

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. 28071 MADRID
Tel.: 91 111 90 00
Fax: 91 111 42 60

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXVII, FASCÍCULO I
Enero-marzo, 2014

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2014

<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): 007-14-001-6
NIPO (M. de Justicia): 051-14-005-2
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

IN MEMORIAM

Eduardo García de Enterría y el *Anuario*

LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

Catedrático Emérito de Derecho Administrativo
Universidad Complutense

Pocos sabrán que el primer trabajo que publicó don Eduardo García de Enterría y Martínez Carande, inicio de una larguísima y fructífera serie, apareció en el *Anuario de Derecho Civil*, a cuyas páginas retornaría en ocasiones señaladas, albergando el Anuario las primicias de algunos importantes libros suyos.

Todo el mundo sabe que el gran jurista de la segunda mitad del siglo XX e inicios del presente, cuya reciente muerte tanto lamentamos, sensibles al gran vacío que deja, fue un destacado iuspublicista. Catedrático de Derecho administrativo, primero en la Universidad de Valladolid y, luego, en la Complutense, fue, en efecto, un profundo renovador del Derecho administrativo en España, con intensa proyección en distintos países europeos, señaladamente, Francia, Italia y Portugal, así como de la América latina. En esa labor de renovación pesó mucho su decisiva contribución a la fundación, en 1950, de la *Revista de Administración Pública*, y, luego, de la *Revista Española de Derecho Administrativo*, en 1974, que abrieron las puertas a una literatura moderna y muy creativa, bien distinta a la anteriormente practicada, muy sensible, ante todo, a lo que sucedía en los países más avanzados. Y en esta línea resultaría un paso determinante la aparición en 1974 de su tan innovador como influyente *Curso de Derecho Administrativo*, en colaboración con su discípulo Tomás Ramón Fernández; libro vivo y constantemente renovado, que ha conocido traducción al francés, al italiano y al portugués en Brasil, cuyas nuevas ediciones no cesan: acaba de aparecer la decimosexta del tomo primero, y la decimotercera del segundo. Tuvo gran éxito también, como garantía de seguridad en el revoltijo normativo de la legislación administrativa, su *Código de las leyes Administrativas*, iniciado en 1966, en colaboración con José Antonio Escalante, incesantemente reeditado,

últimamente en colaboración con Santiago Muñoz Machado y Juan Mestre. Sin olvidar, aunque no fueran de tanto impacto, otras recopilaciones, como el *Código de Administración Local y Urbanismo* (primera edición 1966), así como la *Legislación Administrativa Básica* (primera edición 1975). Desde su seguridad y solidez, impresiona la magnitud de la obra realizada, con la suerte de haber alcanzado, en plena lucidez, los noventa años de vida. Destacan de entre sus temas predilectos el del sometimiento a Derecho de la Administración Pública, así como el del control pleno de la misma, señaladamente desde la jurisdicción contencioso-administrativa, el de los cánones organizativos y retributivos de aquélla –su libro de 1961, *La Administración Española*, profusamente reeditado ejercería una enorme influencia para lograr transformaciones–, pero fue pionero también, entre otras muchas cosas, en los estudios sobre urbanismo y sobre Administración Local y, luego, sobre el sistema autonómico.

Se ha destacado el relevante papel de los administrativistas en el primer desarrollo y puesta en funcionamiento de la Constitución. Pues bien, en esa tarea García de Enterría desempeñaría un papel determinante, ya en la preparación del ambiente previo a la Constitución, o consiguiendo que llegaran luego a ésta decisivas aportaciones suyas, pero también, después, a la hora de ir dando los primeros pasos. Recuérdese que fue uno de los integrantes del selecto y reducido grupo que preparó el anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pero contribuyó también con aportaciones doctrinales decisivas a la efectiva implantación del sistema constitucional. De destacar así su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (con primera edición de 1981), o, por poner otro ejemplo, la recopilación *Estudios sobre Autonomías Territoriales* (primera edición 1985), ambos sucesivamente reeditados y que ejercerían muy notable influencia. Pero, no sólo con la letra impresa: participando activamente para alcanzar soluciones operativas; valga como ejemplo el de su presidencia de la importante comisión –consensuada entre los dos grandes partidos políticos de ámbito nacional de entonces, la UCD y el PSOE– que redactó en 1981 un decisivo *informe de expertos*, con ideas tan claras sobre el sistema autonómico.

Es decir, que el administrativista, con marcado talante europeo –tan alejado del sistema de capillitas y asignaturas por el que aquí tantos apuestan–, desempeñaría un cualificado papel como constitucionalista, muy efectivo y de gran utilidad para el desarrollo del sistema constitucional español.

Y luego, cuando llegó la hora de acercarse a Europa, sería un europeísta convencido, con destacadas aportaciones para acercar nuestro Derecho a las instituciones europeas. Fue, así, el primer juez que España designó para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una vez que, como uno de los pasos destacados de la «Transición política», ingresamos en el Consejo de Europa. En este papel de juez le tocó participar en asuntos decisivos del Tribunal de Estrasburgo, muy atento siempre luego a exponer en España las más notables aportaciones de dicho Tribunal.

Pero, también, la perspectiva de lo que hoy es la Unión Europea. A partir del ingreso de España en la Comunidad Económica Europea, el primero de enero de 1986, sería un gran animador del Derecho Comunitario. Valgan tres muestras. Sería fundador y primer Presidente de la Asociación Española para el Estudio del Derecho Comunitario. Desde otra perspectiva, dirigiría en el propio año 1986, en colaboración con los profesores Julio González Campos y Santiago Muñoz Machado, un «Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)», de tres volúmenes, obra utilísima que tanto ayudó. Pero también participaría en Bruselas en muy destacados comités o comisiones, en esa decisiva labor de preparación de las grandes decisiones comunitarias. Destacaré, así, entre todas, su participación en el famoso «Comité de sabios» que redactó en 1996 el «Informe Pintasilgo», tan influyente para el desarrollo de los derechos humanos en el ámbito comunitario.

El Derecho comparado ocupa un espacio relevante en su currículo. De destacar, como muestra, su libro de 1972, *Revolución Francesa y Administración contemporánea y la formación del sistema municipal francés contemporáneo*, libro que conocería el honor de ser traducido al francés.

Pero tampoco le fue ajena la teoría general del Derecho. Constituye así una pieza magistral dentro de este género su discurso de ingreso en la Real Academia Española, en 1994, «La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa», objeto también de varias ediciones.

Pues bien, si lo anterior es cierto, y sólo he querido ofrecer una breve síntesis para marcar el contraste (para más detalles sobre su ingente biografía me remito a las páginas de evocación «Eduardo García de Enterría (1923-2013)», que acabo de publicar en el número 159 de la *Revista Española de Derecho Administrativo*), querría destacar con énfasis en esta sede que el gran jurista de Derecho público, reconocido y premiado por doquier con los más cualificado galardones, arrancaría de una muy sólida formación en

Derecho civil. Como suele suceder en Alemania, Italia o Francia, donde el código civil ocupa un lugar preclaro en la preparación de los juristas, lo que no sucede en cambio en España. Acaso alguien tendría que explicar por qué. En su formación civilista, vería yo dos órdenes de causas. Sin falta, el peso de los temas de Derecho civil en el programa de oposiciones para el cuerpo de Letrados del Consejo de Estado, que sería la primera plaza que conseguiría. Pero también, creo que resultó decisiva su relación con don Federico de Castro, por el que sentiría una gran admiración. De hecho, hasta su traslado a Valladolid, una vez sacada la oposición para la cátedra de Derecho administrativo de dicha Universidad, sería asiduo asistente a las reuniones en casa de don Federico de los domingos por la tarde. De Castro fue uno de los que firmaron la propuesta para que Enterría ingresara en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, manteniendo éste siempre un enorme respeto por su maestro. Obviamente, cuando se organizó el Libro Homenaje con motivo de la jubilación de don Federico, aparecido en 1976, colaboraría con un brillante trabajo, titulado «Los tipos de entes públicos en Derecho español», especialmente destacado desde la dogmática de la personalidad jurídica.

Contaba García de Enterría que de Castro le había animado a que comentara en el *Anuario de Derecho Civil* que entonces dirigía, la entonces reciente regulación de los títulos honoríficos. Es así como apareció ese su primer trabajo que publica, recogido en el Anuario en 1948 (tomo I, fascículo 4.º), bajo el título de «La Legadad sobre Grandezas y Títulos Nobiliarios». Y, ¡oh casualidades de la vida! El tema le gustó y le interesó, y dio pie a una de las especialidades en su ejercicio de la abogacía, que siempre cultivó con delectación hasta el último momento.

Entonces aún no existía la *Revista de Administración Pública*, que contribuiría a fundar en 1950, como se dijo, y que siempre dirigió de hecho, aunque al principio desde la fórmula de «secretario». Pero, aun en marcha esta revista de su especialidad, en la que aparecerían destacados trabajos suyos, nunca se olvidó del *Anuario*, en el que seguiría publicando periódicamente. De hecho, en el *Anuario* adelantó lo que pronto se convertirían en algunos de sus libros de más significado.

Habiendo participado en el anteproyecto de Ley de Expropiación Forzosa (la que sería la aún vigente de 1954), a ella dedicó uno de sus estudios de más fuste, ciertamente deslumbrante, y que fue pionero en la doctrina española. Pues bien, recuerdo que cuando empecé a especializarme en Derecho administrativo, manejábamos el estudio a través de su publicación en el *Anuario* de 1955

(tomo VIII, fascículo 4.º). Aún conservo el ejemplar, que entonces costaba 75 pesetas, y que firmaba como «*Letrado del Consejo de Estado y Profesor Adjunto de la Universidad de Madrid*»: el trabajo, que ocupaba las 142 páginas iniciales del tomo, llevaba por título «Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa». No tardaría en convertirse en libro de gran éxito que, ahora con el título *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, se sigue reeditando.

El *Anuario* de 1979 alberga otro de los trabajos de impacto del Maestro, «La Constitución como norma jurídica». Adviértase que se acababa de aprobar la Constitución de 1978: pues bien, Enterría, desempeñando una vez más el papel de pionero, en línea con el más acreditado constitucionalismo comparado, tomará la pluma para defender la virtualidad y eficacia inmediata del nuevo texto constitucional, es decir, su indudable carácter normativo, frente a los viejos criterios que lo consideraban sólo un documento «programático». Costó vencer reticencias y que se asumiera su criterio, que al cabo prevalecería y gozaría de común aceptación. Fue un paso de gran entidad, decisivo para que se hicieran realidad cuanto antes las ricas aportaciones que traía la nueva Constitución, hoy asumido con normalidad y, me imagino, que se habrá olvidado quién fue su promotor. Pues bien, también este trabajo pasaría a integrarse pronto en un libro de gran éxito, titulado *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*.

Fue acontecimiento jurídico de gran relevancia la promulgación en 1956 de la Ley del Suelo, auténtico motor de un urbanismo moderno, que produciría un gran impacto en el sistema jurídico español, si bien no serían pocos los obstáculos que tuvo que vencer en sus orígenes. De nuevo, un trabajo pionero de García de Enterría, auténtica primicia sobre el tema, que apareció en el *Anuario* en 1958 (tomo XI, fascículo 2.º), con el título de «La Ley del Suelo y el futuro del urbanismo». Y, de nuevo, una vez más, el origen de un libro de gran influencia. El «Instituto García Oviedo» de la Universidad de Sevilla, ese mismo año de 1958, lo incluiría en un hermoso volumen, de muy rico contenido todo él, titulado *Problemas actuales de Régimen Local*.

Se completa su presencia en el *Anuario* con dos nuevos registros sobre el tema de *montes*, que fue otra de las líneas de interés de García de Enterría. En 1959 (tomo XII, fascículo 3.º), apareció un «Dictamen sobre deslinde de montes», centrado en la «doctrina de los cuerpos ciertos». En 1976 (tomo XIX), se publicó el trabajo «Las formas comunitarias de propiedad forestal», que giraría en torno al vivo problema, de tanta actualidad entonces, de los montes vecinales en mano común.

Creo que lo anterior evidencia la cordial y fructífera relación de don Eduardo con el *Anuario de Derecho Civil*. Al margen de ello, y para concluir, he de destacar que la formación civilista de García de Enterría se manifestaría por doquier y en numerosas ocasiones, abordando temas en el filo del Derecho civil y del Derecho público: contratos, concesiones, delegación legislativa, personalidad de la Administración, derechos públicos subjetivos, no digamos la responsabilidad patrimonial, tema en el que de nuevo fue innovador, logrando introducir la luminosa cláusula del artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa –que pasaría casi directamente al artículo 106.2 de la Constitución de 1978, y de ésta, a otras extranjeras, como la mexicana o la venezolana–, tratando de superar la carencia de funcionamiento de la fórmula del código civil en relación a las Administraciones públicas, debido a la interpretación que se hacía de la figura del «agente especial». Una última referencia me lleva a un luminoso libro que apareció en 1955, «Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo». Con el tema de la usucapión como motivo central, los dos estudios son sendos trabajos de muy rica dogmática, en la que ésta se aborda al objeto de la resolución de problemas concretos, y que habían aparecido en sendos «libros-homenaje». En el de Gascón y Marín (1952), se había publicado el titulado «El dogma de la reversión de las concesiones», hermoso estudio en el que destacaría una de sus líneas metodológicas, la importancia de la historia a la hora de abordar los problemas contemporáneos que, en este caso, tras un análisis minucioso y enriquecedor, le sirve para alcanzar la solución actual que había que dar a problema de tanta enjundia. En los Estudios García Oviedo (1954), se enfrentaba con el rico tema, tan vivo como polémico, de «La imprescriptibilidad del dominio público», dando por resultado deliciosas páginas que rezuman sentido común. Se trataba del tema del deslinde de una marisma, y es de justicia constatar que el trabajo estuvo muy presente al discutirse en el Senado el artículo 132.2 de la Constitución, que regularía la demanialidad de las playas. Los dos trabajos mencionados, más sendos apéndices de título bien expresivo, «Vetustas y afectación» y «Posesión y Administración», amén de un expresivo «prólogo», darían lugar a este libro tan destacable de los «Dos estudios», excelente testimonio de como este gran iuspublicista, cuya desaparición lamentamos, se manejaba con soltura y delectación en el terreno del Derecho privado.

Frente al cantonalismo hoy tan practicado, agrada constatar la formación enciclopédica de los grandes maestros.

Madrid, 21 de noviembre de 2013

Marco jurídico privado del material biológico de origen humano en la actividad investigadora*

CECILIA GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

A Rosario Valpuesta
In memoriam

RESUMEN

Las informaciones genéticas asociadas a las muestras biológicas de las personas, cuando son tratadas en la actividad investigadora, constituyen una unidad cuyo marco jurídico normativo se sitúa en el ámbito de los derechos de la personalidad. Las categorías jurídico-patrimoniales son difícilmente extrapolables a este ámbito, dado que la potencial lesión que puede sufrir el sujeto cuyo material biológico es tratado en la investigación biomédica –excluyendo el caso de los ensayos clínicos–, afecta a su integridad psíquica, y sobre todo, a su intimidad. En consecuencia, los actos de circulación del material biológico humano para la actividad investigadora no se explican en clave de acto de disposición patrimonial, sino como una autorización para la actividad investigadora cuya ausencia determina la obligación de resarcimiento y, en su caso, la responsabilidad civil del Biobanco. En este marco normativo, es importante calificar el papel que juega el consentimiento informado del sujeto fuente en el tratamiento del material biológico, tanto en el acto de la obtención como posteriormente, para su circulación; así como la incidencia de la gratuidad en el tratamiento del material, tanto desde la óptica de si el sujeto fuente tiene derecho a percibir una contraprestación económica por el uso de su material biológico en la investigación, como si

* Este trabajo es fruto de una estancia de investigación en la Universidad McGill (Montreal), en el Centre of Genomics and Policy, del 2 de mayo al 31 julio de 2011, en virtud de una subvención de la Modalidad A del Subprograma de estancias de movilidad de profesores e investigadores españoles en centros extranjeros, concedida por el Ministerio de Educación. También es parte del resultado de un proyecto de investigación sobre «La regulación de los Biobancos en Andalucía» (2012), sufragado por la Fundación Centro de Estudios Andaluces.

tiene derecho a participar en los beneficios económicos obtenidos con la patentabilidad de los resultados de la investigación.

PALABRAS CLAVE

Datos genéticos; Material biológico; Intimidad; Consentimiento informado; confidencialidad; cuerpo humano; Investigación biomédica; Biobancos.

ABSTRACT

The genetic information associated with people's biological samples, when they are dealt with in the research activity, constitute a unit whose legal framework is situated in the field of the rights of personality. Heritage categories are hardly extrapolated to this area, given that the potential injury suffered by the subject whose biological material is treated in biomedical research –excluding the case of trials clinical–, affects their mental integrity, and above all, their privacy. As a result, acts of circulation of human biological material for research activity do not have patrimonial nature, and are understood as an authorization for the research activity whose absence determines the obligation of compensation and, where appropriate, the civil liability of the BioBank. In this framework, it is important to qualify the role played by informed consent of the subject source in the treatment of biological material, both in the act of obtaining and later, for its circulation; as well as the incidence of gratuity in the treatment of the material, in a double perspective: one, if the subject source is entitled to a payment for the use of their biological material in research, and the other if the subject have the right to participate in the economic benefits obtained with the patentability of the results of the investigation.

KEY WORDS

Genetic data; Biological material; Privacy; Informed consent; Confidentiality; Human body; Biomedical research; Biobanks

SUMARIO: I. Ideas previas.–II. Introducción: persona, derecho y cambios biotecnológicos: 1. La incidencia de las nuevas tecnologías en el mundo del Derecho. 2. La persona humana como centro de referencia de los cambios tecnológicos. 3. La regulación de los datos genéticos. 4. Sus caracteres peculiares.–III. El marco jurídico de la problemática que genera el tratamiento del material biológico de origen humano en la actividad investigadora: 1. Concepto de «material biológico de origen humano». 2. Marco regulatorio. 3. La función que cumple el consentimiento en el tratamiento del material biológico humano: a) Su función como principio general. b) Su función en clave de autorización para la actividad investigadora. c) La protección de la información genética asociada a las muestras: El principio de finalidad en el tratamiento del material biológico de origen humano en la actividad investigadora. d) El acceso a la información genética. Límites al principio de confidencialidad. 4. Los actos de circulación del cuerpo humano: a) La cuestión de si el sujeto fuente tiene derecho a percibir una contraprestación económica por el

uso de su material biológico para la investigación. b) La cuestión de si el sujeto tiene derecho a una contraprestación económica en los beneficios obtenidos con la patentabilidad de los resultados de la investigación con su material biológico.–IV. Conclusiones.

I. IDEAS PREVIAS

1. Desde un punto de vista jurídico-legislativo, el interés por regular el tratamiento del material biológico de origen humano¹ dedicado a la investigación obedece a la necesidad de proteger y reconocer los derechos del sujeto fuente respecto a las muestras e información genética obtenida de aquéllas cuanto son tratadas en la actividad investigadora, en particular en orden a la protección de su intimidad y de la prohibición de trato discriminatorio derivado de dicha información².

Los materiales biológicos dedicados a la investigación, a diferencia de los tejidos, células o líquidos que se obtienen con fines terapéuticos, sirven principalmente como fuente de información biológica sobre el sujeto fuente, sus familiares o, incluso, grupo social al que pertenece. En consecuencia, el posible daño para el que aporta su material biológico en una investigación biomédica, no es tanto el corporal sino el que deriva de la potencial violación de la intimidad personal³.

La configuración jurídica del material biológico de origen humano varía según el ámbito, terapéutico o investigador, en el que aquél se trate: en el primero, el consentimiento nace por referencia a una voluntad que legitima un acto que incidirá sobre la integridad física; en el ámbito investigador el consentimiento tiene que ver con la recogida de las muestras para obtener información sobre datos personales del sujeto, de modo que la existencia de una potencial lesión de la investigación con las muestras sobre la integridad física parece nula, diferenciándose así la terapia de la investigación⁴. Si en aquélla su tratamiento incide directamente sobre la

¹ Utilizamos la expresión «material biológico» para comprender el elemento informacional y el soporte físico. De ello hablaremos en el epígrafe II de este trabajo.

² ALKORTA, Itziar, «Uso de la información genética humana con fines de investigación biomédica: Biobancos poblacionales», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 22, enero-diciembre 2008, pp. 9-56.

³ Ello nos obligará a preguntarnos por la noción de intimidad, tal como lo hace OYSTAIN URŠIN, Lars, *Privacy and Property in the Biobank Context*, *HEC Forum* (2010) 22:211-224. El concepto, como veremos, está relacionado con la idea del control que ejerce el individuo, sin perjuicio de que la noción esté sujeta a variaciones en función del contexto y de la cultura.

⁴ CASONATO, Carlo, *Derecho de la persona y Lógicas de la investigación clínica*, en *Biotecnología y Derecho. Encuentros y desencuentros, Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico*, Junio 11/2012, pp. 26 ss.

salud del sujeto, en ésta, en cambio, afecta a la esfera personal de su intimidad y a la confidencialidad de sus datos personales.

Los valores constitucionales protegidos difieren según se trate del ámbito terapéutico o del investigador⁵: si en el ámbito terapéutico el consentimiento se coloca dentro de las intervenciones sobre el propio cuerpo, cuando se trata de investigación biomédica en general, el consentimiento se coloca no ya dentro de la tutela de la libertad personal y del derecho a rechazar tratamientos sanitarios, sino en el derecho a la no discriminación, dada la existencia de datos sensibles y potencialmente discriminatorios sobre el perfil genético de una persona. Por otra parte, se hace necesario advertir que los ensayos clínicos que implican procedimientos invasivos en seres humanos no son el objeto de atención del presente trabajo, pese a que pueda darse una intersección de planos, pues los potenciales daños físicos se pueden mezclar con los derivados del tratamiento de datos especialmente sensibles⁶; nos vamos a centrar en la investigación biomédica en general, haciendo particular hincapié en el material biológico humano sometido al ámbito organizativo de los biobancos de investigación⁷.

⁵ CASONATO lo señala con referencia a la Constitución italiana: «Derecho de la persona y Lógicas de la investigación clínica», en *Biotecnología y Derecho. Encuentros y desencuentros, Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico*, junio 11/2012, pp. 30 y 31.

⁶ No olvidamos que existe una investigación en la que participan seres humanos, la llamada investigación clínica, cuya actividad puede tener una incidencia muy determinante en la salud del sujeto, que se erige, a la vez, en sujeto y objeto de su estudio. En ella cobra especial importancia el imperativo kantiano que otorga un papel central a la autonomía personal, en el sentido de que nadie puede ser utilizado como un medio sino como un fin en sí mismo. Ver RAMIRO AVILÉS, «Investigación clínica y discapacidad. Una aproximación desde la Convención Internacional de derechos de las personas con discapacidad», en *Biotecnología y Derecho. Encuentros y desencuentros, Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico*, junio 11/2012, pp. 40 ss.

