdo con el apartado anterior no proceda al nombramiento de liquidadores, cualquier interesado podrá solicitar su designación al juez de lo mercantil del domicilio social.

Sociedades Anónimas. Administradores: eficacia del cese.—Con independencia de que la inscripción del cese en el Registro Mercantil no tiene efectos constitutivos, la eficacia de su dimisión, con la consiguiente extinción de sus facultades para actuar en nombre de la sociedad no puede verse condicionada por contingencias que, como la falta de válida constitución de la Junta, la falta de acuerdo sobre nombramiento de nuevos Administradores, o la no aceptación o incapacidad de los nombrados, quedan totalmente al margen de su voluntad y posibilidades de actuación.

Sociedades Anónimas. Administradores: no es equiparable caducidad del cargo y cese efectivo.—La jurisprudencia ha sostenido que no puede equipararse la «caducidad del cargo» con el «cese efectivo», ya que cabe la continuación de hecho una vez transcurrido el plazo previsto en el artículo 126 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas en las fechas en las que se desarrollaron los hechos y hoy en el artículo 221.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, pues aunque el cargo haya caducado se da esa continuidad si existe un proceso abierto en el que es parte la sociedad.

Sociedades Anónimas. Responsabilidad de los administradores: prescripción de la acción.—El plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad en la que incurrieron mientras desempeñaban el cargo, se inicia con la inscripción del cese como resulta de la obligatoriedad de su inscripción a tenor de los artículos 22.2 CCO, y 94.1 RRM; de los efectos de la publicidad material negativa del Reglamento del Registro Mercantil de conformidad con los artículos 21.1 CCO y 9.1 RRM. En suma, el cómputo del plazo de cuatro años que comporta la extinción por prescripción de la acción no puede iniciarse sino desde el momento de la inscripción, dado que sólo a partir de entonces puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese y, en consecuencia, a partir de ese momento el legitimado para ejercitar la acción no puede negar su desconocimiento.

Sociedades Anónimas. Designación de liquidadores: diferencia con la Sociedad de Responsabilidad Limitada y regla general.—La jurisprudencia ha señalado que a diferencia de lo dispuesto en el artículo 110 LSRL, en la Ley de Sociedades Anónimas falta una norma que prevea la conversión de los administradores en liquidadores. Por lo que la regla general del artículo 268 LSA es la designación de liquidadores por la Junta cuando los estatutos no hubieren establecido normas sobre su nombramiento.

Sociedades Anónimas. Responsabilidad de los liquidadores por no liquidación.—El artículo 279 LSA no regula los efectos de la no liquidación de la sociedad, si no la responsabilidad por los perjuicios causados con fraude o negligencia grave, lo que comprende tanto comportamientos activos como comportamientos pasivos, constituyendo requisitos para la exigencia de responsabilidad a los liquidadores los siguientes: acción u omisión en fraude o por negligencia grave, excluyéndose los supuestos de simple negligencia; que la acción u omisión se desarrolle por el liquidador o liquidadores precisamente en tal concepto; daño o perjuicio directo o indirecto, «cualquier perjuicio», según el tenor de la norma y relación de causalidad entre el actuar de los administradores y el daño.

Sociedades Anónimas. Responsabilidad de los administradores por no convocatoria de Junta para disolución (art. 262.5 LSA): no extensión a nombramiento de liquidadores.—El régimen de responsabilidad de los administradores previsto en el artículo 262.5 LSA para el caso de no disolución no cabe extenderlo a supuestos diferentes al expresamente previsto por la norma y, en concreto, a los casos de falta de convocatoria de junta general para nombramiento de liquidador una vez acordada la disolución, al tratarse de supuestos radicalmente distintos que persiguen finalidades muy diferentes, ya que mientras el acuerdo de disolución tiene por objetivo que la sociedad deje de hacer nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones en el mercado a fin de obtener lucro repartible, el proceso de liquidación tiene por objeto la desinversión de las aportaciones mediante la realización societaria

del patrimonio de la sociedad y el reparto entre los socios del remanente después de saldar las deudas de la sociedad, ello, claro está, sin perjuicio de eventuales situaciones concursales. (STS de 23 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—La mercantil M, S.A. interpuso demanda contra don E. y don N. por responsabilidad de los administradores. El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 del Ferrol estimó la demanda. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña revocó parcialmente la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N.D.L.)

73. Ley concursal. Créditos derivados de arrendamiento financiero.—El crédito de la recurrente pertenece a la clase señalada en el artículo 90, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley 22/2003. Se ha dado por supuesto que la máquina arrendada la tiene en posesión la concursada, CM, SL, puesto que LL, SA, no ha ejercitado la acción tendente a recuperarla —la cual, una vez declarado el concurso, habría quedado sujeta a la limitación temporal que establece el artículo 56 de la Ley 22/2003, de tratarse de un bien afecto a la actividad empresarial de la concursada—. Además, la posee en concepto de arrendataria, pues no ha ejercitado la opción de compra prevista en el contrato ni LL, SA ha incluido en su crédito el precio residual, fijado a tal efecto. Se cumplen, en definitiva, las condiciones objetivas precisas para otorgar al crédito la cualidad que su titular reclama, en aplicación de la repetida norma del artículo 90, apartado 1, ordinal cuarto. Y no cabe considerar que la opción de la arrendadora por reclamar a la arrendataria el abono de las rentas vencidas y por vencer —todas ellas reconocidas en el concurso, sin salvedad en el plano cuantitativo—, en lugar de por la resolución del vínculo —pese a que, en alguna ocasión, se ha utilizado en los escritos de alegaciones dicho término impropia—, con la consiguiente recuperación de la máquina, constituya impedimento para la calificación de aquél como privilegiado.

Innecesaria inscripción del contrato de arrendamiento financiero. Oponibilidad frente a terceros de las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer.—El artículo 15 de la Ley 28/1988, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, exige, para que las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer sean oponibles a terceros, la inscripción en el Registro correspondiente. Sin embargo, la misma Ley, tratándose de contratos de arrendamiento financiero —regulados en la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito— que se refieran a bienes muebles que reúnan las características señaladas en el artículo 1, contempla la inscripción como una mera posibilidad no revestida de esencialidad —apartado 1 de la disposición adicional primera—. A la vez, dicha disposición adicional —apartado 2— faculta al arrendador financiero para reclamar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, mediante el ejercicio, entre otras, de la acción ejecutiva sobre el patrimonio del deudor, si es que aquél consta en alguno de los documentos a que se refieren los ordinales cuarto y quinto del apartado 2 del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Finalmente, la misma norma —apartado 3— permite al arrendador, en caso de incumplimiento del contrato, la recuperación del bien, con tal de que aquel conste en documento del tipo dicho o inscrito en el Registro de venta a plazos de bienes

muebles. De otro lado, *el artículo 56 de la Ley 22/2003*, al referirse a la ejecución de garantías reales, tampoco exige como requisito necesario o esencial la inscripción del contrato de arrendamiento financiero en el referido registro. Antes bien, admite como alternativa para el ejercicio de la acción de recuperación del bien arrendado, la formalización de aquel en documento que lleve aparejada ejecución. En definitiva, no cabe negar que el contrato fuente del crédito de la recurrente, dado el documento en que se formalizó, era oponible a terceros, conforme a su legislación específica. **(STS de 28 de julio de 2011; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La empresa LL, SA realizó un contrato de arrendamiento financiero con CM, SL de una máquina. CM dejó de abonar las cuotas convenidas del arrendamiento por lo que se generó un crédito a favor de la empresa arrendadora, LL. Anteriormente a que CM se declarase en concurso, LL reclamó dicho crédito en acción ejecutiva sin resultado positivo alguno. La administración concursal, posteriormente, lo calificó como ordinario, por lo que la arrendadora LL, SA presentó demanda ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante para que su crédito fuera calificado como dotado de privilegio especial respecto de la máquina arrendada, en aplicación del artículo 90, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.

El Juzgado desestimó la demanda y declara el crédito como ordinario. Presentado recurso de apelación por la parte actora, la Audiencia Provincial lo desestima y declara también el crédito como ordinario. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación formulado por la mercantil demandante LL, SA, y declara el crédito derivado del arrendamiento financiero como privilegiado. (M.C.S.)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LXV, 2012

FASCÍCULO I enero-marzo

	<u>Pág.</u>
Estudios monográficos	
A. M. MORALES MORENO: «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa»	5
E. GÓMEZ CALLE: «Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia»	29
J. L. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO: «Derecho de representación sucesoria y repudiación. Estudio sobre la operatividad del derecho de representación en el Código civil español, en caso de repudiación del sujeto llamado a una herencia»	103
Crónica de Derecho Privado Europeo	
Coordinación: E. ARROYO I AMAYUELAS; Colaboran: M. ANDERSON, F. ANDRÉS SANTOS, B. AÑOVEROS TERRADAS, L. ARNAU RAVENTÓS, E. ARROYO I AMAYUELAS, P. DE BARRÓN ARNICHES, G. CANO PALOMARES, M. EBERS, M. FACCIOLI, J. M. FONTANELLAS MORELL, M.ª P. GARCÍA RUBIO, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, A. DE LAMA AYMÀ, S. MARTÍN SANTISTEBAN, B. PASA, J. POU DE AVILÉS SANS, H. SIMÓN MORENO, J. TARABAL BOSCH, M. TESCARO, B. TRIGO GARCÍA, S. TROIANO	273
Bibliografía	
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por I. ARANA DE LA FUENTE	399