⁷ Los ensayos clínicos se rigen por su propia normativa, por lo que están excluidos del RD 1716/2011, de 18 de noviembre, que establece los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y que regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica (en adelante RLIB), sin perjuicio de que al material biológico que se maneje en los ensayos le sea de aplicación el régimen del Título V de la Ley española 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (en adelante LIB) y también lo dispuesto en el RLIB. De conformidad con esta jerarquía normativa, el preámbulo del RLIB señala que quedan incluidas en su ámbito de aplicación las muestras biológicas de origen humano que hayan sido obtenidas en ensayos clínicos con medicamentos y productos sanitarios, siempre que se vayan a utilizar con fines de investigación biomédica. Así, lo previsto en el artículo 3 del RLIB ha de ser armónico con lo acabado de indicar: «Quedan incluidas en el ámbito de aplicación de este Real Decreto las muestras biológicas de origen humano que hayan sido obtenidas en ensayos clínicos con medicamentos y productos sanitarios, una vez terminado el ensayo clínico correspondiente y siempre que entren a formar parte de una colección o de un biobanco». En este sentido, los biobancos pueden incorporar muestras generadas en ensayos clínicos, una vez finalizados y siempre que el consentimiento informado prestado para la

2. El tratamiento del material biológico de origen humano en la investigación biomédica puede estar sometido al régimen de organización de un biobanco (en adelante BB).

Se trata de una institución especialmente pensada con vocación de servicio público para poner a disposición de la comunidad científica el material investigador. Todos los BB tienen la misma finalidad –la cesión de muestras con fines de investigación– aunque los objetivos pueden variar de uno a otro (según se dirijan a los estudios poblacionales, epidemiológicos, enfocados a una patología o grupo de patologías determinadas...).

Las vías de entrada del material biológico de origen humano son variadas. Los datos personales y las muestras pueden proceder del material biológico extraído directamente del sujeto fuente para fines de investigación, o indirectamente con ocasión de un tratamiento clínico asistencial para posteriormente destinarlo a su uso en la investigación. En otras palabras, las muestras que se almacenan en un BB pueden provenir de excedentes de pruebas diagnósticas (como por ej., la extracción sanguínea) o terapéuticas (por ej., un drenaje pleural), o provenir de una donación expresa que no coincida con las pruebas anteriores, o tratarse de los excedentes de las muestras extraídas para la realización de un proyecto de investigación, o proceder de la cesión de una colección del investigador principal al BB, en los términos acordados, o por último, de la obtención y utilización de muestras de personas fallecidas.

3. Dentro de las informaciones sobre la salud de las personas se comprenden las de carácter genético⁸. Sin embargo, no

participación en el ensayo y la obtención del material especifique que a la finalización del ensayo clínico, el excedente se incorporará a un Biobanco para la investigación.

También el Decreto 1/2013, de 8 de enero, por el que se regula la autorización para la constitución y funcionamiento de Biobancos con fines de investigación biomédica, se crean el registro de Biobancos de Andalucía y el Biobanco del Sistema Sanitario Público de Andalucía, fija en su artículo 2 su ámbito de aplicación, «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1 del Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre», «a los biobancos con fines de investigación biomédica ubicados en la comunidad Autónoma de Andalucía, colecciones de muestras biológicas de origen humano con fines de investigación biomédica y muestras biológicas de origen humano utilizadas en proyectos de investigación, incluidas las que se utilicen en el marco de un ensayo clínico», incluyendo las «obtenidas con fines asistenciales o diagnósticos, en tanto todas o algunas de las muestras se vayan a utilizar también con fines de investigación biomédica», pero excluyendo «los supuestos contenidos en el artículo 3.2 del Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre».

⁸ Sobre el problema de si los datos de salud son un concepto abierto que incluya las informaciones genéticas, ver DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia, «Investigación y protección de datos de carácter personal: Una aproximación a la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica», en *Revista española de Protección de Datos*, julio-diciembre 2006, pp. 143 ss., especialmente pp. 146-151. La autora se decanta por un concepto amplio de datos relativos a la salud, que comprenda también la información genética, de acuerdo con

todos los datos genéticos hacen referencia a la salud; algunos proporcionan información relativa a características físicas, como color de piel o del cabello, al sexo, o información relacionada con el grupo étnico, algunas interesan muy especialmente en el ámbito terapéutico o médico, como ocurre en el campo de los resultados de los análisis genéticos⁹, otras con el ámbito de la investigación biomédica¹⁰.

La información genética que se obtiene del material biológico de la persona está especialmente protegida por el legislador en la actividad investigadora, sin perjuicio de que sus datos de salud, en tanto permitan identificarla, estén también protegidos en el contexto terapéutico o médico. En otras palabras, «el tema de los datos genéticos permite ser abordado en la vertiente investigadora, pero también puede formar parte de un protocolo médico que posibilite el tratamiento de una enfermedad concreta que afecte a un sujeto concreto, casos en los que el dato genético se presenta como un dato sanitario, como un dato que deberá ser tratado de igual forma que los otros datos relativos a la salud de la persona»¹¹, si bien con algunas excepciones¹². Doble perspectiva, pues, desde la que pueden ser abordados, aunque dependiente la una de la otra.

la mayoría de la doctrina, «en el que se incluyan los aspectos psicológicos, y el conjunto de datos necesarios para configurar la historia clínica de una persona», citando a la Agencia Española de Protección de Datos «que se inscribe en esta línea, abogando por un concepto abierto de datos de salud, en el que se comprenden aspectos como el grado de minusvalía o el consumo de drogas...». De este modo, concluye la autora, «será posible dar cabida a cualquier información que en un futuro, gracias a los avances científicos, pueda estar relacionada con la salud, garantizándose así el máximo nivel de protección a cualquier dato incidente sobre este ámbito» (Ídem, p. 151).

⁹ La Constitución española alude explícitamente a la medicina preventiva (ámbito donde se desarrolla el consejo y el análisis genético) cuando reconoce el derecho a la protección de la salud y cuando encomienda a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios: «Artículo 43. 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio». Ver en <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

¹⁰ Para un estudio de las aplicaciones de la información genética y su protección, ver GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, «Protección de datos genéticos ...», art. cit., pp. 81 ss.

¹¹ GRAMUNT FOMBUENA, Mariló, «El tratamiento de la información genética en la Ley de Investigación Biomédica», en M. Rosa Llácer Matacás (coord.), *Protección de datos personales en la sociedad de la información y la vigilancia*, La Ley, 2011, pp. 176-186.

¹² Así por ejemplo, si los datos genéticos aparecen recogidos en una historia clínica, no se podrán cancelar en tanto no haya finalizado el tratamiento médico al cual estaba sometido el titular. Y de todos modos, el hecho de que el tratamiento médico hubiese finalizado, no significa que *ipso iure* se cancelen los datos, ya que habrá que esperar a que transcurran al menos cinco años desde que el mismo finaliza». GARCÍA AMEZ, Javier, «La protección de los datos genéticos en España: un análisis desde los principios generales de protección de datos de carácter personal», en *Revista de Derecho y Genoma humano*, n. 24, p. 565.

En efecto, las informaciones genéticas relativas a la salud y comprendidas en la historia clínica del paciente interesan cada vez más en la actividad investigadora.

En este aspecto, la Ley española 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (en adelante LIB) señala que el papel del BB depositario del material se limitará a servir de intermediario para cursar la solicitud de acceso a tales datos hecha por los terceros investigadores, dirigida al centro hospitalario en donde se encuentre la historia clínica, para trasladarlos, en su caso, al petionario, presupuesto el cumplimiento de ciertos requisitos.

Pero además, la misma información clínica del sujeto fuente puede interesar para una investigación biomédica ajena al proceso asistencial del sujeto. Tal información, que recae sobre datos no obtenidos directamente del tratamiento del material biológico, sino procedentes de la historia clínica asistencial –de ahí que se califiquen de «datos secundarios»–, despierta un interés creciente en el ámbito de la investigación biomédica.

El interés por los datos clínicos en el ámbito investigador ha supuesto una disminución del interés exclusivo por los datos genéticos del sujeto; algunos afirman incluso que la revelación de las características genéticas del sujeto fuente no es tan amenazadora¹³, poniendo en tela de juicio la idea de que los datos genéticos contengan información personalísima y excepcional sobre el sujeto fuente¹⁴. Se trataría con estas posturas de defender un enfoque sistémico en biología frente al determinismo radical de los genes¹⁵, es

¹³ Revisión del excepcionalismo genético de la que levanta acta ALKORTA, Itziar, «Uso de la información genética humana con fines de investigación biomédica: Biobancos poblacionales», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 22, enero-diciembre 2008, pp. 9-56, esp. p. 30: «La revisión del modelo teórico basado en el excepcionalismo genético nos obliga a ajustar el análisis de la regulación jurídica relativa a los biobancos destinados a la investigación científica, adoptando un punto de vista sistémico, en el que los datos genéticos no son el único fundamento de la etiología de las enfermedades, sino un factor más de su causación».

¹⁴ Son palabras de OYSTEIN URSIN, Lars, «Privacy and Property in the Biobank Context», *HEC Forum* (210) 22:211-224, que pone el ejemplo de Craig Venter, en 2008, cuando decidió publicar su genoma en Internet, divulgando su intimidad genética, lo que indujo a un cambio de percepción acerca de la información genética (p. 213). ¿Puede que el daño acerca de revelar información sobre el genoma no sea tan grande después de todo? Quizás estábamos equivocados al considerar la información genética como dato especialmente sensible. Otro ejemplo el del Personal Genome Project of Harvard Medical School <http://www.personalgenomes.org/>, que hicieron públicos los datos de 100.000 voluntarios en 2009, no con sus nombres, sí sus fotos, historia médica completa e información genética para la comunidad científica.

¹⁵ CASADO DA ROCHA, Antonio y ETXEBERRIA AGIRIANO, Arantxa, El consentimiento informado ante los Biobancos y la investigación genética, *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*. CLXXXIV 730 marzo-abril (2008) 249-260 ISSN: 0210-196: Para los autores, el enfoque sistemático en biología atempera el determinismo más radical e implica que «... ningún factor, ni interno (genes y otros componentes metabólicos) ni ambiental (alimentación, educación, polución), tiene un carácter privilegiado sobre los otros en la construcción del organismo, la salud y el mantenimiento de la vida, dado que las propiedades

decir, frente a la conexión radical entre genes y persona que se califica, por lo demás, por Santuososso como «falsa sinédoche» pues reduce a la persona al dato biológico¹⁶.

4. Las siguientes páginas tienen por objeto profundizar en la protección de las informaciones genéticas y las muestras biológicas de las personas cuando son tratadas en la actividad investigadora. Estos dos elementos, soporte físico e información asociada, constituyen una unidad cuyo marco jurídico normativo se sitúa en el ámbito de los derechos de la personalidad, no en el de los derechos reales de propiedad por cuanto las categorías patrimoniales son difícilmente extrapolables a los derechos de la personalidad. Los actos de circulación del material biológico humano para la actividad investigadora no se explican en clave de acto de disposición patrimonial, sino como una autorización para la actividad investigadora cuya ausencia determina la obligación de resarcimiento, y en su caso, la responsabilidad civil del Biobanco. Para ello, es importante calificar el papel que juega el consentimiento informado del sujeto fuente en el tratamiento del material biológico, tanto en el acto de la obtención como posteriormente, en el momento de su circulación; así como la incidencia de la gratuidad en el tratamiento del material, tanto desde la óptica de si el sujeto fuente tiene derecho a percibir una contraprestación económica por el uso de su material biológico en la investigación, como si tiene derecho a participar en los beneficios económicos obtenidos con la patentabilidad de los resultados de la investigación.

II. INTRODUCCIÓN: PERSONA, DERECHO Y CAMBIOS BIOTECNOLÓGICOS

1. La incidencia de las nuevas tecnologías en el mundo del Derecho

Nos hallamos inmersos en una época de grandes cambios y en un proceso de globalización con repercusiones en muchos campos,

orgánicas no descansan en secuencias estáticas, sino que emergen de la interacción compleja de muchos componentes, tanto a nivel molecular como superior. Se pasaría así de un enfoque estático, geocéntrico, a uno dinámico, que considera que el genoma no solo influye en otros procesos, sino que también es afectado por ellos». «Se deja así la metáfora del genoma como “libro de la vida” o lenguaje, para adoptar una imagen del papel del genoma y del organismo que subraya la complejidad de los procesos orgánicos, que no pueden reducirse a las propiedades de las partes o de las moléculas».

¹⁶ SANTUOSSO, Amedeo, *Corpo e libertà. Una satira tra diritto e scienze*, 2001, p. 272

cuya clave estriba en el desarrollo tecnológico, proceso que «está afectando profundamente a las relaciones humanas»¹⁷. En este contexto, se ha producido un cambio en la concepción del sujeto de derecho en nuestros Códigos civiles; del sujeto de derecho abstracto se ha pasado «a la persona como realidad corporal», en la genial expresión de Rodotà: de fórmula jurídica abstracta, centro de reconocimiento de derechos y deberes, el concepto «sujeto de derecho» gira ahora en torno a la persona como «sujeto de carne», lo que, en palabras del autor, «permite dar relevancia progresiva al destino de socialización y al “destino natural de su organismo”...». Se trata de un cambio que ha penetrado en los ordenamientos y que se manifiesta en la aparición de nuevos estatutos personales diferenciados, como el ser niño, anciano, o discapacitado, frente a la indiferencia anterior por la realidad de las condiciones materiales de la persona como individuo¹⁸.

Un ejemplo claro de cómo la biotecnología incide radicalmente en el mundo del Derecho es la proliferación de los datos genéticos, que ha generado la necesidad de su protección por aquél. Problemas tales como la discriminación en el ámbito laboral y en materia de seguros¹⁹, la llamada «propiedad» de los datos genéti-

¹⁷ Ver VIDAL MARTÍNEZ, «Acerca del valor permanente del Derecho Civil como Derecho de la persona en la era de la globalización», en BLASCO-CLEMENTE-ORDUÑA-PRATS-VERDERA (coords.), *Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo II, Valencia, 2011

¹⁸ RODOTÀ, Stefano, *Dal soggetto alla persona. Crisi e ridefinizione de i concetti giuridici*, 2007, pp. 7 ss. en particular, pp. 22-23. Cita especialmente el nuevo artículo 16 del CC francés, que procede de la Ley de bioética de 1994, que reconoce el «respeto al cuerpo humano» y su inviolabilidad, acompañado de una prohibición de hacer del cuerpo o sus partes el objeto de un derecho patrimonial.

¹⁹ http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13155&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

En el portal de la Unesco, se contenía una información ya en el año 2003, con el objeto de fomentar el debate democrático en la preparación de la declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos, que presentaba «algunos casos concretos para poder comprender mejor la complejidad de los problemas a los que la declaración intenta aportar una solución inicial. [...] Al haber muerto uno de sus padres de resultas de la corea o enfermedad de Huntington, una ciudadana estadounidense decidió someterse a una prueba genética para saber si iba a padecer también esta grave enfermedad neurológica degenerativa. Una decisión difícil de tomar, porque había un 50% de posibilidades de que así fuese. Un asesor especializado en cuestiones genéticas le recomendó que suscribiera un seguro de vida y otro de enfermedad antes de efectuar la prueba, porque si el resultado era positivo, además de enfermar inevitablemente, no podría asegurarse en modo alguno. En efecto, ninguna compañía de seguros le dejaría suscribir una póliza si revelaba su condición de «positiva», mientras que si la ocultaba se consideraría que actuó de mala fe y se anularía su contrato cuando se descubriese la mentira. Uno de sus colegas de empresa escuchó la conversación telefónica en la que pedía cita para efectuar la prueba genética y se lo contó al director. En un principio, éste sintió compasión por su empleada y se mostró dispuesto a ayudarla. El resultado de la prueba genética fue positivo y la interesada, al saber que su enfermedad sería inevitable tarde o temprano, refirió su caso a algunos colegas. Muy poco tiempo después fue despedida de la empresa, a pesar de que en los ocho meses anteriores la habían felicitado por su trabajo, recompensándola con varios ascensos profesionales. Asustados por este

cos²⁰, el consentimiento para el uso del material biológico, los cambios de destinos del material biológico en la investigación, las trabas a la investigación, o la comercialización del material biológico humano²¹, son problemas que están en juego y a los que el Derecho deber dar una respuesta.

La aparición del derecho a la autodeterminación informativa es otro ejemplo de la incidencia de las tecnologías en el mundo del Derecho de la que hablamos²². Los datos que pueden obtenerse a

incidente, todos los parientes de esta mujer, y más concretamente sus hermanas, renunciaron a efectuar la prueba genética de la corea.

Los programas de televisión estadounidenses dedicaron en su momento una gran atención a esta triste historia. Bien es verdad que resultó ser muy aleccionadora con respecto a las pruebas genéticas que están invadiendo paulatinamente nuestra vida cotidiana.

²⁰ http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13155&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

En el portal de la Unesco, se contenía una información ya en el año 2003, con el objeto de fomentar el debate democrático en la preparación de la declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos, que presentaba «algunos casos concretos para poder comprender mejor la complejidad de los problemas a los que la declaración intenta aportar una solución inicial. [...] II) Un vecino de Seattle (Estado de Washington) enfermo de leucemia ingresó en un afamado hospital universitario de California, donde se le practicó una esplenectomía (ablación del bazo) acompañada de la extracción de múltiples muestras de sangre, médula espinal, etc. Gracias a esas muestras, un investigador del hospital descubrió una sustancia valiosa tanto en el plano científico como en el comercial y, acto seguido, la patentó en provecho de cinco beneficiarios –el médico del paciente, el hospital y el investigador, más un instituto de genética y una compañía farmacéutica–, dejando al margen al paciente cuyas células eran portadoras de la sustancia. Este presentó una demanda ante la justicia californiana que, si bien le dio en parte razón porque no se le había pedido su consentimiento, desestimó su pretensión de que se le reconociera la propiedad de las células por considerar que el reconocimiento de ese derecho impediría a los investigadores tener acceso a las células imprescindibles para sus trabajos. Este fallo judicial fue criticado por varios juristas que lo consideraron una legitimación de la explotación del cuerpo humano –como la esclavitud– y de un enriquecimiento injustificado.

¿Qué veredicto se dictaría hoy en los Estados Unidos en un caso semejante? En realidad, todo dependería del Estado en que se examinase la demanda, porque en Georgia y Oregón, por ejemplo, la ley protege más al «propietario» biológico.

²¹ Tercer problema puesto de relieve en el portal de la Unesco, en 2003, con el objeto de fomentar el debate democrático en la preparación de la declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos, http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13155&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

[...]. III) «¡Envíenos un poco de saliva suya! ¡Así ayudará a la ciencia y le daremos acciones de nuestra empresa!» Este sorprendente mensaje se difundió hace algún tiempo en Internet. Emanaba de una empresa llamada Spitter con sede en Bruselas (Bélgica), que quería crear un banco de datos genéticos para que lo utilizasen tanto los investigadores del sector privado como los del público. Sus promotores pensaban obtener ganancias con el dinero que la industria farmacéutica iba a pagar por tener acceso a los datos genéticos acopiados. Se había previsto extraer el ADN de los millones de muestras de saliva que la empresa esperaba almacenar. Además, los «donantes» que quisieran recibir acciones de la empresa tenían que rellenar un cuestionario médico por Internet. Spitter garantizaba el anonimato. Esta empresa innovadora y el grupo al que pertenecía, Starlab NV/SA, acabaron quebrando. Después de la quiebra, entre otros bienes de la empresa se pusieron a la venta quinientas muestras de saliva, como si se tratase de activos empresariales al igual que el mobiliario de las oficinas. Al final, la venta no llegó a efectuarse.

²² Sobre los fundamentos constitucionales del derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática en Alemania, «de donde bebe las fuentes», «tras el conflicto de intereses entre dos derechos fundamentales y autónomos: el derecho a la información y el derecho al libre desarrollo de la personalidad», véase MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO,

través del análisis del ADN «trasparentan ámbitos extremadamente sensibles de la vida privada y de la propia realidad física de la persona, todo lo cual aconseja tratarlos con extremada prudencia y máximas garantías»^{23, 24}. Diversos derechos fundamentales pueden verse comprometidos con las técnicas de análisis de ADN, desde el derecho a la intimidad, que «desde siempre ha sustentado la regulación sobre protección de datos», hasta la incorporación de otros «nuevos», como «el derecho a la autodeterminación física, ... el derecho a la autodeterminación informativa, ... el derecho a la identidad genética y, transversalmente a ellos, el derecho a la igualdad y la consecuente prohibición de discriminación y estigmatización»²⁵.

Por último, los nuevos retos científicos de la investigación biomédica han hecho surgir los Biobancos de investigación y la con-

Luis, «El derecho a la autodeterminación informativa», en BLASCO-CLEMENTE-ORDUÑA-PRATS-VERDERA (coords.), *Estudios en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo II., Valencia 2011, pp.1507-1526).

²³ GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, «Protección de datos genéticos: nuevos derechos para nuevas tecnologías», en *Revista española de Protección de Datos*, julio-diciembre 2006, pp. 61-91, p. 64.

²⁴ Ver lo que aparecía en el portal de la Unesco con fecha 25-06-2003: Hacia una declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos, en http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13155&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

«Las pruebas genéticas. Se estima que unas 3.000 a 4.000 enfermedades (corea de Huntington, mucoviscidosis, neurofibromatosis, distrofia muscular de Duchenne, etc.) están directamente relacionadas con alteraciones genéticas hereditarias. Otras herencias de errores genéticos de índole más compleja pueden aumentar los riesgos de que algunas personas lleguen a padecer enfermedades menos raras, por ejemplo cánceres diversos, afecciones cardiovasculares, diabetes, etc.

Hoy en día, hay muchas pruebas genéticas para detectar esas alteraciones o errores. Se ha comercializado material de toma de muestras preparado para efectuar pruebas de más de 400 enfermedades, cuyo precio oscila entre 100 y 200 dólares, y se prevé que varios centenares más se irán poniendo a la venta progresivamente en el mercado. Esas pruebas son más o menos fidedignas. La de la corea de Huntington ofrece la particularidad de ser fiable al cien por cien. Si la prueba de una persona es positiva, no cabe duda de que la persona padecerá la enfermedad. La gran mayoría de las pruebas restantes, por ejemplo las previstas para los cánceres, suministran solo indicaciones, es decir que la lectura de los genes permite determinar solamente la existencia de una predisposición, o sea de un mayor riesgo de padecer tal o cual enfermedad. Sin embargo, aunque se tenga predisposición a una determinada enfermedad, es perfectamente posible que no llegue a sobrevenir nunca.

La corea o enfermedad de Huntington.—Para comprender mejor el dilema que supuso para esta ciudadana estadounidense optar por la realización de la prueba de la corea, es preciso saber que esta enfermedad degenerativa es sumamente grave porque altera profundamente las capacidades físicas e intelectuales de las personas, reduciéndolas a la impotencia total. Los síntomas suelen hacer su aparición hacia la edad madura, entre los 35 y los 45 años. Aunque se están estudiando tratamientos como el trasplante de neuronas, por ahora solo se pueden limitar los efectos de la enfermedad y prolongar la vida de los pacientes, manteniendo al máximo sus puntos de referencia habituales. Un diagnóstico positivo (cetero al cien por cien, en el caso de la corea) provoca evidentemente un traumatismo en las personas interesadas y en el conjunto de sus familias. A este respecto, cabe señalar los resultados de una encuesta mencionada en el Informe sobre el derecho a la vida privada y los derechos humanos 2002 elaborado conjuntamente por el Electronic Privacy Information Center y la organización Privacy International: solo el 66% de las personas que corren el riesgo de padecer esta enfermedad se muestran dispuestas a efectuar la prueba, y un 15% de las mismas declaran que se suicidarán si el resultado es positivo».

²⁵ GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, «Protección de datos genéticos:...», art. cit., p. 64.

siguiente necesidad de su regulación, objetivo al que ha dado respuesta la Ley española 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (en adelante LIB) –según declara en su Exposición de Motivos–; además, en desarrollo de la disposición final tercera de la LIB, se ha aprobado recientemente el RD 1716/2011, de 18 de noviembre, que establece los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y que regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica (en adelante RLIB).

2. La persona humana como centro de referencia de los cambios tecnológicos

Las nuevas técnicas y avances científicos en los campos de la medicina, reproducción y genética han abierto inéditas posibilidades en orden al alivio del sufrimiento humano, pero han dado ocasión a nuevas formas de injusticia. Ante este panorama «el Derecho Civil Europeo ha mostrado un marcado realismo», colocando «los valores universales relativos a la persona, su libertad y esencial igualdad ...», en el centro de su actuación²⁶.

El Tratado de la Unión Europea inicia este «cambio de ciclo de desarrollo tecnológico», inicialmente del orden económico y posteriormente del social y político, aunque según cierta doctrina, la dirección apunta hacia la configuración de «una sociedad de personas»²⁷, hacia una línea que configura los cambios tecnológicos poniendo a la persona humana como centro de referencia²⁸.

Se ha formado así, en el ámbito europeo, «una suerte de *ius commune* de la protección de datos», «unido al reconocimiento de la naturaleza ius-fundamental del derecho a la protección de datos en todas las escalas: en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (integrado en el derecho a la vida privada de su art. 8); en la

²⁶ VIDAL MARTÍNEZ, «Acerca del valor permanente del Derecho Civil como Derecho de la persona en la era de la globalización», art. cit., p. 2852.

²⁷ VIDAL MARTÍNEZ, «Acerca del valor permanente del Derecho Civil como Derecho de la persona en la era de la globalización», art. cit., p. 2844.

²⁸ Se trata de un proceso que pone a la persona humana en el centro, como por ejemplo cuando se reconoce el derecho a la salud. Su núcleo duro, como señala RODOTÀ, lo constituye el límite al respeto de la persona como tal: «Siamo di fronte ad una sorta di nuova dichiarazione di habeas corpus, ad una autolimitazione del potere... Il corpo intoccabile diviene presidio di una persona umana alla quale, “in nessun caso” si può mancare di rispetto». La Constitución italiana lo reconoce estableciendo que los tratamientos obligatorios solo pueden ser establecidos por ley, que en ningún caso podrá violar el «respeto a la vida humana». RODOTÀ, Stefano, *Dal soggetto alla persona. Crisi e ridefinizione de i concetti giuridici*, 2007, pp. 7 ss. en particular, pp. 32-33.

Carta de los Derechos Fundamentales, ... (en su art. 8, ésta vez como derecho autónomo respecto del derecho a la intimidad); y en las diferentes Constituciones nacionales (extraído del derecho al libre desarrollo de la personalidad, del derecho a la intimidad, o afirmado como derecho autónomo a la vez que instrumental, como en España, a partir de la vaga referencia del art. 18.4 CE)²⁹.

Este proceso que pone a la persona humana en el centro, se recoge en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE³⁰. En concreto, el tema de la integridad del cuerpo aparece entendida en sentido físico y psíquico y con referencia a cuatro principios que considera fundamentales: consentimiento del interesado, prohibición de hacer del cuerpo un objeto de ganancia, prohibición de eugenesia de masas y prohibición de clonación reproductiva³¹.

La «integridad» del cuerpo –entendida como cuerpo y mente–, permite afirmar que «no somos nuestros datos genéticos, aunque haya que reconocer el flujo de información cada día más creciente. Tan es así que la propia Carta de Derechos fundamentales hace una distinción entre el “respeto a la vida privada y familiar” –art. 7– y el “derecho a la protección de los datos personales” –art. 8–, que se considera así como derecho fundamental y autónomo»³².

En efecto, el artículo 8 de la Carta de derechos fundamentales de la UE del 2000 consagra el derecho a la protección de los datos personales en artículo distinto del derecho a la intimidad del artículo 7³³. La innovación, a juicio de Rodotà, es importantísima desde

²⁹ Palabras de GUICHOT REINA, Emilio, «Derecho a la protección de datos y actividad administrativa», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 2005, núm. 71, pp. 81-120, cit. p. 84.

³⁰ http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

³¹ Artículo 3: «Derecho a la integridad de la persona. 1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:

- el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley,
- la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas,
- la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro,
- la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos».

http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

³² Ideas que proceden de RODOTÀ, Stefano, *Dal soggetto alla persona. Crisi e ridefinizione de i concetti giuridici*, 2007, p. 34

³³ Artículo 7: «Respeto de la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones».

Artículo 8: «Protección de datos de carácter personal. 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente».

http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

la óptica de funcionamiento del sistema democrático³⁴. La impostación tradicional construía el derecho a la tutela de la vida privada y familiar según el esquema del derecho de propiedad, excluyendo el acceso de los otros a la vida privada. La protección de datos, en cambio, modifica esta perspectiva, fundando el nuevo derecho sobre el «acceso» por parte de todos los interesados a las informaciones que otros tienen en su poder. En vía de principio, no existiría ningún «santuario» público o privado al resguardo de los datos³⁵.

Ambos derechos reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE son manifestaciones de la protección de la persona. El respeto a la vida privada y familiar, entendida como el poder de excluir la injerencia de los otros, se concreta en una tutela estática. Por el contrario, la protección de los datos personales, entendido como el derecho de acceso y rectificación por el sujeto fuente a las informaciones que tienen los demás, establece reglas sobre la modalidad de tratamiento de los datos, y se concreta en una tutela dinámica, porque «segue i dati nella loro circolazione»³⁶.

Precisamente, el reconocimiento de la protección de los datos como derecho fundamental cumple realmente el objetivo de mantener la relación entre la persona y su cuerpo, no ya encerrada en sus confines físicos y en el secreto de la mente, sino separada, unida a los infinitos bancos de datos que le dicen al mundo quiénes somos³⁷. El cuerpo electrónico, cuerpo virtual, y su gestión, pertenece a la esfera jurídica de la persona, lo que se actúa mediante el reconocimiento del derecho de acceso a sus datos donde quiera que se encuentren, de rectificación, de cancelación, y a su tratamiento conforme a los principios de necesidad, finalidad, pertinencia y proporcionalidad³⁸.

Por lo que respecta al ordenamiento jurídico español, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de los Datos de carácter personal (LOPD) enmarca su objetivo de garantizar y proteger el tratamiento de los datos personales, dentro de «las

³⁴ RODOTÀ, Stefano, Prefazione, en *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di Rocco PANETTA, Tomo I, Milano 2006, p. IX

³⁵ «Por otra parte, la previsión generalizada del derecho de acceso haría crecer la transparencia de la organización social con un evidente efecto de democratización, proceso inédito en la UE, donde se podría decir que ha nacido un modelo que, reforzando la esfera privada, refuerza al mismo tiempo el peso de cada uno en la esfera pública». Son siempre palabras de RODOTÀ, Stefano, Prefazione, en *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di Rocco PANETTA, Tomo I, Milano 2006, p. X.

³⁶ RODOTÀ, Stefano, *Dal soggetto alla persona. Crisi e ridefinizione de i concetti giuridici*, 2007, p. 36.

³⁷ RODOTÀ, Stefano, *Dal soggetto alla persona. Crisi e ridefinizione de i concetti giuridici*, 2007, p. 36

³⁸ RODOTÀ, Stefano, *Dal soggetto alla persona. Crisi e ridefinizione de i concetti giuridici*, 2007, p. 37

libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar» (art. 1).

La doctrina española se encuentra dividida «acerca de su conceptualización como derecho autónomo fundado en el artículo 18.4 CE, por contraposición con una noción clásica, defensiva y acotada en su objeto del derecho a la intimidad»³⁹. Para Guichot Reina, «acaso lo más coherente con la ubicación del artículo 18.4 [CE] y con el conjunto de la jurisprudencia [...] sería sostener que el derecho a la intimidad comprende, dentro de su contenido [...] el nuevo contenido del derecho a la intimidad de la información personal, y no un «nuevo» derecho a la protección de datos [...]»⁴⁰. Para el autor, «en una sociedad tecnificada y global como la actual, el derecho a la intimidad tiene que integrar facultades positivas y garantías institucionales que hagan efectivo el poder de cada persona de controlar la información sobre su persona, un poder de autodeterminación, que implica necesariamente ir más allá de una concepción defensiva o pasiva para integrar una faceta activa que permita dicho control»⁴¹.

En todo caso, y sea cuál sea su naturaleza jurídica, podemos hablar del «derecho a la protección de los datos personales» entendido como el derecho de la persona a no sufrir ninguna adquisición, utilización o manipulación de informaciones sobre sus datos personales, tutelado en el marco de los derechos fundamentales, especialmente como un tipo del derecho a la intimidad, al respeto de la vida privada⁴².

«Garantizar la vida privada, hoy día, precisa del reconocimiento al individuo de un poder de control sobre todos sus datos personales, consistente en prohibiciones (de obtención, uso y comunicación sin consentimiento) y derechos o facultades (de información, acceso rectificación y cancelación»⁴³. En otras palabras, la persona tiene derecho a que no se divulguen sus datos personales sin su consentimiento, a no ver expuestos a la pública curiosidad los datos de su vida privada. Pero además, tiene derecho a no sufrir un tratamiento

³⁹ GUICHOT REINA, Emilio, «Derecho a la protección de datos y actividad administrativa», en *Revista Vasca de Administración Pública*, art. cit., p. 94, con una exposición de las distintas posiciones y autores que las siguen.

⁴⁰ GUICHOT REINA, Emilio, «Derecho a la protección de datos y actividad administrativa», en *Revista Vasca de Administración Pública*, art. cit., p. 96.

⁴¹ Ídem, *ult. loc. cit.*

⁴² Para una visión de ambos derechos, ver GUICHOT REINA, Emilio, *Datos personales y Administración Pública*, 2005, p. 154 ss., y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, «El derecho a la autodeterminación informativa», art. cit., p. 1554.

⁴³ GUICHOT REINA, Emilio, *Datos personales y Administración Pública*, *ob. cit.*, p. 154.

abusivo de sus datos personales por los terceros^{44, 45} derecho que en sí mismo representa un interés reconducible a su esfera privada⁴⁶, no exactamente igual que el derecho a su intimidad, aunque su función sea idéntica: la tutela primaria de la persona⁴⁷. Mirado desde esta perspectiva, no hay sin embargo, inconveniente para aceptar que «en nuestro ordenamiento se ha terminado acuñando un nuevo derecho fundamental», conectado con la dignidad personal del artículo 10.1 CE, que es el «derecho a la autodeterminación informativa, en el sentido de que la persona tiene un control sobre los propios datos que el Estado u otros sujetos particulares maneja»⁴⁸.

3. La regulación de los datos genéticos

Es crucial mediar en la protección jurídica de los datos genéticos⁴⁹. La LIB los define como la «información sobre las características hereditarias de una persona, identificada o identificable obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos» [art. 3.j)]⁵⁰; su artículo 9.3 delimita el concepto cuando señala que

⁴⁴ Recogemos las ideas de BIANCA, Cesare Massimo, *Nota Introduttiva I. La protezione dei dati personali: Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n.196 («Codice della privacy»)*, a cura di Cesare Massimo BIANCA e Francesco Donato BUSNELLI, coordinamento redazionale Valentina GAGLIARDI-Enza PELLECCIA, pp. XIX ss. Tiene así este concepto dos aspectos fundamentales: el derecho a mantener las informaciones personales dentro de la esfera privada, y el derecho a controlar la revelación y el uso público de las mismas.

⁴⁵ También en este sentido FANVELE, Chiara, *Dati genetici e procedimento penale*, Cedam, 2009, p. 64.

⁴⁶ Así BIANCA, *La protezione dei dati personali: Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, a cura di Cesare Massimo BIANCA e Francesco Donato BUSNELLI, coordinamento redazionale Valentina GAGLIARDI-Enza PELLECCIA, p. XXII.

⁴⁷ Así BIANCA, *La protezione dei dati personali: Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n.196 («Codice della privacy»)*, a cura di Cesare Massimo Bianca e Francesco Donato Busnelli, coordinamento redazionale Valentina GAGLIARDI-Enza PELLECCIA, p. XXIV

⁴⁸ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, «El derecho a la autodeterminación informativa, art. cit., p.21.

⁴⁹ El tema es importante si se considera que la persona virtual se fragmenta en tantos bancos de datos que tratan su información personal por terceros distintos del sujeto que tratan su información. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona. Crisi e ridefinizione de i concetti giuridici*, 2007, p. 58

⁵⁰ El significado de la palabra «genético» varía. Se puede hablar de test genéticos, consejos genéticos, análisis genéticos, datos genéticos, etc. Son múltiples y numerosas las definiciones en función de muchas variantes, si bien es común enfatizar que los análisis –tests, consejos,...– genéticos deben servir principalmente para fines médicos y no usarse con violación de derechos humanos y de la dignidad.

Sobre el concepto de dato genético, GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, «Protección de datos genéticos: nuevos derechos para nuevas tecnologías», en *Revista española de Protección de Datos*, julio-diciembre 2006, pp. 61-91, especialmente apartado 1.1. NICOLÁS JIMÉNEZ, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Granada 2006. Orsolya VARGA, Sirpa SOINI, Helena KÄÄRIÄINEN, Jean-Jacques CASSIMAN, Irmgard NIPPERT, Wolf ROGOWSKI, Herman NYS, Ulf KRISTOFFERSSON, Jörg SCHMIDTKE, and Jorge

los análisis genéticos podrán realizarse tanto con fines médicos como de investigación médica⁵¹.

La singularidad de la información genética obtenida mediante análisis de ADN de cualquier tipo resulta evidente⁵², al permitir al sujeto obtener información sobre su configuración genética, con sus consecuencias presentes y futuras, y le posibilita la toma de decisiones y el ejercicio de sus derechos y libertades, identificar al sujeto con otros sujetos, vivos o muertos; conocer el estado de salud actual y prever la propensión a padecer patologías futuras; detectar predisposiciones genéticas de los individuos (no necesariamente patológicas) y capacidades de diversa naturaleza; aportar datos relevantes que trascienden el ámbito estrictamente individual para afectar al grupo familiar, al étnico y, en última instancia, al patrimonio común, aunque diverso, de la humanidad; etc.

Estos datos pueden afectar no solamente al individuo de quien proceden, sino también a sus familiares, razón por la que presentan unas características específicas que los hacen diferentes de los datos de salud en general. Pueden ofrecer información sobre predisposición a sufrir enfermedades incluso en personas asintomáticas; son constantes a lo largo de toda la vida e incluso se pueden obtener tras el fallecimiento; y se heredan, lo cual significa que se comparten –al menos potencialmente– con la familia biológica y se pueden transmitir a la descendencia. Tanto la familia biológica como la pareja con la que se piensa tener descendencia pueden mostrar interés en conocer esta información, lo que podría implicar

SEQUEIROS, «Definitions of genetic testing in European legal documents», *J Community Genet.* 2012 April; 3(2): 125–141. Published online 2012 January 26. doi: 10.1007/s12687-012-0077-1. PMID: PMC3312943

⁵¹ También la Ley andaluza 11/2007, de 26 de noviembre, reguladora del consejo genético, de protección de los derechos de las personas que se sometan a análisis genéticos y de los bancos de ADN humano en Andalucía, legitima la utilización de los análisis genéticos y de los datos obtenidos de los mismos para fines de asistencia sanitaria e investigación biomédica (art. 4) siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Consentimiento informado del sujeto, ya sea con fines de asistencia sanitaria, pruebas de cribado genético o con fines de investigación biomédica (art. 5); con libertad para proceder libremente a su revocación en cualquier momento, revocación que cuando sea total conllevará la destrucción de la muestra la cancelación de los datos genéticos de carácter personal, asociados a la misma (art. 24). 2. Garantías del centro de la protección de la intimidad personal y el tratamiento confidencial de los datos resultantes de la realización de los análisis genéticos, conforme a lo dispuesto en la LOPD (art. 8), deber que se extiende al personal del centro. 3. La trazabilidad de la muestra biológica y la confidencialidad de los datos (art. 9); y 4. Derecho a la información derivada del análisis genético para las personas que se sometan a él (art. 7) y a que se respete su voluntad de no ser informada.

⁵² Seguimos a GÓMEZ-SÁNCHEZ, Yolanda, «Protección de datos genéticos:...», art. cit., p. 65.

un conflicto de intereses o condicionar las decisiones del sujeto del que se obtienen⁵³.

En España los principios que protegen los datos personales son aplicables a los datos genéticos⁵⁴. Su nivel de protección es alto, sin perjuicio de que el mismo riesgo de atentado a la intimidad puede producirse, no solo con la propia ficha de ADN, sino por el uso de datos asociados o secundarios del sujeto fuente. El acceso a la historia clínica, a los estilos de vida, las respuestas a los tratamientos clínicos, ambiente cultural y social, etc., puede entrañar un riesgo potencial cuando los datos se usan más allá del ámbito de la actividad clínica o investigadora⁵⁵. Todo ello justifica su protección reforzada en tanto en cuanto permitan identificar al sujeto fuente; no en cambio, si se someten a un proceso de anonimización.

En efecto, para que el dato se considere personal no es necesario «que la identidad se revele de manera inmediata, sino que la información sea susceptible de identificación personal»⁵⁶. En consecuencia, cuando la información se anonimiza, el dato deja de ser personal, lográndose así una «fórmula de equilibrio entre intimidad y progreso científico»⁵⁷, y con ello, un instrumento idóneo para la investigación biomédica.

La LOPD establece dos consecuencias importantes de la disociación de la información (siempre bajo el presupuesto del consentimiento informado del sujeto): la primera, la posibilidad de la conservación de los datos una vez que el estudio haya finalizado y su reutilización para otras investigaciones. Esta consecuencia, trasladada al ámbito de la LIB, significa que el material biológico (muestra anatómica con información asociada a la misma) se guarda en el BB hasta que se agote (art. 22.1 RLIB)⁵⁸.

⁵³ Guía práctica para la utilización de muestras biológicas con fines de investigación, p. 5. Disponible on line en <http://www.aemps.gob.es/investigacionClinica/medicamentos/docs/anexos.pdf>

⁵⁴ La Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal define el dato personal como cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables [art. 3.a) LOPD]. Dentro de ellos, los relacionados con la salud aparecen definidos por el RLOPD como «las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo». En particular, cita los referidos a la información genética del individuo [art 5.g) RLOPD].

⁵⁵ Ver ALKORTA, Itziar, «Uso de la información genética humana con fines de investigación biomédica: Biobancos poblacionales.» *Derecho Privado y Constitución*, n. 22, enero-diciembre 2008, pp. 9-56, p. 32.

⁵⁶ En este sentido, DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia, «Investigación y protección de datos de carácter personal: ...», art. cit., p. 148

⁵⁷ DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia, «Investigación y protección de datos de carácter personal: ...», art. cit., p. 151 y concordantes.

⁵⁸ El artículo 61 LIB establece que se conservarán únicamente en tanto sean necesarias para los fines que justificaron su recogida, salvo que el sujeto fuente otorgue su consentimiento explícito para otros usos posteriores. Lo que permite la conservación mientras no se agote la muestra.

El segundo efecto de la disociación es la posible cesión para otros proyectos de investigación sin necesidad de recontactar con los sujetos fuentes⁵⁹, lo que supone que la cesión del material biológico a los investigadores se facilita en cuanto el BB puede atender las solicitudes de cesión sin necesidad de recontactar con el sujeto fuente (de esto nos ocuparemos en el epígrafe 4 del capítulo siguiente).

Para cierta doctrina, aunque los cimientos ya existen, se necesita una regulación integradora para «la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos, datos proteómicos o muestras biológicas», con un marco normativo de protección reforzada, que tenga en cuenta un tratamiento matizadamente diferenciado en función de las diferentes aplicaciones de la información obtenida⁶⁰. En este sentido, se ha señalado que la regulación de los mismos debiera estar presidida por las «aplicaciones de la información genética obtenida», proponiéndose una reforma de la Ley Orgánica de Protección de datos personales y abogándose por una regulación integrada de los mismos, sin perjuicio de su diferente regulación en función de las distintas aplicaciones⁶¹. Se habla de la «necesidad de un desarrollo legal que se materialice en la aprobación de una norma específica sobre datos genéticos», que tenga en cuenta sus especialidades y singularidades, así como los diferentes valores constitucionales protegidos, «no solo el derecho a la privacidad, sino también el derecho a la salud, pues [...] mediante la utilización de información genética de la persona se logrará una mejor asistencia sanitaria a la misma, cumpliendo de esta manera con lo dispuesto en los artículos 43.1 y 2 de la Constitución española»⁶².

En todo caso, desde una perspectiva global⁶³, lo que interesa ahora destacar es que el tratamiento de la información genética pone en tensión diversos derechos fundamentales reconocidos por

⁵⁹ DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia, «Investigación y protección de datos de carácter personal: ...», art. cit., p.153.

⁶⁰ En este sentido GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, «Protección de datos genéticos: ...», art. cit., p. 81.

⁶¹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, «Protección de datos genéticos:...», art. cit., pp. 72-73 y concordantes.

⁶² GARCÍA AMEZ, Javier, «La protección de los datos genéticos en España: un análisis desde los principios generales de protección de datos de carácter personal», en *Revista de Derecho y Genoma humano*, n. 24, pp. 29-64.