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

- L. M. LÓPEZ FERNÁNDEZ: «Acción reivindicatoria sobre fincas aportadas a una reparcelación e indemnización de daños y perjuicios. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2011)» 429

SENTENCIAS

- A cargo de: A. CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: M.^a C. CRESPO MORA, N. DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, G. GARCÍA CANTERO, B. GREGORACI FERNÁNDEZ, S. LÓPEZ MAZA, M.^a C. LUQUE JIMÉNEZ, A. MACÍA MORILLO, G. MINERO ALEJANDRE, M.^a I. MONDÉJAR PEÑA, A. RODRÍGUEZ GUITIÁN, L. P. SAN MIGUEL PRADERA, L. ZUMAQUERO GIL 459

FASCÍCULO II

abril-junio

Estudios monográficos

- J. M.^a DE EIZAGUIRRE: «Civil law: la vigencia de una categoría convencional» 533
- R. SCHULZE/K. J. ALBIEZ DOHRMANN: «Las líneas centrales del estudio comparativo del contrato de obra en Alemania y España» 547
- M. JIMÉNEZ HORWITZ: «La distinción entre los contratos de obras y de servicios en el Derecho español (estudio comparado con el Derecho alemán)» 551
- S. SENDMEYER: «La responsabilidad por vicios en el contrato de obra del Derecho alemán» 585
- K. J. ALBIEZ DOHRMANN: «Los sistemas de responsabilidad por defectos o vicios en el contrato de obra en el Ordenamiento jurídico alemán» 613
- F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ: «La protección del comitente como consumidor» 681
- C. BUSCH: «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» 717
- M.^a L. PALAZÓN GARRIDO: «Los límites temporales de la responsabilidad por defectos en la obra» 741

Crónica de Legislación y Jurisprudencia Comunitarias

- Por M. REQUEJO ISIDRO 779

Bibliografía

LIBROS

- A cargo de: B. Rodríguez-Rosado
- H. KÖTZ: «Vertragsrecht» por B. Rodríguez-Rosado 803
- J. ESTRUCH ESTRUCH: «Las responsabilidades en la construcción. Regímenes jurídicos y jurisprudencia», por A. Cabanillas Sánchez 805

REVISTAS EXTRANJERAS

Por R. ARANDA RODRÍGUEZ, M.ª R. DÍAZ ROMERO, M. GARCÍA-RIPOLL, B. GREGORACI FERNÁNDEZ, C. JEREZ DELGADO, A. RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. RUDA GONZÁLEZ, I. SIERRA PÉREZ	807
--	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: A. CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: J. M.ª BECH SERRAT, M. CASADELLÀ SÁNCHEZ, M. CASTILLA BAREA, I. DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, G. GARCÍA CANTERO, R. GAYA SICILIA, L. A. GODOY DOMÍNGUEZ, B. GREGORACI FERNÁNDEZ, C. JEREZ DELGADO, F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, S. LÓPEZ MAZA, A. MACÍA MORILLO, S. MARTÍN SALAMANCA, G. MINERO ALEJANDRE, C. ORTEGA MELIÁN, L. A. PÉREZ MARTÍN, L. F. RAGEL SÁNCHEZ, A. RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. SURROCA COSTA	861
---	-----

FASCÍCULO III
julio-septiembre

In memoriam

In memoriam de Manuel Albadalejo, por Antonio Manuel Morales Moreno.	997
--	-----

Estudios monográficos

G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA: «Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines»	1001
E. SÁNCHEZ JORDÁN: «Nuevas técnicas de identificación de las fincas: su aplicación al deslinde»	1075
C. VENDRELL CERVANTES: «La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen»	1107

Crónica de Derecho Privado Europeo

Coordinación: E. ARROYO I AMAYUELAS; Colaboran: M. ANDERSON, F. A. SANTOS, B. AÑOVEROS TERRADAS, L. ARNAU RAVENTÓS, E. ARROYO I AMAYUELAS, G. CANO PALOMARES, M. EBERS, M. FACCIOLI, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, B. GREGORACI FERNÁNDEZ, A. DE LAMA AYMÀ, S. MARTÍN SANTISTEBAN, B. PASA, M. J. PÉREZ GARCÍA, J. POU DE AVILÉS SANS, L. P. SAN MIGUEL PRADERA, H. SIMÓN MORENO, S. TROIANO, I. VIOLA DEMESTRE	1245
---	------