⁶³ GÓMEZ-SÁNCHEZ, Yolanda, «Protección de datos genéticos:...», art. cit., pp. 79-80 defiende, no obstante, que el derecho a la autodeterminación informativa debe diferenciarse tanto de la protección de datos como del derecho a la libertad informática enunciado por el Tribunal Constitucional, y que estaría en estrecha conexión con otros derechos integrados en el nuevo estatuto jurídico sobre la vida humana, como son el derecho a la autodeterminación física, el derecho a la identidad genética y el derecho a no saber.

nuestra Constitución⁶⁴, con los que hay que rendir cuentas: el derecho a la dignidad e integridad de la persona (art. 15); el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad (arts. 17 y 10.1) –«en cuanto que la información genética supone un conocimiento de sí mismo y forma parte de la realización de la persona»–; el derecho a la intimidad (art. 18); el principio de igualdad de oportunidades (art. 14) –«por cuanto el conocimiento de las predisposiciones genéticas de un individuo podría llegar a producir discriminaciones en el ámbito social o laboral»–⁶⁵. Además, la Constitución de 1978 pone en relación la intimidad con la informática en el artículo 18.4⁶⁶. Por último, las exigencias constitucionales de promoción de la investigación obligan también a un justo equilibrio de la confidencialidad en el acceso a los datos por los investigadores⁶⁷.

4. Sus caracteres peculiares

La estructura genética de la persona tiene mucho que ver con el derecho a la imagen física, pues el patrimonio genético es una característica física de la persona, que si es conocida públicamente modificará la percepción que tienen de ella los demás; de ahí que su lesión se puede producir principalmente en el caso de la divulgación de la imagen a través de esos datos⁶⁸. Estas informaciones

⁶⁴ Son ideas que proceden de SÁNCHEZ CARO, Javier y ABELLÁN, Fernando, *Datos de salud y Datos genéticos*, ob. cit., p. 118.

⁶⁵ En el ámbito penal el problema del análisis de ADN «radica en la obtención de un fuente de prueba sin vulneración de los derechos fundamentales». Dicho análisis puede exigir la limitación del derecho a la integridad física del artículo 15 CE, con una muestra procedente del cuerpo del imputado, lo que exigirá normalmente «una intervención corporal para la obtención de la muestra»; afectará al derecho a la intimidad personal del imputado, «tanto en el sentido de intimidad corporal», como también «sin necesidad de obtener la muestra biológica del cuerpo del imputado, en el sentido de la intimidad informativa, sea en un ámbito de confidencialidad –por ejemplo, mediante la utilización de datos medios–, sea en el ámbito de la intimidad informativa si fuera el caso de utilizar bases de datos genéticas», restricción que de los derechos fundamentales que «exigirá el cumplimiento de concretas e importantes garantías ...». LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás, «Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penal», en *Genética y Derecho, Estudios de Derecho Judicial*, 36, pp. 135-207, cit. p. 142.

⁶⁶ Si bien no ha sido hasta la STC 254/1993, de 20 julio, cuando por vez primera se resuelva un caso de protección de la persona por el uso informatizado de datos personales. Finalmente, el TC en la sentencia 292/2000, afirma con contundencia la existencia de un derecho a la autodeterminación informativa, y «ahonda en este nuevo derecho fundamental al compararlo directamente con el derecho a la intimidad y establecer diferencias sustanciales entre ambos». MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, «El derecho a la autodeterminación informativa», art. cit., p. 1513.

⁶⁷ Conflicto que en la legislación italiana corresponde al Garante decidir, aunque en principio solo cuando el conocimiento sea imprescindible a los fines de la investigación. Ver CROMMO, Francesco di, «La privacy sanitaria», *Diritto alle riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di Roberto PADOLESI, vol. 2, Giuffrè, 2003, pp. 239 ss.

⁶⁸ SANTOSUOSSO, Amadeo, *Corpo e libertà. Una sotira tra diritto e scienze*, 2001, p. 279.

superan, además, la dimensión estrictamente individual del sujeto y afectan al grupo social, especialmente al grupo biológico familiar, razón por la que se habla de «propiedad común» de esa información que permitiría a los parientes biológicos el acceso a datos genéticos de un consanguíneo almacenados y conservados en el caso de que existieran riesgos de tener o padecer desórdenes genéticos de los que fuera posible la prevención o cura⁶⁹. Se vislumbra así un conflicto potencial, y de ahí, la necesidad de hacer un juicio de valor y ponderación de los varios intereses en juego: La intimidad del sujeto puede entrar en conflicto con el derecho de acceso e información de los familiares, así como con las exigencias colectivas a la investigación científica.

Detengámonos en analizar los caracteres peculiares de los datos genéticos. Los datos genéticos se diferencian de los datos generales de salud⁷⁰ por las notas siguientes:

1.^a Son inalterables, lo que excluye la posibilidad de que puedan ser actualizados, rectificadas o integrados mediante nuevas indicaciones —«salvo la existencia de mutaciones genéticas espontáneas o provocadas por ingeniería genética»⁷¹. Esta es la razón de que la violación en el tratamiento de los mismos, mediante su divulgación o circulación ilícita comporte un daño irreparable para el individuo al poder transformarse esa información en prejuicios contra su persona⁷², con la posible discriminación en el ámbito laboral, de las compañías de seguros, de estigmatización social, etc.

2.^a Son indestructibles pues se hallan presentes en todas las células del organismo, durante la vida e incluso después de la muerte.

3.^a Son informaciones comunes a los consanguíneos, pues «establecen la vinculación biológica del individuo con su familia, de la que también aporta información»⁷³, característica que merece un comentario más detenido.

⁶⁹ Ver ANNECCA, Maria Teresa, «Il trattamento dei dati genetici», *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di Rocco PANETTA, Tomo I, Giuffrè, 2006, 1121-1194, esp. p. 1123. También FANUELE, Chiara, *Dati genetici e procedimento penale*, 2009, p. 66 habla de la «cotitularidad» de los datos genéticos.

⁷⁰ Si bien por su reflejo de la individualidad de la persona, son datos que dan cuenta de la información sanitaria más personal debido a que están vinculados inherentemente a la persona y dan cuenta de su salud pasada, presente y futura. SÁNCHEZ CARO/ABELLÁN, *Datos de salud y datos genéticos*, ob. cit., p. 105.

⁷¹ SÁNCHEZ CARO/ABELLÁN, *Datos de salud y datos genéticos*, ob. cit., p. 105.

⁷² Ver en este sentido también D'ANTONIO, Virgilio, *Biometria, dati genetici e privacy: profili giuridici*, Università degli Studi di Salerno, Dipartimento di Diritto dei rapporti civili ed economici nei sistema giuridici contemporanei, 2004, p. 77.

⁷³ En este sentido SÁNCHEZ CARO/ABELLÁN, *Datos de salud y datos genéticos*, ob. cit., p. 106, y ANNECCA, Maria Teresa, *Il trattamento dei dati genetici*, *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di Rocco PANETTA, Tomo I, Giuffrè, 2006, 1121-1194, p. 1138.

Se ha afirmado que «igual que se reconoce como derecho de la personalidad el derecho a la intimidad familiar, ocurre lo mismo con el derecho que se ostenta sobre los datos genéticos: su objeto de protección es un ámbito a la vez propio y compartido», lo cual «implica que ante datos de un sujeto (ya obtenido), la familia consanguínea ostente un derecho de acceso, puesto que se trata de datos propios, esto es, en el caso de la información genética, el familiar accede a datos personales, no de un tercero»⁷⁴.

La «pertenencia del dato al grupo familiar» hace que la intimidad como expresión de la libertad individual del sujeto, pase a ser un interés de un colectivo natural (el grupo familiar consanguíneo), lo que puede determinar conflictos entre el sujeto y el resto de la familia. Piénsese en las informaciones que resulten de un test genético, cuando determinen una enfermedad o propensión a sufrirla dentro del grupo familiar, si alguno de sus miembros no quiere conocer esos datos, frente al derecho a la información del sujeto titular de los mismos⁷⁵. O lo contrario: los casos en los que el sujeto titular del material biológico haya ejercitado su derecho a no conocer los resultados de los test genéticos o de la investigación llevada a cabo con su material, cuando ello comporte un riesgo importante para la salud de otros miembros del grupo familiar. Piénsese, por último, en la publicación de los resultados cuando éstos puedan identificar a los miembros del grupo familiar, en orden a la necesidad de contar con el consentimiento de éstos. En todos estos casos en los que exista conflicto de intereses del mismo rango constitucional, la importancia del derecho a no conocer el destino genético puede asumir un carácter relativo⁷⁶.

La recomendación del Consejo de Europa R (97) 5 del 13 de febrero de 1997 sobre datos genéticos –punto 58–, considera que los familiares no son terceros, sino que se encuentran en un estado intermedio, posición que les da derecho al acceso a los datos genéticos hereditarios⁷⁷. Los familiares no son terceros porque los datos también les pertenecen, pero tampoco son el sujeto interesado: son

⁷⁴ Ver la exposición que realiza sobre este punto NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, ob. cit., pp. 101 y concordantes.

⁷⁵ Ver D'ANTONIO, Virgilio, *Biometria, dati genetici e privacy: profili giuridici*, Università degli Studi di Salerno, Dipartimento di Diritto dei rapporti civil ed economici nei sistema giuridici contemporanei, 2004, pp. 79 y concordantes.

⁷⁶ D'ANTONIO, Virgilio, *Biometria, dati genetici e privacy: profili giuridici*, Università degli Studi di Salerno, Dipartimento di Diritto dei rapporti civil ed economici nei sistema giuridici contemporanei, 2004, pp. 100 ss.

⁷⁷ Sobre este punto ver FANUELE, Chiara, *Dati genetici e procedimento penale*, 2009, p. 66. Giusseppina SALARIS, *Progresso scientifico e diritti della persona (informazioni genetiche, Biotecnologie)*, AA.VV., *I diritti della persona. Tutela civile, penale, amministrativa*, a cura di P. Cendom, vol. I, Torino, 2005, pp. 31-55, esp. p. 50.

un punto intermedio con protección legal híbrida, categoría que debe ser manejada con cautela⁷⁸.

Esta característica del dato genético de ser común al grupo biológico, impone dos consecuencias de calado: por una parte, la necesidad de distinguir a estos efectos entre familia y grupo biológico –estarían excluidos los hijos adoptados y el cónyuge–; por otra, que el control o derecho de acceso para el tratamiento de los datos deje de ser exclusivamente individual⁷⁹. Veamos esta última con algo más de detenimiento.

En España, la LIB permite a los familiares biológicos el acceso a los datos genéticos hereditarios, sin el consentimiento del titular interesado, cuando el tratamiento de los datos les afecten o se trate de proteger su derecho a la salud; también se les reconoce su derecho a no saber los resultados obtenidos, en parecidos términos al reconocido al sujeto fuente^{80, 81}.

Su artículo 4.5 establece el derecho de toda persona «a ser informada de sus datos genéticos y otros de carácter personal que se obtengan en el curso de una investigación biomédica, según los términos en que manifestó su voluntad»; este mismo derecho reconoce la Ley a «la persona que haya aportado, con la finalidad indicada, muestras biológicas, o cuando se hayan obtenido otros materiales biológicos a partir de aquéllos». El artículo 5 de esta misma Ley somete el tratamiento de los datos personales que resulten de la actividad de investigación biomédica a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal⁸²; las mismas garantías serán de aplicación a las

⁷⁸ SANTOSUOSSO, Amedeo, *Corpo e libertà. Una sotira tra diritto e scienze*, 2001, p. 260.

⁷⁹ Otra cuestión es la de qué familiares biológicos tendrían derecho de acceso a los resultados obtenidos de un test genético: hijos, sobrinos, hermanos, ..., sin límite de grados? Se plantea la cuestión BOTTALICO, Barbara, *Familiarità dei caratteri ereditari e diritti individuali: Un caso davanti al Tribunale di Milano*, *Forum Biodiritto 2009. I dati genetici nel biodiritto*, a cura di Carlo CASONATO, Cinzia PICIOCCHI, Paolo VERNESI, 2011, pp. 199-219, p. 216 y concordantes. Se plantea también la autora la cuestión acerca del derecho subjetivo de los familiares a obtener muestras biológicas de un difunto con el fin de indagar la patología y posible cura de uno de los descendientes, actividad que es calificada por la Jurisprudencia italiana como no invasiva y respetuosa con el alma del difunto, una vez evaluadas las elecciones e ideas expresadas por el difunto en vida.

⁸⁰ ALKORTA, Itziar, «Uso de la información genética humana con fines de investigación biomédica: Biobancos poblacionales», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 22, enero-diciembre 2008, pp. 9-56, p. 28. 81

⁸¹ Sobre datos genéticos, consultar GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *La protección de los datos genéticos. El derecho a la autodeterminación informativa*, *DS Vol. 16*, 2008, XVI Congreso «Derecho y Salud».

⁸² Nos interesa particularmente el artículo 5, porque concreta la garantía de la confidencialidad en la necesidad de consentimiento informado para que terceros ajenos a la actuación médico-asistencial o a una investigación biomédica, puedan acceder a los mismos (art. 5.2); impone el consentimiento expreso y escrito de todos los interesados,

muestras biológicas que sean fuente de información de carácter personal. Estas previsiones se completan con lo estipulado en el Título V de la Ley sobre «Análisis genéticos, muestras biológicas y biobancos» (arts. 44 a 71).

Desde otra perspectiva, el principio de autonomía de la persona se manifiesta en el derecho a la ignorancia, con aplicación particularmente importante en los análisis genéticos⁸³. La persona tiene derecho a no saber, eso es indiscutible; derecho a no conocer la información que deriva de los test genéticos; sobre todo cuando se trata de los llamados test presintomáticos, que identifican una mutación genética que podrá desarrollar en el futuro una determinada enfermedad, o de los test de valoración de la susceptibilidad genética, que permiten identificar el genotipo que, en presencia de determinados factores de riesgo ambiental, provocarán una mayor probabilidad de desarrollar una cierta patología. Esta predisposición a la enfermedad futura no siempre va acompañada de una adecuada terapia que pueda prevenirla, con la consecuencia de que crea en la persona una perturbación muy grande en su vida. Esto explica que algunas personas no quieran tener esta información. El derecho a no saber está, por lo demás, reconocido en la Declaración Universal sobre el genoma humano de la UNESCO, artículo 5.c), y en el artículo 10.2 de la Convención de Oviedo.

La base legal de este derecho a no saber se encuentra en los artículos 4 y 9 LAP, que desarrollan el artículo 10 del Convenio de Oviedo. En el ámbito de la investigación biomédica, lo consagra el artículo 4.5 LIB, que respeta el derecho de la persona a decidir que no se le comuniquen los datos, incluidos los descubrimientos inesperados que se pudieran producir. No obstante, el propio precepto contempla un supuesto –de carácter legal– que habilita para el tratamiento-comunicación de los datos obtenidos de la investigación cuando la información, según criterio del médico responsable, sea necesaria para evitar un grave perjuicio para su salud o la de sus

para el supuesto de que los datos obtenidos del sujeto fuente revelen información de carácter personal de sus familiares (art. 5.2); somete al principio de finalidad el tratamiento de los datos genéticos, al prohibir la utilización de datos relativos a la salud de las personas con fines distintos a aquéllos para los que se prestó el consentimiento (art. 5.3). Parte igualmente de la necesidad del consentimiento previo y expreso del sujeto fuente para publicar los resultados de una investigación con sus datos identificativos (art. 5.5). Por último, impone el deber de secreto a cualquier persona que, en el ejercicio de sus funciones en relación con una actuación médico-asistencial o con una investigación biomédica, cualquiera que sea el alcance que tengan una y otra, acceda a datos de carácter personal, deber que persistirá aún una vez haya cesado la investigación o la actuación (art. 5.4).

⁸³ Ver sobre este tema NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, ob. cit., pp. 124 ss.

familiares biológicos; el destinatario lo será «un familiar próximo o un representante», previa consulta del comité asistencial si lo hubiera⁸⁴. Son dos los supuestos que contempla como límites del derecho a no saber: la necesidad terapéutica del propio paciente⁸⁵; y la revelación de la información a sus familiares por motivos de salud.

La comunicación de los datos al grupo familiar en contra de la voluntad del sujeto constituye una quiebra, un límite, del deber de confidencialidad, lo que se plantea como una cuestión delicada en el ámbito de la información genética. Precisamente por la característica de los datos genéticos, que afectan, como sabemos, no solo al sujeto singular, sino también al grupo familiar, la doctrina se pregunta «si se trata de información relativa a la intimidad personal del paciente o si, por el contrario, se trata más bien una parcela peculiar de “intimidad familiar” y, por tanto, compartida entre parientes biológicos»⁸⁶, citándose los arts. 47.5, 48.2 y 49.2 LIB como ejemplos de la última orientación⁸⁷.

⁸⁴ En el ámbito de los análisis genéticos, el artículo 49 reitera los criterios sentados por el artículo 4 respecto del alcance, contenido y límites del derecho a la información y del derecho a no saber. Sobre la regulación de los análisis genéticos en la LIB, nos remitimos a DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia, «Investigación y protección de datos de carácter personal: Una aproximación a la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica», en *Revista española de Protección de Datos*, julio-diciembre 2006, pp. 143-201, en particular pp. 181 ss.

⁸⁵ Este límite facilita que el médico cumpla con su deber asistencial. Está desarrollado exhaustivamente por la LAP, en el supuesto de existencia de una terapia, donde las restricciones al derecho a no saber están fundadas de modo que el derecho a no ser informado expresado por el paciente no tendría eficacia, por ser preferente «el interés de la salud del propio paciente al que la adopción de determinadas medidas pudieran resultar muy beneficiosas para prevenir la enfermedad, y por lo tanto, pudieran considerarse una auténtica exigencia terapéutica». NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar, *La protección jurídica de los datos de carácter personal*, ob. cit., p. 138. Ver también SÁNCHEZ CARO/ABELLÁN, *Datos de salud y Datos genéticos*, ob. cit., p. 130.

⁸⁶ Ver PARDO, M.; RUBIO, E.; GÓMEZ, F. y ALFONSO, R., Intimidad personal, protección de datos sanitarios e intromisiones legítimas: La doctrina Tarasoff, *Derecho Constitucional III*, Universidad de Murcia, p. 13.

⁸⁷ Artículo 47. Información previa a la realización de análisis genéticos con fines de investigación en el ámbito sanitario. «Sin perjuicio de lo establecido en la legislación sobre protección de datos de carácter personal, antes de que el sujeto preste el consentimiento en los términos previstos en el artículo 48, deberá recibir la siguiente información por escrito: ... 5.º Advertencia de la implicación que puede tener para sus familiares la información que se llegue a obtener y la conveniencia de que él mismo, en su caso, transmita dicha información a aquéllos».

Artículo 48. Consentimiento. «... 2. En el ámbito sanitario se podrán obtener y analizar muestras de personas fallecidas siempre que pueda resultar de interés para la protección de la salud, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente en vida y así se acredite. A tal fin serán consultados los documentos de instrucciones previas y, en su defecto, el criterio de los familiares más próximos del fallecido. El acceso de los familiares biológicos a la información derivada del análisis genético del fallecido se limitará a los datos genéticos pertinentes para la protección de la salud de aquéllos.

Artículo 49. Derecho a la información y derecho a no ser informado. «... 2. Cuando el sujeto fuente haya ejercido el derecho a no ser informado de los resultados de un

En efecto, el artículo 49 LIB permite la información a los familiares biológicos cuando sea necesario para evitarles un grave perjuicio para su salud⁸⁸. Se trata de una habilitación legal que como medida excepcional que es, debe ajustarse al principio de proporcionalidad, pues «la comunicación se limitará exclusivamente a los datos necesarios para estas finalidades»⁸⁹. A este respecto el RLIB, en su artículo 23.i) únicamente señala que el documento de consentimiento informado informará de la posibilidad de que se obtenga información relativa a su salud o la de sus familiares, derivada de los análisis genéticos que se realicen sobre su muestra, así como sobre su facultad de tomar una decisión al respecto. Pero no desarrolla específicamente la previsión legal de la comunicación de los datos a los familiares en caso de descubrimientos que puedan afectar su salud, razón por la que rige plenamente el precepto legal.

4.^a Una última característica de los datos genéticos es la de afectar al interés colectivo, no solo el del grupo familiar, sino también el de la etnia a la que se pertenece, lo que puede ser fuente de conflictos con el interés individual del sujeto fuente. En este sentido, los problemas se plantean en relación con el requerimiento de un consentimiento colectivo para el estudio genético poblacional. No obstante, es necesario distinguir entre la investigación en un individuo perteneciente a un determinado grupo (no escogido por esta circunstancia), y la investigación en un grupo como tal⁹⁰: en el primer caso, el consentimiento individual debe ser suficiente, pero en el segundo se plantean mayores problemas en orden a la defensa de los intereses del colectivo como tal.

análisis genético solo se suministrará la información que sea necesaria para el seguimiento del tratamiento prescrito por el médico y aceptado por el paciente. Cuando esta información sea necesaria para evitar un grave perjuicio para la salud de sus familiares biológicos, se podrá informar a los afectados o a su representante legalmente autorizado. En todo caso, la comunicación se limitará exclusivamente a los datos necesarios para estas finalidades.

⁸⁸ En el ámbito de los análisis genéticos –dentro pues del contexto terapéutico propiamente dicho– se ocupa el artículo 51 LIB del deber de confidencialidad, estableciendo que solo con el consentimiento expreso y por escrito de la persona de la que proceden se podrán revelar a terceros datos genéticos de carácter personal. No obstante, no queda claro «si dentro de los terceros a los que no pueden revelar datos sin consentimiento del interesado incluye o no la familia biológica, porque de considerarse ésta como tercero podría producirse una disfunción con el artículo 49». Ver DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia, «Investigación y protección de datos de carácter personal: ...», art. cit., p. 187.

⁸⁹ En opinión de NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, ob. cit., pp. 138-139, el término «terceros» incluye la descendencia futura, a la que es obligatorio informar sobre un diagnóstico.

⁹⁰ Lo hace NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, ob. cit., p. 359.

III. EL MARCO JURÍDICO DE LA PROBLEMÁTICA QUE GENERA EL TRATAMIENTO DEL MATERIAL BIOLÓGICO DE ORIGEN HUMANO EN LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA

1. Concepto de «material biológico de origen humano»

Como se ha apuntado en páginas anteriores, en la investigación biomédica con material biológico de origen humano, el verdadero riesgo para el sujeto fuente es no tanto corporal, sino psicológico, en su integridad personal (protegida por el artículo 15 CE en relación con el artículo 10) por los resultados adversos derivados del análisis genético de su muestra; o en su intimidad, por la posible estigmatización o discriminación del grupo al que pertenece, sobre todo en el caso de investigaciones enfocadas en el análisis de grupos específicos de población, o porque terceros accedan a la información de sus resultados genéticos. De ahí que se afirme que tales riesgos «pueden ser contrarrestados mediante una adecuada tutela de la intimidad [y añadimos nosotros, de la integridad física⁹¹] y de una oportuna gestión de la información individual generada por la investigación⁹².

Desde el punto de vista jurídico-técnico, la problemática que genera el material biológico tiene una naturaleza única, que se enmarca en los derechos de la personalidad, y más concretamente, en el derecho a la intimidad. Para Romeo Casabona, cualquier muestra biológica es un soporte de información relativa a la salud de la persona de la que procede, principalmente, así como de su familia biológica, aunque tal información no sea accesible de manera directa, al exigir la intermediación de un procedimiento técnico como es el análisis de las mismas, sea de base genética o no, lo que justifica el interés en su protección dada su especial conexión con los datos genéticos, con el derecho a la intimidad y su potencial componente discriminatorio⁹³.

⁹¹ Ya Lacruz señalaba que el fundamento de la protección del derecho a la integridad física se halla no tanto en el poder absoluto del sujeto sobre su propio cuerpo, sino en la dignidad de la persona, de ahí que «no se limita a garantizar la presencia integral de los atributos físicos de la persona, sino que protege toda la persona como ser racional, unidad inseparable de sus atributos físicos, psíquicos y morales que deben conservarse en su natural estado». LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, I. Parte General del Derecho Civil*, vol. Segundo. Personas, Barcelona 1990, p. 58.

⁹² NOVELLI, Giuseppe e PIETRANGELI, Ilenia, «I campioni biologici», en Stefano RODOTÀ e Paolo ZATTI (dir.), *Trattato di Biodiritto*, Milano 2011, Tomo I, pp. 1027-1061, 1033-1034.

⁹³ ROMEO CASABONA, C.M., «Utilización de muestras biológicas y bancos para la investigación biomédica», *IV Congreso Mundial de Bioética, Sociedad Internacional de Bioética*, Gijón, 2005, pp. 87-88.

Las muestras biológicas están sometidas a los mismos criterios rectores que los datos genéticos⁹⁴. La LIB regula el régimen de datos y muestras de forma unitaria; así, en cuanto se refiere a las garantías de protección de la intimidad personal y tratamiento confidencial⁹⁵, siempre que sean fuente de información de carácter personal⁹⁶; con idéntica clasificación para unos y otros en orden al régimen de la anonimización o disociación⁹⁷.

El legislador más reciente lo tiene claro. El Decreto 1/2013, de 8 de enero, por el que se regula la autorización para la constitución y funcionamiento de Biobancos con fines de investigación biomédica, y se crean el Registro de biobancos de Andalucía y el Biobanco del Sistema Sanitario Público de Andalucía, literalmente afirma en su Exposición de Motivos que «en muchas ocasiones, el sustrato de la investigación en salud son las muestras biológicas, es decir, cualquier material biológico de origen humano susceptible de ser conservado, que contiene la dotación genética característica de una persona, ya sea de pacientes o de sujetos sanos», añadiendo, «por otro lado», que «tan necesaria como la pieza anatómica o la sustancia en cuestión, es la información clínica relativa al estado de

⁹⁴ La protección de la información genética abarca hoy día también a los denominados datos proteómicos humanos y a las muestras biológicas de los que los mismos provienen. Ver SÁNCHEZ-CARO/ABELLÁN, *Datos de salud y datos genéticos. Su protección en la Unión Europea y en España*, Comares, Granada, 2004, p. 104. Así se desprende de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, de 16 de octubre de 2003, de la UNESCO, donde definen a los datos proteómicos como aquella información relativa a las proteínas de una persona, lo que incluye su expresión, modificación e interacción. Igualmente, se considera muestra biológica a cualquier muestra de sustancia biológica (por ejemplo, sangre, piel, células óseas o plasma sanguíneo) que albergue ácidos nucleicos y contenga la dotación genética de una persona.

⁹⁵ Artículo 5.1 LIB, dedicado a la «Protección de datos personales y garantías de confidencialidad: «Se garantizará la protección de la intimidad personal y el tratamiento confidencial de los datos personales que resulten de la actividad de investigación biomédica, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPCDP). Las mismas garantías serán de aplicación a las muestras biológicas que sean fuente de información de carácter personal.»

⁹⁶ ALKORTA, Itziar, Uso de la información genética humana con fines de investigación biomédica: Biobancos poblacionales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 22. enero-diciembre 2008. pp. 9-56, p. 28

⁹⁷ Definida en el artículo 3.o) como «cualquier material biológico de origen humano susceptible de conservación y que pueda albergar información sobre la dotación genética característica de una persona». Dentro de ellas, se diferencian las siguientes: –Muestra biológica anonimizada o irreversiblemente disociada es definida en el artículo 3.p) como «la muestra que no puede asociarse a una persona identificada o identificable por haberse destruido el nexo con toda información que identifique al sujeto, o porque dicha asociación exige un esfuerzo no razonable».

–Se diferencia de la muestra biológica no identificable o anónima [art.3.q)], que es la «muestra recogida sin un nexo con una persona identificada o identificable de la que, consiguientemente, no se conoce la procedencia y es imposible trazar el origen».

–Se diferencia también la muestra biológica codificada o reversiblemente disociada [art. 3.r)], que es aquella «muestra no asociada a una persona identificada o identificable por haberse sustituido o desligado la información que identifica a esa persona utilizando un código que permita la operación inversa».

salud del individuo fuente de dichas muestras, que resulta, cuando no imprescindible, de enorme interés»⁹⁸.

El RLIB utiliza en ocasiones la palabra «muestras biológicas» para referirse indistintamente a los datos. Basten dos ejemplos: uno, la definición que ofrece el artículo 2.n) de «tratamiento de muestras biológicas de origen humano», como «conjunto de operaciones y procedimientos que permiten la obtención, conservación, almacenamiento, utilización y cesión de muestras biológicas de origen humano y, en su caso, de los datos asociados a las mismas» (cursiva mía); otro, el artículo 2.a) al definir la «anonimización de muestras biológicas de origen humano» como un «proceso por el cual deja de ser posible establecer por medios razonables el nexo entre una muestra biológica o dato de investigación y el sujeto al que se refieren» (cursiva mía).

El concepto «muestra» constituye una unidad con el «dato» asociado a la misma, al menos desde la perspectiva de los BB, en donde se destaca lo artificioso de esta distinción: «en la mayoría de los casos, las muestras depositadas en el biobanco son útiles solo si pueden relacionarse con datos genéticos y con los datos secundarios del sujeto fuente», ... de modo que «la separación operada entre datos y muestras por parte del legislador es artificial y puede hacer inviable la propia investigación»⁹⁹. La distinción tiende a desdibujarse en el ámbito de los BB, a hacerse borrosa, tendiéndose a considerar que ambas realidades deben encuadrarse bajo el concepto de «bases de datos», «material biológico», o similares¹⁰⁰.

No obstante, la circunstancia de que la muestra biológica humana sea un soporte de datos y una parte separada del cuerpo ha llevado a cierta doctrina a encajar su problemática jurídica en un doble ámbito jurídico: el derecho real de propiedad, para la realidad material, el derecho de la personalidad e identidad del sujeto, para el aspecto informacional¹⁰¹. Esta doble realidad del material biológico

⁹⁸ Ver esta norma en la siguiente dirección: <http://www.juntadeandalucia.es/boja/2013/7/1>.

⁹⁹ ALKORTA, Itziar, «Uso de la información genética humana con fines de investigación biomédica: Biobancos poblacionales», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 22. enero-diciembre 2008, pp. 9-56, cit., pp. 24 y concordantes.

¹⁰⁰ En este sentido, Eleni ZIKA, Daniele PACI, Tobias SCHULTE IN DEN BÄUMEN, Anette BRAUN, Sylvie RIJKERS-DEFRASNE, Mylène DESCHÊNES, Isabel FORTIER, Jens LAAGE-HELLMAN, Christian A. SCERRI, Dolores IBARRETA, *Biobanks in Europe: Prospects for Harmonization and Networking*, European Commission, Joint Research Centre, Institute for Prospective Technological Studies (Seville), EUR 24361 EN – 2010, p. 8: «There seems to be a trend to break down this sample/data dichotomy and to consider under “database” both the physical sample and the information derived from it, but a deeper international understanding and agreement still need to be reached».

¹⁰¹ MACIOTTI, Matteo, «Consenso informato e biobanche di ricerca», *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, 3 marzo 2009, pp. 153-165, pp. 158. Mantiene que las muestras biológicas tienen dos aspectos, el material –con una autonomía propia con rela-

gico de origen humano contempla a la muestra o sustancia biológica cuando está separada del cuerpo, totalmente alejada del ámbito de los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales, y ve atisbos de la diferenciación cuando nuestra legislación permite los actos de disposición sobre residuos del propio cuerpo y sobre el cadáver¹⁰².

Parece claro que en el supuesto de que existiera realmente esta doble realidad jurídica, se exigiría también una pluralidad de consentimientos para el tratamiento del material biológico en la actividad investigadora, uno para el soporte físico, otro para los datos genéticos, en cuanto los bienes jurídicos sobre los cuales incidiría la expresión de la voluntad serían múltiples¹⁰³, y además, la tutela jurídica de las muestras se situaría en un momento anterior y ajeno al de la realización del análisis genético¹⁰⁴.

Pero no funcionan así las cosas. En realidad, el problema, al día de hoy casi obsoleto, es si el derecho sobre las partes separables del cuerpo es un verdadero derecho de la personalidad, o más bien un derecho de propiedad¹⁰⁵. Para Lacruz, «no faltan razones para estudiarlo dentro de los derechos de la personalidad, pues aunque «los órganos y partes separables *in vivo* del cuerpo humano, como el cadáver y sus órganos o partes obtenidas *post mortem* son, en principio, *res extra commercium*, no susceptibles de tráfico económico ni jurídico, ... ello no obsta para reconocer a la persona cierta y condicionada disponibilidad de aquéllos ...», si bien limitada a lo que consiente la conciencia social, perfectamente compatible con el derecho a la integridad física o moral¹⁰⁶. Pasamos a ocuparnos en las siguientes páginas, de la cuestión dogmática del encaje del material biológico de origen humano en el marco de los derechos de la personalidad.

ción a la persona, cuya problemática jurídica se relaciona con el derecho de propiedad— y la informacional —al ofrecer datos decisivos sobre la salud, identidad biológica, paternidad... que mantienen una relación indisoluble con la identidad del cuerpo del que proceden, y que si bien no tienen autonomía completa con respecto a la persona, sí presentan la posibilidad de una autónoma circulación, y que esta dimensión informacional es expresión no del derecho de propiedad, sino del derecho de la personalidad e identidad del sujeto.

¹⁰² NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar, *La protección de los datos genéticos de carácter personal*, Granada 2006, p. 340.

¹⁰³ Se lo plantea MACIOTTI, Matteo, «Consenso informato e biobanche di ricerca», *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, 3 marzo 2009, pp. 153-165, p. 158

¹⁰⁴ NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar, *La protección de los datos genéticos de carácter personal*, *ob. cit.*, p. 339. Parte la autora de que las partes del cuerpo separadas del mismo no son de dominio público, así es que son *res nullius* o son de propiedad privada, decantándose por esto último (ver p. 341).

¹⁰⁵ Ya lo planteaba LACRUZ BERDEJO, en *Elementos de Derecho Civil, I. Parte General del Derecho Civil*, vol. Segundo. Personas, *ob. cit.*, p. 60 y ss.

¹⁰⁶ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, I. Parte General del Derecho Civil*, vol. Segundo. Personas, *ob. cit.*, p. 61.

2. Marco regulatorio

A) Desde el punto de vista de la estructura general del derecho a la protección de los datos personales se observa que puede constituir el objeto de dos pretensiones contrapuestas: la del sujeto interesado, por una parte, y la del interesado en el tratamiento de tales datos, por otra. Ninguno de ellos tiene, sin embargo, una posición de exclusiva sobre los datos, de tal entidad que permita su calificación como derecho real de propiedad¹⁰⁷, y mucho menos si de datos genéticos se trata –por la razón añadida y fundamental de su íntima vinculación con la persona misma.

Por tratamiento de datos personales se entiende el conjunto de operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permiten la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias» –art. 3.c) LOPD. De ese conjunto destacan dos operaciones: la recogida de los datos y su cesión o comunicación a terceros distintos del interesado, a las que dota de especial trascendencia. En ambas, el consentimiento del interesado legitima el acto del tratamiento, bien para comprender una operación aislada del conjunto, bien varias, incluso todas ellas, siempre que los diferentes actos que lo componen le aparezcan debidamente señalados al sujeto¹⁰⁸; también con respecto al acto de cesión de los datos –definida como una comunicación o revelación de los datos realizada a una persona distinta del interesado [art. 3.i)]–, la doctrina se plantea si ese acto de circulación de los datos debe leerse en clave de acto de disposición de los mismos por el titular interesado, con comportamiento idéntico al de los negocios jurídicos patrimoniales.

Aunque pueda parecer interesante el intento de construir el papel que juega ese consentimiento del sujeto interesado para el tratamiento de sus datos genéticos con los parámetros tradicionales del derecho subjetivo patrimonial¹⁰⁹, son varias las razones por las que debe rechazarse.

¹⁰⁷ Seguimos a NIVARRA, Luca/RICCINTO, Vincenzo/SCOGNAMIGLIO, Claudio, *Istituzione di Diritto Privato*, Torino, 2011, pp. 136-137.

¹⁰⁸ No obstante, hay que recordar que el alcance del principio de finalidad en la LOPD «no impone la utilización de los datos para la finalidad para la que fueron recabados, sino que, de forma negativa, la proscribire para finalidades incompatibles, precisando a continuación que no se considera como tal el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos». GUICHOT REINA, E., *Datos personales y Administración Pública*, ob. cit., p. 231.

¹⁰⁹ Lo hace MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, «El derecho a la autodeterminación informativa», art. cit., pp. 1518 y concordantes.

a) En primer lugar, porque el principio de la autonomía privada, que se manifiesta en la necesidad del consentimiento informado para el tratamiento de los datos genéticos, no constituye la única fuente de legitimación para el tratamiento de los datos. Desde el punto de vista del sujeto interesado, nos situamos ante un derecho subjetivo a la protección de los datos que implica el reconocimiento de unas facultades¹¹⁰ y la tutela de situaciones jurídicas reconducibles a los derechos fundamentales, entre ellos la intimidad y la identidad personal¹¹¹.

El principio del consentimiento –pieza maestra del derecho a la protección de los datos, que en clave negocial se explicaría diciendo que la persona «es dueña de sus datos», por lo que es ella quien determinaría las posibilidades de su tráfico¹¹²–, presenta sin embargo importantes excepciones en la propia LOPD, hasta el punto de que «en la práctica apenas tiene vigencia frente a la actividad administrativa». El principio de finalidad puede ser desvirtuado por una previsión legal, ...»¹¹³, y como tendremos ocasión de ver, en el ámbito de la actividad investigadora biomédica tiene especial importancia y se configura con flexibilidad cuando el material biológico se encuentra almacenado y sometido al régimen de los BB de investigación. En otras palabras, el consentimiento del sujeto interesado, ni es la única y exclusiva fuente de legitimación para el tratamiento de sus datos en la actividad investigadora, ni se explica en clave de negocio jurídico patrimonial, como veremos a continuación.

b) La cesión de los datos genéticos presenta alguna diferencia con los actos de disposición de bienes patrimoniales¹¹⁴. Si los datos

¹¹⁰ Fundamentalmente, la facultad de prestar su consentimiento para el tratamiento de los datos, con las excepciones que la LOPD establece; la facultad de ser informado de todo lo relativo al tratamiento de sus datos personales (art. 5 LOPD); a ejercer las facultades de acceso, rectificación, cancelación y oposición, la facultad de impugnar las valoraciones que les afecten (art. 13 LOPD) y, finalmente, la facultad de consulta al Registro general de Protección de Datos.

¹¹¹ La tutela de este derecho es de carácter administrativo y civil. Esta última se concreta en el derecho a una indemnización, del artículo 19 de la LOPD, de modo que cualquier persona que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la misma por el responsable o el encargado del tratamiento, sufra daño o lesión en sus bienes o derechos tendrá derecho a ser indemnizado.

¹¹² Ver la exposición de GUICHOT REINA, *Datos personales y Administración Pública*, ob. cit., p. 234 ss.

¹¹³ Desde otra perspectiva, en el ámbito de los datos de salud, «al estar particularmente en juego la dignidad de la persona, toda posible afección (bajo la forma de tratamiento inconsciente), precisa de cobertura legal específica, justificada en la protección de un derecho o bien constitucional, sin que baste al respecto una mera norma reglamentaria general o la propia disposición de creación del fichero». GUICHOT REINA, *Datos personales y Administración Pública*, ob. cit., pp. 267 y 269.

¹¹⁴ Ver sobre el tema ANDREA ORESTANO, «La circolazione dei dati personali», *Diritto alle riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di Roberto Padoleski, vol. 2, Giuffrè, 2003, pp. 119-238.

fueran bienes materiales, el poder del sujeto disponente comprendería el acto dispositivo pero no se podría extender más allá, ni se permitiría imponer limitaciones a los terceros, salvo las que resultaran de la aplicación de la doctrina de las prohibiciones de disponer con efecto real, o las que derivaran de la aplicación de los efectos de las condiciones resolutorias expresas. No funcionan así las cosas cuando hablamos de datos genéticos.

En la cesión de los datos asociados a las muestras biológicas, el consentimiento del sujeto interesado para el tratamiento de su datos en la investigación le permite tener el control sobre su información personal cualquiera que sea el tercero que los tenga «en su poder», en orden a cómo, quién, y en qué proyecto de investigación se están utilizando los mismos. Esta circunstancia permite afirmar que la perspectiva informacional asociada a la muestra no es reconducible al derecho de propiedad, sino al derecho de autodeterminación que el sujeto ejercita sobre su propia identidad.

Cuando se trata del ámbito de los BB con fines de investigación, la LIB contiene una habilitación legal para que los BB cedan las muestras (y los datos) para fines de investigación biomédica (art. 69.2). La cesión –que debe ser gratuita– deberá contar con el visto bueno de Comités científico y ético del BB («auditoría» sobre finalidad)¹¹⁵.

Pero la primera particularidad es que se permite que la cesión actúe a través de un acto de consentimiento «abierto», con el objetivo de facilitar la actividad de cesión de las muestras y los datos –que es la razón de ser de los BB–. Así el artículo 60.2 de la LIB señala que «el consentimiento específico podrá prever el empleo de la muestra *para otras líneas de investigación relacionadas con la inicialmente propuesta, incluidas las realizadas por terceros*» (cursiva mía).

Se trata de un consentimiento abierto, solución ésta que «parece legítima siempre que la cesión se refiera en exclusiva a la muestra y a los datos genéticos extraídos de la misma que no comporten revelación de datos comprometedores para la identidad del paciente; en otro caso requiere consentimiento expreso del sujeto para cada acto de cesión, o bien un consentimiento inicial para la circulación de los datos de forma anonimizada (art. 32 RLIB)¹¹⁶.

¹¹⁵ Por lo demás, no parece que el BB pueda ceder solo datos para un proyecto de investigación, al no ser éste su objetivo; en este caso debe ser el clínico en el marco de un proyecto de investigación aprobado por un Comité de Ética de la Investigación del Centro.

¹¹⁶ El artículo 32 RLIB también establece que en los supuestos en los que sea necesario disponer de datos clínicos asociados a las muestras cuando la naturaleza del proyecto de investigación lo requiera, el BB coordinará su obtención con el Centro, de modo que su papel es de intermediario, pero no tiene acceso directo a la historia clínica del paciente.

Pero además de permitirse que la cesión de los datos traiga causa de un acto de consentimiento del sujeto realizado de forma abierta para líneas de investigación relacionadas con la específicamente consentida con su material biológico, el poder de autodeterminación del sujeto en la cesión de sus datos, presenta la particularidad de que tiene como presupuesto el derecho a ser informado detalladamente de las modalidades de utilización de sus datos, incluso después de la cesión de la muestras al biobanco¹¹⁷, esto es, que dicho poder se extiende más allá del acto de cesión mismo y afecta incluso a terceros.

El artículo 23.2 RLIB dispone que el documento de consentimiento para la obtención, almacenamiento o conservación y utilización de muestras biológicas de origen humano con fines de investigación biomédica contendrá «como mínimo» la información para el sujeto fuente de: 1.^a La «indicación de que la muestra o parte de ella y los datos clínicos asociados o que se asocien en el futuro a la misma serán custodiados y en su caso cedidos a terceros con fines de investigación biomédica en los términos previstos en la Ley 14/2007, de 3 de julio, y en este Real Decreto» [art. 23.h)].

2.^a De que «el biobanco y la persona responsable de la colección o proyecto de investigación tendrán a disposición del donante toda la información sobre los proyectos de investigación en los que se utilice la muestras y de que el comité externo del biobanco o el Comité de Ética de la Investigación que evaluó el proyecto de investigación decidirán en qué casos será imprescindible que se envíe la información de manera individualizada» [art. 23.d)].

Esta disponibilidad de la información se desarrolla en el artículo 32 RLIB, y se entiende sin perjuicio de la información que deba recibir por escrito el sujeto fuente antes de otorgar su consentimiento para la obtención y utilización de la muestra, por lo que puede tratarse de indicaciones ya conocidas en cuanto reproducidas reproducirse previamente en el documento de consentimiento informado, o ser nuevas, en cuanto deriven del posterior proceso investigador en curso o terminado.

3.^a También se contempla como una obligación del BB la de facilitar al sujeto el acceso a dicha información¹¹⁸.

¹¹⁷ MACIOTTI, Matteo, «Consenso informato e biobanche di ricerca», en *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, de 3 de marzo de 2009, pp. 153-165, p. 160.

¹¹⁸ No es pues una obligación del BB enviarla al sujeto interesado, solo excepcionalmente, el Comité externo de Ética del Biobanco o el Comité de Ética de la Investigación que evaluó el proyecto de investigación decidirán en qué casos será imprescindible que se envíe la información al sujeto fuente de manera individualizada (artículo 32.2 RLIB), y está pensada para el periodo temporal que dure la realización de la investigación y terminada la misma.

4.^a Por lo demás, la información se extiende también al derecho de revocación del consentimiento, total o parcial, que ostenta el sujeto interesado, «que podrá ejercer en cualquier momento, y sus efectos, incluida la posibilidad de la destrucción o de la anonimización de la muestra y de que tales efectos no se extenderán a los datos resultantes de las investigaciones que ya se hayan llevado a cabo» [art. 23.k)]. Derecho de revocación cuya existencia permite concluir que ni el autor del tratamiento esté en una posición de pertenencia exclusiva de los datos, ni que el consentimiento pueda leerse en clave de efecto atributivo de propiedad.

5.^a Por último, también se contempla la necesidad de informar de los «mecanismos para garantizar la confidencialidad de la información obtenida, indicando la identidad de las personas que vayan a tener acceso a los datos de carácter personal del sujeto fuente respecto a los cuales no se haya previsto someter a procesos de anonimización» [art. 23.j)].