Bibliografía

LIBROS

Coordinación: B. Rodríguez-Rosado	
DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: «Daños punitivos», por P. del Olmo García	1359

	<u>Pág.</u>
PEÑA LÓPEZ, F.: «Dogma y Realidad del Derecho de Daños: Imputación objetiva, Causalidad y Culpa en el Sistema español y en los PETL», por X. Basozabal Arrúe	1361
SCHWARZ, G. C./WANDT, M.: «Gesetzliche Schuldverhältnisse. Deliktsrecht – Schadensrecht – Bereicherungsrecht – Goa», por E. Gómez Calle	1366
VAN DAM, C.: «European Tort Law», por C. Gómez Ligüerre	1368
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por I. ARANA DE LA FUENTE	1371
 Sentencias del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS COMENTADAS	
P. DEL OLMO GARCÍA: «El pago subrepticio de un tercero: un caso de libro. Comentario de la STS 3134/2011, de 26 de mayo»	1407
NOTA DE SENTENCIAS	
P. DEL OLMO GARCÍA: «La fórmula de Balthazard como norma jurídica (Nota de jurisprudencia sobre la STS de 26 de octubre de 2011)»	1419
SENTENCIAS	
A cargo de: A. CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: M. ^a C. CRESPO MORA, G. GARCÍA CANTERO, B. GREGORACI FERNÁNDEZ, S. LÓPEZ MAZA, M. ^a C. LUQUE JIMÉNEZ, A. MACÍA MORILLO, S. MARTÍN SALAMANCA, G. MINERO ALEJANDRE, M. ^a I. MONDÉJAR PEÑA, L. ZUMAQUERO GIL	1425

FASCÍCULO IV octubre-diciembre

Estudios monográficos

J. A. SERRANO GARCÍA: «La reforma aragonesa del Derecho civil patrimonial»	1497
M. ^a T. ALONSO PÉREZ: «Constitución voluntaria de servidumbres por quien no es propietario de la finca dominante o sirviente»	1551
T. DE LAS HERAS BALLELL: «El concepto funcional de garantía en el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil»	1605
A. BARRIO GALLARDO: «La autonomía privada y el artículo 1320 del Código civil»	1653
X. M. REQUEIXO SOUTO: «Pactos de atribución particular <i>post mortem</i> . Ámbito del artículo 1271, ap. 2.º, del Código civil»	1745

Estudios de Derecho extranjero

A. CABANILLAS SÁNCHEZ: «La reforma del Derecho de los contratos en Francia»	1783
---	------

Crónica de Legislación y Jurisprudencia Comunitarias	
Por M. REQUEJO ISIDRO	1795
Bibliografía	
LIBROS	
MUÑIZ ESPADA, E.: «Revisión crítica de la figura de la novación», por Héctor Simón Moreno	1823
SCHERPE, J. M. (Ed.): «Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective», por A. Lamarca Marquès	1826
SCHMIDT-KESSEL, M. (Coord.): «Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission», por L. M. Martínez Velenoso	1830
REVISTAS EXTRANJERAS	
Por R. ARANDA RODRÍGUEZ, M. ^a del R. DÍAZ ROMERO, M. GARCÍA-RIPOLL, J. RIBOT IGUALADA, J. SOLÉ FELIU, A. RODRÍGUEZ GUITIÁN, I. SIERRA PÉREZ	1835
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
SENTENCIAS COMENTADAS	
J. C. CABAÑAS GARCÍA: «Internamiento involuntario urgente por razones de trastorno psíquico y tutela del derecho fundamental a la libertad personal»	1883
SENTENCIAS (año 2011)	
R. CASAS VALLÉS (coord.), M. DE LORENZI, A. ESTEVE PARDO, I. MIRALLES GONZÁLEZ, M. NAVARRO MICHEL, C. VENDRELL CERVANTES	1911
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
A cargo de: A. CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: J. M. ^a BECH SERRAT, M. CASADELLÀ SÁNCHEZ, I. DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, N. DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, A. FERRANTE, G. GARCÍA CANTERO, L. A. GODOY DOMÍNGUEZ, B. GREGORACI FERNÁNDEZ, S. LÓPEZ MAZA, A. MACÍA MORILLO, G. MINERO ALEJANDRE, C. ORTEGA MELIÁN, L. A. PÉREZ MARTÍN, A. SURROCA COSTA	1949