En conclusión, el acto de circulación o cesión de los datos encaja en la esfera de los derechos de la personalidad, pues precisamente en esta clave, la cesión de los mismos sin el consentimiento del titular, o su destino a un uso no consentido –y no dándose ninguno de los supuestos de habilitación legal– constituye un acto de violación frente al cual puede reaccionar el titular de los mismos.

B) Las muestras biológicas en su soporte físico son partes separadas del cuerpo que albergan la dotación genética característica de una persona. Desde el punto de vista jurídico constituyen «un bien no patrimonial, parte del cuerpo de la persona física, y por tanto, afectado por el derecho a la integridad física, derecho fundamental constitucionalmente garantizado en los artículos 15 y 53.1 CE.

Forman parte de un derecho de la personalidad que afecta a la esfera corporal del sujeto, derivado de la dignidad del ser humano, y por tanto irrenunciable, indisponible patrimonialmente, e imprescriptible, aun cuando puede estar sometido a un régimen especial»¹¹⁹. De ahí que para Fernández-Arévalo «la cesión de la

Los puntos expresamente contemplados por este precepto, artículo 32, sobre los contenidos a que se refiere esa información son los siguientes: a) finalidad concreta de la investigación o investigaciones para las que se utilizó la muestra. b) beneficios esperados y alcanzados. c) identidad de la persona responsable de la investigación, d) datos genéticos debidamente validados y relevantes para la salud que se hayan obtenido a partir del análisis de las muestras cedidas. e) mecanismos para garantizar la confidencialidad de la información obtenida. f) identidad de las personas que hayan tenido acceso a los datos de carácter personal del sujeto fuente que no hayan sido sometidos a procesos de disociación o de anonimización.

¹¹⁹ Son palabras que proceden de FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela, en el informe «La regulación de los Biobancos en Andalucía». Proyecto de investigación concedido por la Fundación Centro de estudios andaluces, siendo responsable principal Cecilia GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, y participantes, Ángela FERNÁNDEZ-ARÉVALO, Inmaculada Vivas Tesón y Ascensión Martín Huertas.

muestra al biobanco, precedida por el consentimiento informado del sujeto, no implica un negocio dispositivo dada la inidoneidad del objeto. Se trata de una autorización para una acción bioinvestigadora, sin la cual ésta sería una intromisión ilegítima en la intimidad del sujeto, pudiendo dar lugar a responsabilidad civil del Biobanco»¹²⁰.

La cuestión de si existe un derecho real de propiedad sobre los tejidos biológicos del cuerpo humano fue planteada en el caso *Moore v. Universidad de California* –propiedad reclamada por el propio Moore–, pero no fue verdaderamente resuelta por el Tribunal. Ciertamente es que la Corte mantuvo que Moore no tenía la propiedad de los materiales porque éstos eran objeto solo de actos no patrimoniales de autonomía, pero no se estableció la doctrina de que la otra parte fuera la propietaria de los mismos, sino que únicamente se reconocía que tenía los derechos de patente sobre su invención. De ahí que la deci-

¹²⁰ Para la autora las conclusiones a las que llegó la sentencia del Caso Moore contra el Rectorado de la Universidad de California «no son posibles según nuestra legislación vigente» (cita y nota 60 del informe final).

En 1990, la Corte Suprema de California tuvo que resolver el caso Moore contra el Rectorado de la Universidad de California. En octubre de 1976, el Sr. Moore fue ingresado en el *Medical Center* de la Universidad de California en Los Angeles por una rara clase de leucemia (células peludas). Sobre la base de esta patología, el Dr. Golde aconsejó extirpar el bazo. Moore prestó su consentimiento para la intervención, que se efectuó con toda normalidad. Al mismo tiempo, Golde se había dado cuenta de que el organismo de Moore producía sustancias liberadas por los linfocitos T, vinculadas al funcionamiento del sistema inmunitario: linfocinas en cantidades superiores a las normales. La hiperproducción de esa sustancia, normalmente escasa, hacía posible su aislamiento y su producción artificial a escala industrial, lo que supondría grandes ventajas comerciales y científicas. Pero ni Golde ni su ayudante, el Dr. Quan, informaron a Moore al respecto. Golde utilizaba las células del bazo y las otras sustancias obtenidas de Moore para desarrollar una línea celular que, junto con Quan, pudo patentar en 1981 con el nombre de células MO. La patente cubría varios métodos para usar la línea celular de Moore y producir linfocinas. En 1982, bajo diversos acuerdos cedieron los derechos de explotación comercial al Genetics Institute y a los laboratorios farmacéuticos Sandoz.

En 1983, Golde pidió a Moore que firmara un formulario de consentimiento informado relacionado con la utilización de sus células para investigaciones científicas, señalando la solicitud como una mera formalidad. No le comentó nada acerca del valor comercial del material biológico. Moore negó el consentimiento. De este modo, dio comienzo una controversia relativa a la propiedad de los materiales biológicos de Moore y el consiguiente derecho a participar en los beneficios económicos que se derivasen de aquélla. Ver enlace de la Agencia española del medicamento. <http://www.aemps.gob.es/investigacionClinica/medicamentos/docs/anexos.pdf>

Pero en 1990, la Sentencia de la Corte Suprema de California puso fin al caso, reformando el pronunciamiento precedente y rechazando la demanda de Moore. La Corte entendía que Moore había sido perjudicado por Golde, pero mantenía que no se podía reconocer un derecho de propiedad respecto de los materiales biológicos, desde el momento en que no se puede hablar (sino muy limitadamente) de derecho de propiedad sobre las partes extraídas del cuerpo. Se denegaba así la participación en los beneficios, tanto por la inexistencia de derechos de propiedad, como porque una compensación económica lesionaría la dignidad humana. Finalmente, la Corte decidió en favor de la acción de carácter personal –que dio lugar a una indemnización– más que de la de carácter patrimonial. No obstante el fallo no fue unánime. Ver Robert F. WEIR y Robert S. OLICK, *The stored tissue issue. Biomedical research, Ethics, and Law in the Era of Genomic Medicine*, 2004, pp. 159, 165 y concordantes.

sión de la Corte dejara un vacío de importante trascendencia cual es la cuestión de la propiedad del material biológico¹²¹. Fue en el caso Catalana en donde se pidió expresamente al Tribunal que determinara «the ownership of biological materials contributed by individuals for the purpose of genetic cancer research and currently housed on the campus of Washington University (WU)»¹²². Respecto a la propiedad de los materiales biológicos, también en este caso la cuestión se planteó en relación con la participación en los beneficios económicos derivados de la patente obtenida; esto es, si los individuos que aceptan informadamente contribuir con sus materiales biológicos a una institución de investigación para fines de investigación biomédica pueden «retener» un porcentaje de participación que les permita autorizar la transferencia de dichos materiales a un tercero; la novedad en este caso, es que el Tribunal, responde negativamente a lo anterior pero además añade que los sujetos donaron sus materiales

¹²¹ A continuación, se plantea cual hubiera sido la solución si este caso se hubiera suscitado en España. Los Drs. Golde y Quan tomaron las células del bazo y otras sustancias del Sr. Moore con un consentimiento viciado e incompleto. Hay que recordar que él consintió en la intervención, pero desconocía que sus células se estuvieran utilizando para desarrollar una línea celular que Golde y Quan patentaron. Por lo tanto, conforme al ordenamiento jurídico español, la situación hubiera sido la siguiente:

1) Incumplimiento del artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, por cuanto se establece: «Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso».

2) En cuanto a la reclamación por parte de Moore de participar en los beneficios económicos de la patente solicitada por Golde y Quan, se debe considerar que el principio del consentimiento informado no es un requisito de patentabilidad y, si la invención presentada por ambos doctores hubiese cumplido con los tres requisitos de patentabilidad, ésta se podría haber concedido y Moore no hubiese tenido derecho a participar de los beneficios económicos derivados de su explotación comercial porque, que la muestra sea una «cosa» no implica que se pueda comerciar con ella sin restricciones. Por lo tanto, el disponente queda excluido del beneficio económico, consecuencia de la extracomercialidad del cuerpo humano y de la negación de un genuino derecho de propiedad sobre el mismo. Respuesta que ofrece la Agencia Española del Medicamento en la siguiente dirección: <http://www.aemps.gob.es/investigacionClinica/medicamentos/docs/anexos.pdf>

¹²² 123 WU, una prominente universidad de investigación privada ubicada en St. Louis, Missouri, alberga su propio centro médico, incluyendo una División de Cirugía Urológica (División). Dr. Catalana, urólogo y cirujano muy respetado urológica e investigador, fue empleado por WU 1976 a 2003, y desempeñó el cargo de Jefe de División desde 1984 a 1998. Durante su mandato, realizó miles de cirugías, en muchos casos de cáncer de próstata. Como un destacado investigador médico de WU, una de las áreas principales del Dr. Catalana de la investigación fue la base genética del cáncer de próstata. En 1983, el Dr. Catalana comenzó a recoger muestras de materiales biológicos, tales como sangre y el tejido eliminado durante la cirugía, para ser usados más tarde para la investigación del cáncer de próstata. A principios de 2003, el Dr. Catalana aceptó un puesto de profesor en la Universidad Northwestern en Chicago, Illinois. Para poder continuar su investigación genética en el área del cáncer de próstata, el Dr. Catalana envió una carta en febrero de 2003 a sus pacientes y familiares solicitándoles la transmisión de la diversidad biológica de los materiales. El 4 de agosto de 2003, la WU presentó acción declarativa de certeza contra el Dr. Catalana, buscando establecer la propiedad de WU sobre el depósito biológico y los materiales contenidos en el mismo.

biológicos a la Universidad, con una voluntad clara de desprenderse de la propiedad de los mismos, para transferirla a la Universidad.

Para Robert F. Weir y Robert S. Olick, cuando los conceptos de propiedad se aplican al cuerpo y sus partes hay mucha confusión, que creen necesario aclarar: «there is a good reason to believe that the term “property” in this context is used to assert the importance of individual consent and privacy, not to ascribe a constellation of traditional property rights in biological materials»¹²³; en otras palabras, cuando se utiliza la palabra se tiene en la mente la idea de la intimidad personal antes que el esquema propietario del derecho real: «Some of the sticks in this bundle –those involving possession, control and exclusion of others– look much like personal rights of informed consent, privacy, personal health and confidentiality»¹²⁴. Es decir, que muchos de los aspectos concernidos, como la posesión, el control o la exclusión de terceros se parecen mucho más a los derechos personales con sus principios de consentimiento informado, intimidad, salud de la persona y confidencialidad, que a los derechos reales. De hecho, señalan los citados autores, muchas leyes en EE.UU. (en Colorado o Georgia,...) hablan de propiedad de la información personal, pero lo hacen en conexión con el deber profesional de confidencialidad, para reforzar la naturaleza personal y reservada de la información genética, sin hacer referencia a derechos de propiedad basados en la transfe-

¹²³ Weir/ Olick, *The stored tissue issue. Biomedical research, Ethics, and Law in the Era of Genomic Medicine*, 2004, pp. 166-167. Muchas leyes (en Colorado o Georgia,...) exigen el consentimiento para la divulgación, y tratan también los límites en los que la divulgación se consiente sin el consentimiento del interesado (principalmente para fines criminales, determinación de la paternidad, para identificar «a deceased individual», aunque otras muchas incluyen también los programas de análisis genéticos a recién nacidos). Louisiana es la única que expresamente permite la investigación en estos límites, estableciendo que el consentimiento no es necesario para la investigación con muestras anónimas cuando la identidad del sujeto no puede desvelarse. Ninguna hace referencia a derechos de propiedad basados en la transferencia de la información genética o de los materiales biológicos. Muchos Estados establecen remedios en caso de violación de los derechos de la persona en su información genética (desde la indemnización de compañías de seguros, condena penal en primer grado, hasta la indemnización por el almacenamiento, análisis o divulgación de información sin consentimiento. Como Luisiana.Concluyen en p. 168: «The Oregon experience illustrates the controversy and confusion surrounding the “property” label, and confirms the understanding that these laws may be more about privacy than property». ... «Like Oregon’s first attempt to address the question, the few states to characterize a person’s genetic information (or tissue sample) as his or her property likely did so for the same reason –to strengthen individual rights of privacy and control. They likely had notions of proprietary privacy in mind rather than a traditional property model».

¹²⁴ WEIR/OLICK, *The stored tissue issue. Biomedical research, Ethics, and Law in the Era of Genomic Medicine*, 2004, pp. 165 y concordantes, 166-167. En p. 168: «The Oregon experience illustrates the controversy and confusion surrounding the “property” label, and confirms the understanding that these laws may be more about privacy than property». ... «Like Oregon’s first attempt to address the question, the few states to characterize a person’s genetic information (or tissue sample) as his or her property likely did so for the same reason –to strengthen individual rights of privacy and control. They likely had notions of proprietary privacy in mind rather than a traditional property model».

rencia de la información genética o de los materiales biológicos. Tampoco para Bartha Knoppers, el lenguaje de la propiedad se encuentra en los instrumentos internacionales, que evitan así la difícil cuestión del estatuto legal, excluyendo la propiedad privada por el donante y reafirmando la idea del control de los individuos sobre sus muestras, a través de su consentimiento informado¹²⁵.

Las categorías patrimoniales son difícilmente extrapolables a los derechos de la personalidad. Sobre las muestras biológicas el sujeto fuente titular no tiene las facultades de un propietario (vender, excluir a otros en el goce de los bienes...) al ser el cuerpo una *res extra commercium*. Tampoco el sujeto titular está claro quién lo sea, pues los materiales y los datos no son separables, y las informaciones genéticas «pertenecen» muchas de ellas al grupo familiar. Materiales y datos no son separables. Los tejidos son el contenedor, pero las informaciones adquieren cada vez más importancia. Esto provoca una visión desmaterializada de las partes separadas del cuerpo que encuentra tutela sobre todo en los derechos de la personalidad, en particular, intimidad y autodeterminación¹²⁶.

3. La función que cumple el consentimiento en el tratamiento del material biológico humano

a) Su función como principio general

El consentimiento del sujeto fuente es un elemento imprescindible para el tratamiento del material biológico en la actividad investigadora. Por ello, la obtención del material biológico de ori-

¹²⁵ KNOPPERS, BARTHA M., «Biobanking: International Norms», *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2005, p. 10 ss. La excepción la encuentra la autora en la «World Health Organization», de 2003, *Genetic Databases Assessing the Benefits and the Impact on Human Rights and Patient Rights*, Geneva, 2003, <http://www.law.ed.ac.uk/ahrb/publications/online/whofinalreport.rtf>).

«In contrast to the language of donors or gift, it recommends that serious consideration should be given to recognizing property rights for individuals in their own body samples and genetic information derived from those samples. It does however, adopt the benefit-sharing approach in recommending that “some kind of benefit will ultimately be returned, either to the individual form whom the materials were taken, or to the general class of person to which that individual belongs”.»

¹²⁶ MACIOTTI, Matteo, *et altri*, *La disciplina giuridica delle Biobanche*, disponible on line en <http://www.tissuebank.it/publicazioni/Macilotti.pdf> 2008, p. 92 ss.

Propone este autor (p. 94) calificar los tejidos como *commons*, para evitar así que cuando el material no sea identificable, se autorice el libre empleo para la investigación y los investigadores devienen de hecho propietarios del material. Frente a esta visión, que el autor cree peligrosa, pues provoca una distinción entre el plano de la intimidad (que pertenece a los ciudadanos), y el de la gestión, (que pertenece al mundo de la ciencia), propone que los tejidos anonimizados se conviertan en *commons* patrimonio de la humanidad, utilizando el modelo del *trust*, estructura que garantiza y favorece el uso eficiente de ese *commons* (BB públicos).

gen humano con fines de investigación solo puede realizarse cuando se haya obtenido previamente el consentimiento escrito del sujeto fuente; además, el consentimiento del sujeto fuente será siempre necesario cuando se pretenda utilizar con estos fines material biológico que haya sido obtenido con una finalidad distinta, se proceda o no a su anonimización; y finalmente, cualquier utilización secundaria del material biológico humano debe ir acompañada de una específica manifestación de voluntad, libre y consciente de la persona involucrada¹²⁷.

El material obtenido en el contexto de un proceso asistencial, como por ejemplo una biopsia, se puede almacenar en un BB pero será necesario contar con el consentimiento informado del donante para dedicarlo a la investigación. Por esta misma razón, el consentimiento para la obtención de órganos o tejidos con finalidad terapéutica no puede legitimar la sucesiva conservación y utilización con fines de investigación sin la previa autorización del otorgante¹²⁸ (en este sentido, además del artículo 22 del Convenio de Oviedo¹²⁹,

¹²⁷ Se trata de la cuestión del cambio de finalidad. Ver lo que decía en el portal de la Unesco con fecha 25 de junio de 2003: Hacia una declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos, en http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=13155&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html:

[...] Un vecino de Seattle (Estado de Washington) enfermo de leucemia ingresó en un afamado hospital universitario de California, donde se le practicó una esplenectomía (ablación del bazo) acompañada de la extracción de múltiples muestras de sangre, médula espinal, etc... Gracias a esas muestras, un investigador del hospital descubrió una sustancia valiosa tanto en el plano científico como en el comercial y, acto seguido, la patentó en provecho de cinco beneficiarios –el médico del paciente, el hospital y el investigador, más un instituto de genética y una compañía farmacéutica–, dejando al margen al paciente cuyas células eran portadoras de la sustancia.

En el ejemplo escogido, no cabe duda de que hubo un cambio de finalidad. El paciente creía que todas las tomas de muestras se hacían con fines terapéuticos, a fin de dispensarle un tratamiento más adecuado y evaluar sus resultados. La finalidad del médico fue la misma en un principio, pero muy pronto se percató de que la sangre del paciente contenía una sustancia interesante. De ahí que se efectuaran algunas tomas de muestras, útiles para realizar investigaciones, pero innecesarias para el paciente. Esto explica la exigencia del médico californiano de que las tomas solo se efectuasen en su servicio para arrogarse así una especie de exclusividad. El margen de diferencia entre una finalidad terapéutica y un objetivo de investigación suele ser mínimo. Sin embargo, hay otros cambios de finalidad en los que las diferencias son más acusadas. Supongamos, por ejemplo, que un país decide crear un banco con los datos genéticos de todos sus habitantes para impulsar la investigación y mejorar los tratamientos médicos, y que posteriormente los datos recogidos se ponen a disposición de la policía con vistas a facilitar la búsqueda de delincuentes. Aunque un cambio de finalidad semejante no es admisible desde un punto de vista ético, puede haber políticos deseosos de popularidad que caigan en la tentación de proponerlo.

¹²⁸ RESTA, Giorgio, «La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione», en *Trattato di Biodiritto*, diretto da Stefano RODOTÀ e Paolo ZATTI. «Il governo del corpo», Tomo I, 2011, 805-854, 832

¹²⁹ Artículo 22. Utilización de una parte extraída del cuerpo humano. Cuando una parte del cuerpo humano haya sido Extraída en el curso de una intervención, no podrá conservarse ni utilizarse con una finalidad distinta de aquella para la que hubiera sido extraída, salvo de conformidad con los procedimientos de información y de consentimiento adecuados. Ver Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología

el Considerando n. 26 de la Directiva 98/44/CE de Protección de las invenciones biotecnológicas¹³⁰).

En consecuencia, si los pacientes dan sus muestras en el ámbito clínico y «abandonan» los residuos orgánicos como material desechable, deben dar su consentimiento para que puedan ser tratados en la investigación. En otras palabras, los investigadores no pueden tratar las muestras cuando han sido abandonadas, pues la base para que las muestras se consideren abandonadas es que los sujetos fuente lo hagan en el convencimiento de que una vez extraídas con fines clínicos, se van a considerar residuos, basura del hospital y que van a ser destruidas. Por eso, si se van a tratar en la investigación, para que estas legítimas expectativas queden protegidas, es necesario que se pida el consentimiento¹³¹. Con este punto de vista, critican Robert F. Weir y Robert S. Olick, a los que entienden que las muestras obtenidas en el ámbito clínico constituyen residuos médicos, para poder considerarlos como materia abandonada susceptible de ser adquirida por el investigador –*res nullius*, susceptible de adquirir su propiedad por ocupación– porque no se dan cuenta de que las leyes que regulan los residuos médicos y su destrucción están pensadas con fines de higiene y salud pública, y no para permitir el uso con fines de investigación.

El principio general es que todo uso secundario de las muestras biológicas requiere del consentimiento del sujeto fuente. Pese a ello, aunque los investigadores rara vez lo reconocerán, puede ser una práctica habitual la de prescindir de estos consentimientos, incluso con muestras identificadas o identificables¹³². La necesidad del consentimiento y la concienciación de los médicos en este sentido debe ser una observancia rigurosa, tanto si se usan las muestras por el mismo investigador principal u otros de su mismo equipo pero para fines diferentes del propósito inicial de la investigación, tanto si se usan por otros investigadores de otros laborato-

y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

<http://www.boe.es/boe/dias/1999/10/20/pdfs/A36825-36830.pdf>

¹³⁰ Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. (26) Considerando que, cuando se presente una solicitud de patente de una invención que tiene por objeto una materia biológica de origen humano o que utiliza una materia de este tipo, la persona a la que se hayan realizado las tomas deberá haber tenido ocasión de dar su consentimiento libremente y con la debida información sobre dichas tomas, de conformidad con el Derecho nacional. Ver

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:213:0013:0021:ES:PDF>

¹³¹ WEIR/OLICK, *The stored tissue issue. Biomedical research, Ethics, and Law in the Era of Genomic Medicine*, 2004, p. 169.

¹³² WEIR/OLICK, *The stored tissue issue. Biomedical research, Ethics, and Law in the Era of Genomic Medicine*, 2004, p. 274.

rios para el mismo propósito científico (como por ejemplo, para validar los resultados a efectos de su publicación), como si se utilizan por otros investigadores fuera del laboratorio para fines distintos. En este sentido, cuando el material biológico está almacenado y sometido a la organización de un BB, toda transferencia del material se considera una cesión, sometida a la observancia de los protocolos y requisitos establecidos en la LIB y RLIB, y fundamentalmente, al acuerdo de cesión del investigador principal del proyecto con el BB, acompañado del informe favorable del Comité de Ética del BB.

Pongamos algunos ejemplos. En estudios genéticos, si una paciente con síndrome de cáncer de mama hereditario firma un consentimiento para estudios genéticos de BRCA1 y BRCA2 cuyo resultado es de «no informativo», cuando a los dos años de haberle informado del resultado de sus análisis genéticos se descubre el gen X que también se asocia a este síndrome, se debe solicitar un nuevo consentimiento informado, aun siendo para mejora asistencial ya que la repercusión de un resultado de este tipo influye no solo en el paciente, sino también en la descendencia u otros familiares. La explicación se encuentra en que el supuesto no constituye una puesta a punto de una metodología diagnóstica, sino una nueva prueba ya validada que se aplica a una muestra de un paciente para aportarle un beneficio clínico inmediato. Por lo tanto, en función de la prueba concreta requerida, se necesita de nuevo consentimiento informado.

Se necesita solicitar también el consentimiento informado para utilizar una muestra depositada en el BB con el único objetivo de la puesta a punto de técnicas de biología molecular; por ejemplo, si un Hospital tiene que poner a punto una nueva técnica para diagnóstico, se pedirá al donante el consentimiento informado y se presentará al Comité de Ética de la Investigación para su evaluación un proyecto de evaluación de pruebas diagnósticas justificando su petición.

Si existe en el BB una muestra obtenida con consentimiento informado para la investigación, y se quiere realizar un diagnóstico genético, la necesidad de pedir nuevo consentimiento al paciente dependerá de lo que éste consintiera en el documento inicial. Si no se hacía referencia a la posibilidad de utilización de la muestra para tales fines se deberá recontactar con el paciente para pedir el consentimiento informado.

El principio del consentimiento impone, por la misma razón, que el prestado inicialmente para la obtención del material biológico con fines de investigación no legitime automáticamente también para el

disfrute comercial y para la patentabilidad del resultado obtenido con dicho material biológico. A estos efectos, para lograr una lícita utilización, la persona debe ser, al menos, expresa y específicamente informada sobre la posible patentabilidad de los resultados obtenidos con la investigación de su material biológico, y consentirlo¹³³. Con estas premisas, señala Giorgio Resta, se plasma el principio de la finalidad, que procede del ámbito de los datos personales, de manera que cualquier utilización secundaria del material biológico humano debe ir acompañada de una específica manifestación de voluntad, libre y consciente, del sujeto fuente, con la salvedad de los supuestos excepcionales de usos secundarios sin el consentimiento del sujeto fuente, o los casos de las muestras anonimizadas¹³⁴.

En la normativa española, el sujeto fuente puede circunscribir su consentimiento autorizando determinados usos y excluyendo otros; más complicado, como veremos más adelante, es que el sujeto pueda autorizar la investigación y excluir la patentabilidad, dado que según la LIB, el documento de consentimiento informado contiene la referencia expresa a la renuncia por el sujeto fuente de cualquier derecho de naturaleza económica en los beneficios que pudieran obtenerse con la patente de los resultados obtenidos de la investigación.

b) *Su función en clave de autorización para la actividad investigadora*

La idea de que las categorías patrimoniales de los derechos reales son difíciles de extrapolar a los derechos de la personalidad ya fue planteada y en parte desarrollada. Sólo de modo atécnico se puede hablar de la propiedad del cuerpo o de la información personal, pues en la mayoría de las ocasiones¹³⁵ muchos de los aspec-

¹³³ Ver comentarios que hacen WEIR/OLICK, *The stored tissue issue. Biomedical research, Ethics, and Law in the Era of Genomic Medicine*, 2004, p. 159.

¹³⁴ RESTA, Giorgio, «La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione», en *Trattato di Biodiritto*, diretto da Stefano RODOTÀ e Paolo ZATTI. «Il governo del corpo», Tomo I, 2011, 805-854, 834-835.

¹³⁵ WEIR/OLICK, *The stored tissue issue. Biomedical research, Ethics, and Law in the Era of Genomic Medicine*, 2004, pp. 165 y concordantes, 166-167. Concluyen los autores (p. 167): «There is a good reason to believe that the term “property” in this context is used to assert the importance of individual consent and privacy, not to ascribe a constellation of traditional property rights in biological materials». En p. 168: «The Oregon experience illustrates the controversy and confusion surrounding the “property” label, and confirms the understanding that these laws may be more about privacy than property». ... «Like Oregon’s first attempt to address the question, the few states to characterize a person’s genetic information (or tissue sample) as his or her property likely did so for the same reason –to strengthen individual rights of privacy and control. They likely had notions of proprietary privacy in mind rather than a traditional property model.»

tos concernidos, como la posesión, el control o la exclusión de terceros se parecen mucho más a los derechos personales con sus principios de consentimiento informado, intimidad, salud de la persona y confidencialidad; se utiliza la expresión «propiedad» para reforzar la naturaleza personal y reservada de la información genética, pero no se hace referencia a derechos de propiedad basados en la transferencia de la información genética o de los materiales biológicos.

También la regulación española LIB conecta el tratamiento (obtención, almacenamiento, cesión...) de muestras biológicas, con el consentimiento, la intimidad y la confidencialidad como derechos o garantías del sujeto fuente. El consentimiento es crucial para legitimar la circulación del cuerpo humano, previa la información adecuada. Pero no tiene mucho sentido preguntarse por la naturaleza jurídica de ese consentimiento para la transferencia del material biológico con fines de investigación en clave de categoría jurídico-patrimonial¹³⁶.

Toda la problemática jurídica que genera el material biológico de origen humano cuando es objeto de tratamiento en la actividad investigadora se enmarca en los derechos de la personalidad. En este punto, y siguiendo a la opinión de Fernández Arévalo¹³⁷, «la cesión de la muestra al biobanco, precedida por el consentimiento informado del sujeto, es una autorización para una acción bioinvestigadora, sin la cual ésta sería una intromisión ilegítima en la intimidad del sujeto», de manera que la actuación posterior a la declaración de revocación sobre las muestras biológicas obtenidas será calificada de intromisión ilegítima, pudiendo dar lugar a responsabilidad civil del biobanco pudiendo dar lugar a responsabilidad civil del BB. Por lo demás, señala la autora, la quiebra del principio de confidencialidad de los datos personales es también responsabilidad del Biobanco y el responsable del fichero, según se deduce de los artículos 65 y 66.3 LIB. Si los datos hechos públicos implican la intimidad personal y familiar del sujeto fuente o donante, tendrá que atenderse al régimen de responsabilidad de la LO de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen.

¹³⁶ En cambio, la doctrina italiana se muestra muy preocupada por responder a las preguntas de si tiene naturaleza negocial o no, si es un acto negocial de carácter patrimonial, bilateral o unilateral. Según cuáles sean las respuestas, permitirían –o lo contrario– las reglas de la interpretación de los contratos, la revocación de la voluntad, las normas de transferencia de la propiedad, de la donación, o la admisibilidad de la participación en los beneficios de las patentes obtenidas.

¹³⁷ FERNÁNDEZ-ARÉVALO, «La regulación de los Biobancos en Andalucía», proyecto de investigación citado.

Por otra parte, la revocabilidad del consentimiento, reconocida en la LIB, representa un corolario del principio de autodeterminación, en cuanto permite el control sobre la real libertad y conciencia del sujeto del acto, elección que solo puede ser madura a través de un periodo de tiempo largo, y frente a nuevas situaciones que pueden afectar a la integridad física. Por eso existe una neta contraposición frente al paradigma negocial ordinario, en el que la nota distintiva viene constituida por la inmediata vinculación entre las partes negociales; en este ámbito, en cambio, el consentimiento inicial no es suficiente, sino que debe persistir durante todo el proceso, garantizándose así la libertad en la esfera personal del individuo¹³⁸. Para que de verdad se proteja la autonomía del sujeto fuente, y sea efectivo, debe poder ejercitar el derecho de revocación, si bien dentro de unos límites que permitan seguir utilizando los resultados de la investigación ya obtenidos, eso sí de manera anonimizada.

Para la mayoría de la doctrina, a diferencia de lo que ocurre con la circulación de los derechos patrimoniales, el que otorga la autorización –el «disponente»– no pierde el control de su material biológico aunque éste se encuentre en manos de otros sujetos, en cuanto que el material porta consigo la identidad personal-informacional del sujeto¹³⁹. Sin embargo, no por ello cabe admitir la regla absoluta de la revocación.

La regla de la revocación sin límites del consentimiento presentaría dificultades, porque pondría en peligro la actividad investigadora en curso. La existencia de límites viene además, favorecida en cuanto el tratamiento del material biológico por los investigadores no pone en peligro directo la salud del sujeto fuente. Con estos mimbres, el conflicto de intereses entre la autonomía del sujeto, por un lado, y la protección de la investigación científica, por otro, requiere de una ponderada valoración por el legislador.

Esta regla comporta problemas de gestión y organización, sobre todo cuando el revocante no se limita a demandar la destrucción o la anonimización de la muestra o de los datos, sino que pretenda la restitución o la cesión a terceros de las muestras conservadas en el biobanco. Problema como es sabido, que fue discutido con el caso

¹³⁸ RESTA, Giorgio, «La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione», en *Trattato di Biodiritto*, diretto da Stefano RODOTÀ e Paolo ZATTI. *Il governo del corpo*, Tomo I, 2011, 805-854, 843.

¹³⁹ RESTA, Giorgio, «La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione», en *Trattato di Biodiritto*, diretto da Stefano RODOTÀ e Paolo ZATTI. *Il governo del corpo*, Tomo I, 2011, 805-854, 843.

Catalona (Washington University v. Catalona¹⁴⁰), y que terminó con el rechazo de la demanda de cesión de las muestras pedida por el revocante.

- c) *La protección de la información genética asociada a las muestras: El principio de finalidad en el tratamiento del material biológico humano en la actividad investigadora*

Los datos personales tienen un perfil peculiar representado por las informaciones sobre la persona humana, dentro del bien jurídico intimidad e identidad personal, por lo que no pueden prescindir de su relación con otros intereses fundamentales de la persona. Por esta razón su concreta problemática jurídica debe interpretarse en clave teleológica-funcional, porque el fundamento se encuentra en la protección de los intereses de la persona. Los datos personales son, si se quiere, bienes jurídicos¹⁴¹ no materiales, pero tampoco por ello se incardinan entre los inmateriales, porque la *ratio* de la protección no es la misma de la propiedad intelectual o derecho de autor (que protege la actividad creativa del autor con un derecho de exclusiva), sino la de la protección de la persona¹⁴². La información genética forma parte del individuo, es un bien de la persona y, por tanto, puede ser considerado como un bien personal¹⁴³, que puede ser objeto de un derecho subjetivo, si bien «el reconocimiento de la protección que brindan los derechos subjetivos no es suficiente en una materia como la genética», en la que «es preciso lograr una protección “preventiva”, vía derechos fundamentales [...]»¹⁴⁴.

En efecto, el derecho a la protección de los datos personales es expresión de un modelo «relacional» con otros derechos o valores constitucionalmente protegidos, frente a los cuales se exige caso por caso, un juicio o valoración equilibrada. Algunas manifestaciones de este modelo relacional en su concreta aplicación a los datos genéticos asociados a las muestras biológicas cuando son tratados en la investigación biomédica son el principio de finalidad en el

¹⁴⁰ Ver <http://cirge.stanford.edu/Classic%20Readings%20in%20Genetics%20and%20Ethics/Washington%20University%20v%20Catalona/Washington%20University%20v%20Catalona.pdf>

¹⁴¹ CHIRIACO, Irene, *Autonomia negoziale e dati personali*, Napoli 2010, p. 20.

¹⁴² CHIRIACO, Irene, *Autonomia negoziale e dati personali*, Napoli 2010, p. 25-26.

¹⁴³ NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Granada 2006, p. 56.

¹⁴⁴ NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, ob. cit., p. 57. Por otra parte, interesa destacar que dato personal no es lo mismo que dato de carácter personal, puesto que éste se vincula a una persona determinada y determinable

tratamiento del material biológico de origen humano, y el derecho de acceso a los datos genéticos, con sus límites. De ambos pasamos a ocuparnos.

En una perspectiva general, el tratamiento de los datos personales por los terceros se somete estrictamente al principio de necesidad, en concordancia con el principio de finalidad, recogido por el artículo 4.1 LOPD. Los datos solo se podrán recoger y tratar cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido. Es decir, lo que se denomina «principio de calidad de los datos supone que «han de guardar relación con el fin para el cual se han recogido, de manera que no exceda de la finalidad perseguida, de tal forma que ha de existir una relación entre la finalidad perseguida y el dato obtenido»¹⁴⁵; que no se van a recoger más datos de aquellos estrictamente necesarios para dicha actuación, a pesar de que puedan ser válidos para actuaciones futuras; y que serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados (art. 4.5).

Trasladado al campo de los datos genéticos, este principio conlleva la imposibilidad de recoger más muestras del sujeto que las estrictamente necesarias para lograr detectar el fin perseguido –por ejemplo, en el campo de los análisis, la detección de la enfermedad genética.

Significa también, en la medida en que los fines deben ser determinados y explícitos, la necesidad «de establecer que los usos que puedan efectuar con los mismos, sean única y exclusivamente, aquellos para los cuales se recabaron los datos», de modo que el principio de finalidad «irradia su efectividad en todas las fases del proceso informativo¹⁴⁶, desde la recogida de los datos, hasta su posterior comunicación¹⁴⁷. No obstante, como pone de relieve Gui-

¹⁴⁵ GARCÍA AMEZ, Javier, art. cit., p. 561

¹⁴⁶ GUICHOT REINA, Emilio, *Datos personales y Administraciones Públicas*, ob. cit., p. 231.

¹⁴⁷ http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13155&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

En el portal de la Unesco, se contenía una información ya en el año 2003, con el objeto de fomentar el debate democrático en la preparación de la declaración Internacional sobre los datos genéticos humanos: «La cuestión del consentimiento. [...] Una persona puede aceptar que se utilicen para una finalidad muy precisa los datos genéticos obtenidos gracias a una muestra que ha suministrado. Sin embargo, resulta sorprendente que esos datos se utilicen para otros fines sin que se le pida de nuevo su consentimiento. Aunque no se suele hablar de ello, algunos sacan provecho de los datos genéticos acopiados para una utilización concreta y temporal. Por ejemplo, un marido que da una muestra de su esperma

chot Reina, «la LOPD no impone la utilización de los datos para la finalidad para la que fueron recabados, sino, de forma negativa, la proscribire para finalidades incompatibles, precisando a continuación que no se considera como tal el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos», expresión que a juicio del autor «no tiene más virtualidad que la de dar cabida a su excepción, que es única y precisamente, la contemplada en el propio apartado, [...] y en ello en atención a la ausencia general de riesgo para los derechos de la persona que se deriva de este género de tratamientos»¹⁴⁸.

El principio de finalidad supone además que se excluye su tratamiento cuando los fines perseguidos puedan obtenerse con datos anónimos lo que tiene especial importancia en el caso de los datos genéticos y su tratamiento en la actividad investigadora. Como es sabido, cuando en un dato existe la posibilidad de identificación del sujeto al que pertenece utilizando medios razonables, es un dato de carácter personal sometido a especial protección; en otro caso, cuando la posibilidad de identificar a la persona requiere el empleo de medios irrazonables, sus datos se consideran anónimos, y esto tiene especial trascendencia en el ámbito de la investigación científica¹⁴⁹.

En España, la LIB ha establecido los criterios para la utilización de las muestras-datos en el ámbito de la investigación biomédica según su finalidad. El principio de finalidad pasa por distin-

para ayudar a la policía a indagar sobre la violación de su esposa, puede pensar que se van a destruir tanto esa muestra facilitada para que los investigadores puedan proceder por eliminación como los datos genéticos extraídos de ella. Aunque así lo crea, tiene muchas posibilidades de equivocarse porque esos datos irán a parar a los ficheros policiales, donde por motivos técnicos se archivan juntos los datos de las personas sospechosas y no sospechosas, e incluso los de las víctimas, ya que efectuar búsquedas informatizadas sobre el conjunto de los datos sin distinción es más fácil que realizarlas por separado. Lo mismo ocurre con muchos otros bancos de datos. Por ejemplo, cuando un bombero da una muestra de su sangre para facilitar un eventual hallazgo de su cuerpo y mitigar así el sufrimiento de su familia, ignora que las empresas que se dedican a este tipo de análisis y al consiguiente almacenamiento de ADN a veces hacen comercio de sus existencias con algunos laboratorios. Los más pesimistas estiman además que esta diseminación escasamente controlada de nuestros datos genéticos genera un riesgo suplementario de pirateo informático. En efecto, una encuesta realizada en Canadá sobre 35 bancos de datos de diverso tipo, ha puesto de relieve que menos de un 40% de este tipo de establecimientos disponen de una protección adecuada contra ese riesgo.

¹⁴⁸ GUICHOT REINA, *Datos personales y Administraciones Públicas*, ob. cit., pp. 231 y 233.

¹⁴⁹ NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, ob. cit., p. 65 y concordantes. Así, la cesión de estos datos es más ágil, en cuanto no se ceden las identidades de sus titulares. Por otra parte, también existen normas especiales para la cancelación de los datos genéticos incluidos en historias clínicas, pues no podrán ser cancelados en tanto en cuanto subsista el tratamiento médico al que estaba sometido el titular, y como mínimo serán conservados durante cinco años contados a partir de la fecha del alta del proceso asistencial. Ver artículo 17 de la Ley de Autonomía del Paciente (en adelante LAP). <http://www.boe.es/boe/dias/2002/11/15/pdfs/A40126-40132.pdf>

guir dos situaciones: a) Si el objeto del tratamiento es su utilización en un proyecto de investigación concreto o incluso líneas de investigación biomédica, pero conservándose el material biológico fuera del ámbito organizativo de un BB, éste solo podrá ser utilizado para el proyecto concreto, o para la línea que conste en el documento de consentimiento, salvo nuevo consentimiento del sujeto fuente para ser utilizadas en otros proyectos o líneas de investigación. b) Si el material se almacena y somete al régimen de organización de un BB, en cambio, podrá «utilizarse para cualquier investigación biomédica en los términos que prescribe la Ley 14/2007, de 3 de julio, ...» [art. 22.2.a)].

Se desprende de lo dicho que existen dos grandes y diferentes estructuras en las que se desarrolla la investigación biomédica con muestras biológicas humanas en España, tal y como se recoge en la EM del RLIB: el régimen general para el tratamiento de muestras biológicas de investigación biomédica y el régimen específico que ha de aplicarse cuando este tratamiento se lleva a cabo en un biobanco», aunque en ambos casos «se insiste en la vinculación a los principios establecidos en la Ley 14/2007, de 3 de julio, con un énfasis especial en la necesidad de consentimiento expreso y escrito para la obtención y utilización de las muestras, ...».

La distinción expuesta en los Motivos del RLIB venía marcada en el artículo 70.2 LIB, que diferenciaba «entre el régimen aplicable a las colecciones de muestras y a los biobancos, ... justificada por las características particulares de estos establecimientos, entre las que destaca su vocación de servicio público, para poner a disposición de la comunidad científica el material biológico necesario para la investigación en unas óptimas condiciones que aseguren la competitividad y excelencia de la investigación en España».

En resumen, existe mayor flexibilidad del principio de finalidad en el tratamiento de muestras-datos en el ámbito de los BB, porque en este caso, el material biológico que se incorpore al régimen organizativo de un BB podrá utilizarse para cualquier investigación biomédica siempre que el sujeto fuente o, en su caso, sus representantes legales hayan prestado su consentimiento inicial en estos términos [art. 22.2.a) RLIB].

d) *El acceso a los datos genéticos. Límites al principio de confidencialidad*

Es muy importante que en el ámbito del tratamiento de los datos genéticos en la actividad investigadora la protección de la intimidad, desde un poder de exclusión de injerencia de los demás en la

esfera privada, haya pasado a entenderse como un poder de control sobre las informaciones que se refieren a la persona¹⁵⁰. Se habla así del paso de una tutela estática, a una tutela dinámica para poder controlar la circulación de los datos personales; nacimiento del poder a la autodeterminación informativa¹⁵¹ que en términos prácticos implica otorgar a su titular una facultad para controlar sus datos incluso cuando han entrado en la disponibilidad de otros sujetos.

Como señala Nicolás Jiménez, los sujetos implicados en la investigación están obligados al secreto profesional, [...], pero sin olvidar que el sujeto tiene un poder de control sobre sus datos, «que implica la facultad de decidir sobre su utilización y quién los maneja; en principio, la garantía de confidencialidad no justificaría, por ejemplo, la cesión de historias [clínicas] para investigar sin una garantía de disociación razonablemente irreversible»¹⁵², precisión especialmente significativa, señala la autora, para establecer las condiciones necesarias y comprobar la licitud de la cesión de muestras-datos para la investigación.

Por otra parte, el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos no constituye la única fuente para su legitimación, como sí en cambio lo sería de aceptarse una posición «propietaria» sobre los mismos. A tenor de lo que dispone el artículo 6 LOPD, los datos se pueden tratar con consentimiento del interesado o en los casos previstos por la ley. Esta llamada al legislador como fuente de legitimación nos remite necesariamente a una valoración de los intereses en juego, a una relativización de este derecho subjetivo, dentro del contexto general de las garantías fundamentales (art. 1 LOPD) y de acuerdo con el principio de necesidad y finalidad (art. 4 LOPD).

El reconocimiento de la facultad del acceso a los datos, dirigida a controlar la exactitud de los mismos y a la prevención de los daños, es especialmente interesante en el ámbito del tratamiento de los datos genéticos. El derecho de acceso del sujeto a sus datos almacenados aparece recogido en el artículo 13 LOPD; el artícu-

¹⁵⁰ En este sentido, BASILICA, Federico, Nota Introduttiva III. «Il difficile percorso della formalizzazione giuridica dei diritti della personalità» c.d. attipici, *La protezione dei dati personali: Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, a cura di Cesare Massimo Bianca e Francesco Donato Busnelli, coordinamento redazionale Valentina GAGLIARDI-Enza Pellecchia, pp. LXI-LXXXVI

¹⁵¹ Como hemos dicho, esta noción dinámica del derecho a la intimidad la ha convertido en un derecho a la autodeterminación informativa, que se traduce en un poder de control sobre los propios datos. En este sentido también D'ANTONIO, Virgilio, *Biometria, dati genetici e privacy: profili giuridici*, «Università degli Studi di Salerno, Dipartimento di Diritto dei rapporti civile ed economici nei sistema giuridici contemporanei», 2004, p. 93.

¹⁵² NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, ob. cit., p. 66.

lo 18 de la Ley 21/2002, de autonomía del paciente, lo recoge para la historia clínica. También la LIB lo regula para acceder a los resultados de los análisis, en unos términos que facultan al sujeto para conocer la información derivada de los resultados de los análisis (art. 49 LIB)¹⁵³; sin perjuicio además de obtener la muestra «cuando, por razones de salud, el sujeto fuente o su familia lo necesiten [...] siempre que estén disponibles y no se encuentren anonimizadas» (art. 58.4 LIB)¹⁵⁴.

Una lectura conjunta de la LOPD y la LIB permite deducir que la información relativa a la salud es considerada como información altamente sensible, aunque no por ello disfruta de protección absoluta. El artículo 6 LOPD ha previsto ciertos supuestos en los que se puede proceder al tratamiento de datos personales aun sin consentimiento del interesado y el artículo 7.6 del mismo texto legal contiene una mención específica en idéntico sentido para los datos personales de carácter sanitario. Por otro lado, el artículo 11 LOPD permite la comunicación a terceros de datos personales sin consentimiento del titular.

El acceso y cesión de los datos del BB a los terceros se rige por los mismos preceptos señalados de la LOPD, a los que se remite el artículo 10.5 RLIB. Hay que tener en cuenta que el tratamiento del material biológico humano comprende un conjunto de operaciones entre las cuales se sitúan la obtención primera del dato, y su cesión o acceso posterior a la información, y que dicho conjunto está presidido por el consentimiento informado del sujeto fuente como legitimación primaria para el tratamiento del material biológico humano y por la ley para los casos especialmente contemplados.

Estos supuestos legales aparentan ser límites o quiebras al principio de confidencialidad de los datos, en cuanto suponen el acceso a la información por terceros sin el consentimiento del sujeto interesado, justificados en cada caso por el legislador según

¹⁵³ Artículo 49. Derecho a la información y derecho a no ser informado. 1. El sujeto fuente será informado de los datos genéticos de carácter personal que se obtengan del análisis genético según los términos en que manifestó su voluntad, sin perjuicio del derecho de acceso reconocido en la legislación sobre protección de datos de carácter personal, que podrá suponer la revocación de la previa manifestación de voluntad libre otorgada. 2. Cuando el sujeto fuente haya ejercido el derecho a no ser informado de los resultados de un análisis genético solo se suministrará la información que sea necesaria para el seguimiento del tratamiento prescrito por el médico y aceptado por el paciente. Cuando esta información sea necesaria para evitar un grave perjuicio para la salud de sus familiares biológicos, se podrá informar a los afectados o a su representante legalmente autorizado. En todo caso, la comunicación se limitará exclusivamente a los datos necesarios para estas finalidades.

¹⁵⁴ La cuestión, tal como se la plantea Nicolás Jiménez es si el acceso a la información faculta también para obtener la muestra y poder someterla a otro examen. NICOLÁS JIMÉNEZ, Pilar, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, ob.cit, p. 361. Para la autora, no existe un derecho al soporte propiamente dicho si ésta se equipara a la historia clínica. Cosa distinta es que se tenga derecho a obtener la muestra.

un juicio ponderado atendiendo a los intereses en juego. De alguno de ellos –como es el acceso a los datos por los familiares– ya nos hemos ocupado en epígrafes anteriores. Otros, como por ejemplo, el acceso a los datos genéticos contenidos en la historia clínica del paciente para fines sanitarios, o para fines médicos de interés general, no tienen especial interés para la actividad investigadora. Sí en cambio el previsto por el artículo 50.2 LIB, que permite que los datos genéticos de carácter personal puedan ser utilizados con fines epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia cuando el sujeto interesado haya prestado expresamente su consentimiento, o cuando dichos datos hayan sido previamente anonimizados.

Este segundo párrafo está pensando en el caso de la investigación y el acceso por los investigadores solo a los datos, no a las muestras biológicas con los datos asociados a las mismas, para la investigación de un proyecto concreto de investigación. Propiamente, el supuesto de hecho del precepto parece pensar en un proyecto de investigación realizado en el marco del mismo Centro en donde se encuentra la historia clínica del paciente, permitiendo a esos investigadores del Centro acceder a los datos de la misma. Se trata por lo tanto de proyectos de investigación situados fuera del ámbito de organización de un BB, que necesitan acceder a los datos personales de los pacientes para los fines de aquélla. En apoyo de este argumento se encuentra la interpretación sistemática de la norma, párrafo segundo del artículo 50 LIB, cuyo párrafo primero permite el acceso a los datos de la historia clínica por los profesionales sanitarios del centro para fines de prevención o de diagnóstico médicos.

De este modo, se permite al personal sanitario del centro poder acceder a los datos obtenidos de un análisis genético con fines médicos por el mismo establecimiento, para usarlos en proyectos concretos de investigación, con la condición de que la investigación se lleve a cabo por la misma institución que recogió los datos.

En todo caso, requisito necesario para acceder a los datos con fines de investigación es que el sujeto interesado haya prestado expresamente su consentimiento; aunque *prima facie* parece prescindir de su consentimiento cuando sus datos se anonimizan, también en este caso hay consentimiento, pues tuvo que ser informado de la posibilidad de anonimizar sus datos para destinarlos a la investigación y así lo consintió. En definitiva, por la remisión que la LIB hace a 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 (LAP en adelante), se impone en todo caso la exigencia del consentimiento, y la

cautela especial que el acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico asistencial, de manera que, como regla general, quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos (art. 16.3 LAP)¹⁵⁵.

Al contemplar la LAP en su artículo 16.3 el acceso a la historia clínica con fines epidemiológicos de salud pública de investigación o de docencia, ha abierto «una vía fundamental para obtener la información que sirve de base al desarrollo de la investigación, no exenta de problemas»^{156, 157}.

En el ámbito de los BB de investigación, la petición y cesión, en su caso, del material necesario para la investigación se refiere a las muestras y los datos asociados a las mismas. En este contexto los investigadores no pueden solicitar el acceso solo a datos genéticos¹⁵⁸. La única cuestión que se puede plantear, es si el BB

¹⁵⁵ Artículo 16.3 LAP: El acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en la Ley 14/1986, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. Se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso.

¹⁵⁶ DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia, «Investigación y protección de datos de carácter personal...», art. cit., pp. 164 y 165.

¹⁵⁷ En todo caso, hubo un acto originario de prestación del consentimiento en el que sujeto permitió la anonimización de sus datos genéticos para su utilización con fines de investigación. No obstante esto, la doctrina suele plantear el consentimiento como una alternativa a la anonimización. El régimen que resulta es que el acceso a la historia clínica con fines de investigación «obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos», de manera que dicho acceso «es más restrictivo cuando el fin no es asistencial: porque la LAP establece un régimen más específico respecto al de la LOPD, al mantener el criterio del consentimiento del interesado, si bien exigiendo en su defecto, la separación de sus datos identificativos y clínico-asistenciales, es decir, la disociación (artículo 16 LAP). En cambio, el artículo 7.3 LOPD establece que «Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual solo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente»; además, en el apartado 6 de este precepto se posibilita prescindir del consentimiento del interesado, en una serie de circunstancias. Nos remitimos a DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia, «Investigación y protección de datos de carácter personal: ...», art. cit., p. 190 y ss.

¹⁵⁸ El artículo 69.6 LIB dispone: «La cesión de muestras podrá ir acompañada de la información clínica asociada, en cuyo caso los datos estarán protegidos según lo dispuesto en la Ley de Autonomía del Paciente y la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal».

puede acceder directamente a las historias clínicas de los pacientes, o necesita contar con el clínico responsable de los mismos.

Para estos supuestos en los que sea necesario disponer de datos clínicos asociados a las muestras cuando la naturaleza del proyecto de investigación lo requiera, el artículo 32 RLIB establece que el BB coordinará su obtención con el Centro, de modo que su papel es de intermediario, pero no tiene acceso directo a la historia clínica del paciente. Ahora bien, si el BB establece en los documentos de consentimiento informado de obtención y uso de las muestras la solicitud al sujeto fuente para poder acceder a su historia clínica para recabar la información necesaria para la investigación biomédica por el personal del BB y el afectado lo autoriza, no se necesita consultar al médico para que dé la información. Estos documentos ya se están dando en la realidad, en los que el sujeto fuente consiente que el personal del BB acceda a la historia clínica para completar la información asociada a las muestras.

Por lo demás, cuando se necesiten más datos sobre el paciente del que se va a usar la muestra, se recomienda que en la solicitud de muestras se especifique por el investigador qué datos asociados se precisarán, y en función de cuáles sean, se deberá colaborar con el clínico que lleva a ese paciente para que le facilite esos datos, pero siempre con el consentimiento de los comités del Biobanco.

4. Los actos de circulación del cuerpo humano

Los progresos de la ciencia y de la tecnología permiten numerosas formas de intervención sobre el cuerpo y sobre sus componentes biológicos impensables en tiempos atrás. El cuerpo puede ser observado en su estructura molecular más compleja; puede ser «aislado» de su entorno natural (cfr. art. 5.2 Directiva 98/44/CE); puede ser «conservado» (Directiva 2004/23/CE) «etiquetado y hacerlo trazable» (Directiva 2006/86/CE) y puede sobre todo ser manipulado, con alteraciones de sus procesos naturales, para exigencias y fines diversos. La hipótesis más común es la de intervenciones con el fin de curar a la persona interesada, pero en otros casos, el cuerpo, o más exactamente, el material biológico humano, constituye el objeto de uso o disfrute por parte de terceros, en el ámbito comercial, terapéutico o experimental¹⁵⁹.

¹⁵⁹ RESTA, Giorgio, «La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione», en *Trattato di Biodiritto*, diretto da Stefano RODOTÀ e Paolo ZATTI. *Il governo del corpo*, Tomo I, 2011, 805-854, 806.

Se ha dicho que en el problema de la comercialización del cuerpo humano y sus componentes «tenemos implicados dos principios bioéticos; en primer lugar el principio de altruismo, vigente en la mayoría de las legislaciones sobre trasplantes de órganos, en este sentido, la fuente del tejido o del órgano no puede recibir remuneración económica porque se entiende que hace “un regalo” a la ciencia y a la sociedad. En segundo lugar, el sistema de valores vigente en nuestras sociedades establece que el cuerpo humano y sus partes no deben ser objeto de transacción comercial. Este principio, conocido como *res extra commercium* basa su razón en que el ser humano es un fin en sí mismo y no un medio, y se ha traducido en la normativa de la mayoría de los países en la prohibición de pagar la donación de sangre y de órganos y tejidos para trasplantes. La pregunta que nos asalta inmediatamente es si podemos aplicar estos dos principios bioéticos tradicionales al marco de los biobancos»¹⁶⁰.

Frente al gran respeto por el cuerpo humano (con la prolongación de la vida, reconocimiento del derecho a la salud y seguridad, la autonomía del paciente, el control de la reproducción, donación de órganos para la solidaridad,...), se afirma que jamás en la historia el cuerpo ha sido tratado como una mercancía como actualmente¹⁶¹, con justificaciones parecidas a las de la esclavitud o del sistema colonial. Son palabras de Giovanni Berlinguer e Fabrizio Rufo, que ponen como ejemplos el acuerdo entre la sociedad deCODE Genetics y el gobierno islandés para la utilización con fin de ganancia y en régimen de monopolio de los datos genéticos y epidemiológicos de la población, o en parecidos términos, los que justifican la compra de órganos de los cadáveres o el trasplante de órganos en personas vivas previo pago. Sin embargo, tal como señalan los autores, el derecho a la autonomía del cuerpo debe valer no solo contra el arbitrio del poder político, sino también contra el poder totalizador del mercado.

Ha sido puesto de relieve que la fórmula contenida en los Códigos civiles de que el cuerpo humano no puede constituir una fuente de lucro es empeñativa y declamatoria. Lo primero porque afirma valores propios de la dignidad e identidad europea, pero declama-

¹⁶⁰ Instituto de Salud Carlos III. Ministerio de Sanidad y Consumo, Las cuestiones ético-jurídicas más relevantes en relación con los biobancos. Una visión a la legislación de los países miembros del proyecto EuroBioBank., NIPO: 354-05-003-7. Depósito Legal: M-46888-2005. Disponible on line en <http://www.eurobiobank.org/>, p. 55.

¹⁶¹ Giovanni BERLINGUER e Fabrizio RUFO, «Mercato e non mercato nel biodiritto», en Stefano RODOTÀ e Paolo ZATTI (dir.), *Trattato di Biodiritto*, Milano 2011, Tomo I, pp. 1009-1025, p. 1016-1017.

toria porque la extrapatrimonialidad se opone a la práctica social consolidada y a la misma economía de mercado¹⁶².

Existen casos de objetos que están fuera del comercio a los que el legislador somete a un régimen especial de comercialización para promover ciertos valores no comerciales, al tiempo que se imponen límites razonables a cómo pueden ser utilizados estos materiales. Por poner algunos ejemplos, el derecho a la vida que tiene un valor intrínseco y como tal inalienable, sin embargo, puede ser instrumentalizado cuando las compañías de seguros pagan en caso de muerte de la persona asegurada; el derecho a la integridad física, que si bien protegido como valor indisponible por el legislador, también tiene excepciones notables aceptadas por la ley (pensemos en la donación de órganos, de gametos y embriones en la reproducción asistida, ...); sin entrar en el debatido problema de la comercialización de las células madre embrionarias¹⁶³.

Con la mirada puesta en Estados Unidos, se plantean Robert F. Weir y Robert S. Olick si la transferencia de material biológico constituye un regalo o una venta¹⁶⁴. Normalmente, afirman, viene tratado el tema como una donación, y si acaso se compensan las molestias que la obtención pueda ocasionar (tiempo, trabajo, transporte, molestias...), conformando un modelo de política legislativa que hunde sus raíces en el altruismo y en las ventajas de participar en la investigación biomédica por el enorme potencial que ésta puede ofrecer a la salud del ser humano. Sin embargo, existe un mercado sobre los tejidos y los órganos, donde el cuerpo humano es tratado como propiedad, y por lo tanto, con derecho a contraprestación para su transferencia. Por ejemplo, para los órganos se habla de donación, no de venta; sin embargo, para los óvulos, en contraste con los órganos, ninguna ley federal prohíbe su venta, y un comercio de estos existe en la actualidad, siendo probablemente

¹⁶² RESTA, Giorgio, «La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione», en *Trattato di Biodiritto*, diretto da Stefano RODOTÀ e Paolo ZATTI. *Il governo del corpo*, Tomo I, 2011, 805-854, 817.

¹⁶³ Ver sobre el tema GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, «El marco europeo de la protección jurídica de los resultados de la investigación biomédica sobre clonación terapéutica: Implicaciones para los investigadores andaluces», en GARCÍA SAN JOSÉ (coord...), «El régimen jurídico de la investigación biomédica en Andalucía» (en el marco de la legislación nacional e internacional), ed. Laborum 2009, pp. 95-128, en particular pp. 99 y ss. Nos permitimos también remitir especialmente a GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, «Human Stem-cells research. Their relation with Patent law», en GARCÍA SAN JOSÉ (coord.), *Biolaw and Bioethics in Spain. Facing new challenges of science*, ed. Laborum, 2010, pp. 41-70, y GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, «Patentes de AND: entre la ética y la utilidad», en GARCÍA SAN JOSÉ (dir.), *Marco Jurídico europeo relativo a la investigación biomédica en transferencia nuclear y reprogramación celular*, Aranzadi, 2012, pp. 261-278.

¹⁶⁴ WEIR/OLICK, *The stored tissue issue. Biomedical research, Ethics, and Law in the Era of Genomic Medicine*, 2004, p. 171.

Estados Unidos el único país que admite que las mujeres puedan vender sus óvulos para que otros puedan procrear. Para la sangre rige el esquema de la donación y compensación de molestias; con los preembriones congelados han surgido problemas legales en caso de divorcio de la pareja, sobre todo cuando cambian los intereses iniciales y no coinciden con el destino a darles: uno quiere donarlos otro quiere destruirlos¹⁶⁵, entrando los tribunales en el análisis de los derechos a la intimidad y a la reproducción asistida, no de la propiedad privada.

A pesar de todo, la afirmación de que el cuerpo humano y sus partes separadas pueden ser objeto de comercio en ciertos casos valorados por el legislador no se puede generalizar y mucho menos extraer de ella la conclusión de que el sujeto fuente del que procede la muestra usada en la investigación ostente necesaria y forzosa-mente la titularidad de derechos de naturaleza económica. No al menos en nuestro Derecho positivo. Aquí y ahora, lo que corresponde es indagar cuál es el verdadero significado del principio de la extrapatrimonialidad del cuerpo, tema que puede ser enfocado desde varias perspectiva. Es obvio que las razones éticas constituyen un *prius* en esta mirada, y con la vista puesta siempre en la dignidad de la persona¹⁶⁶, la principal línea de aproximación al problema lo será en clave de derechos de naturaleza no patrimonial. Dos son los enfoques principales que en mi opinión aclaran la problemática: el primero está relacionado con el momento de la transferencia del material biológico para su uso en investigación; el segundo, con la posible participación del sujeto fuente en los beneficios económicos derivados de la patente obtenida con los resultados de la investigación.

¹⁶⁵ Citan estos autores (ob.cit., p. 174) el Caso Davis v. Davis. La Corte Suprema de Tennessee declara: «embryos are not, strictly speaking, either “persons” or “property”, but occupy an interim category that entitles them to special respect because of their potential for human live. ... each partner had certain ownership interests in the preembryos, neither had a “true property interest”. La Corte concluye que existe tanto el derecho a procrear como el derecho a no procrear, pero opta por la donación de los preembriones a otras parejas, pues con ello no se viola el derecho del marido de no querer ser padre.

¹⁶⁶ Ver Alice K. HAWKINS and Kieran C O’DOHERTY, «Who owns your poop?». «insights regarding the intersection of human microbiome research and the ELSI aspects of biobanking and related studies», *BMC Med Genomics*, 2011; 4: 72. «Published online 2011 October 7. doi: 10.1186/1755-8794-4-72. PMCID: PMC3199231». Recuerdan el caso de Henrietta Lacks, «an African American woman whose tumour cells were used in medical research to create profitable immortal cell lines without her knowledge or consent. This case raises questions not just about the extent of ownership, but also the potential for future benefit sharing. In particular, discrepancies have been pointed out between the large profits made by companies using Lacks’ cell lines and the family and descendants of Henrietta Lacks, who in many cases cannot afford health insurance».

- a) *La cuestión de si el sujeto fuente tiene derecho a percibir una contraprestación económica por el uso de su material biológico para la investigación*

La cuestión de si el sujeto fuente tiene derecho a percibir una contraprestación económica por ceder el uso de su muestra para la investigación, aparece contemplada en nuestro Derecho por el artículo 30 RLIB, precepto que parte de la gratuidad de la «donación», de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 7 y concordantes de la LIB; solo se podrá fijar una «compensación económica resarcitoria por la obtención de muestras biológicas de origen humano con fines de investigación biomédica» para «compensar estrictamente las molestias físicas, los gastos de desplazamiento y laborales y otros inconvenientes que se puedan derivar de la toma de la muestra, y no podrá suponer un incentivo económico», al tiempo que prohíbe que la publicidad de los centros autorizados aliente la donación mediante compensaciones distintas de las estrictamente resarcitorias.

La LIB como en general, la normativa que se ocupa de esta cuestión en el ámbito internacional, suele emplear la palabra «donación» para referirse al acto de cesión de la muestra por el sujeto fuente para la investigación. Parecería que se tratara de un acto de disposición a título gratuito, que como tal, transfiriera la propiedad de la muestra al BB o al centro investigador, en su caso. Pero nada más lejos de la realidad.

La palabra no es más que un instrumento de comunicación del legislador, afirma Giorgio Resta, que configura la gratuidad de tal acto como un presupuesto para conseguir un resultado político, fruto de una opción política legislativa¹⁶⁷. Se trata de asentar el principio de la extrapatrimonialidad del cuerpo humano, desde la perspectiva de la pertenencia, lo que presupone que el cuerpo humano, sus elementos y sus productos, no pueden constituir el objeto de un derecho patrimonial.

La extrapatrimonialidad opera como medio de defensa del derecho sobre el cuerpo. Negar la existencia de un contenido patrimonial trae como consecuencia, que en orden a la tutela resarcitoria o restitutoria, el derecho sobre el cuerpo y sus partes queda reducido a un derecho de defensa, con la consecuencia de excluir la recuperación de las ganancias ilegítimamente obtenidas por la utilización no consentida del material biológico humano (por ejem-

¹⁶⁷ Ver RESTA, Giorgio, «La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione», en *Trattato di Biodiritto*, diretto da Stefano RODOTÀ e Paolo ZATTI. *Il governo del corpo*, Tomo I, 2011, 805-854, pp. 813 y concordantes para el derecho italiano así como para ejemplos en fuentes supranacionales.

plo, la aplicación industrial de los residuos post-operatorios o los beneficios por las patentes obtenidas), y únicamente quedaría la acción resarcitoria subordinada a los requisitos del dolo y de la culpa. Las consecuencias de esta opción legislativa están más próximas a los planteamientos resarcitorios del daño en el ámbito de los derechos de la personalidad, debiéndose aplicar por analogía los criterios de cuantificación del daño que establece el art. 9 LO. Protección de derechos al honor, intimidad e imagen, que a los propios de los derechos patrimoniales de carácter real.

Con esta perspectiva, en palabras de Giorgio Resta, se abandona sobre el plano teórico la lectura tradicional de que las partes separadas del cuerpo constituyen el objeto de un derecho de propiedad, porque no comprende el aspecto informacional del material biológico separado del cuerpo. Se impone en cambio la tesis personalística, en virtud de la cual las prerrogativas del individuo sobre el cuerpo y sus partes (antes y después de la separación) se explican como un derecho de la personalidad, centrándose en la dimensión de la autodeterminación, y en su caso, su correspondiente indemnización.

Las normas de los contratos, pensadas pues para el ámbito de los derechos patrimoniales, no son aplicables, y se excluyen cuando se trata de los actos de circulación del cuerpo humanos; éstos no son actos de disposición propiamente dichos, en cuanto tienen por objeto derechos de naturaleza extrapatrimonial; de ahí que la compensación por las molestias no pueda asumir la naturaleza de una contraprestación, sino de indemnización por los sacrificios sufridos¹⁶⁸. En este sentido, se manifiesta el artículo 5 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, para la donación de gametos¹⁶⁹, el artículo 4.1 del Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, para

¹⁶⁸ BELELLI, Alessandra, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, Padova 1983, p.100

¹⁶⁹ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Artículo 5. Donantes y contratos de donación. 1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado. 2. La donación solo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor. 3. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar solo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta. Cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos. El Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación. Ver <http://www.boe.es/boe/dias/2006/05/27/pdfs/A19947-19956.pdf>

la sangre¹⁷⁰, el artículo 2 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre para los órganos¹⁷¹, y artículo 3 del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, para los tejidos¹⁷². En todo caso, la opción por la gratuidad es la adoptada por el legislador comunitario.

b) *La cuestión de si el sujeto tiene derecho a una contraprestación económica en los beneficios obtenidos con la patentabilidad de los resultados de la investigación con su material biológico*

La segunda situación que se engloba en este epígrafe se refiere a la hipótesis de que se obtenga la titularidad de una patente con los resultados de las muestras donadas. Las industrias farmacéuticas o biotecnológicas que usan las muestras para la investigación, posteriormente las utilizan para producir fármacos o productos biotecnológicos. Lo que se plantea ahora es si la persona de la que procede la muestra tiene o no derecho a recibir beneficios económicos derivados de la comercialización del fármaco o del producto una vez que ha sido patentado.

Como hemos visto, desde la perspectiva de la circulación, la extrapatrimonialidad del cuerpo humano y sus elementos significa

¹⁷⁰ Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión. Artículo 4. Principio de altruismo. 1. La donación de sangre y de componentes sanguíneos son actos voluntarios y altruistas. A estos efectos, se define la donación voluntaria y altruista como aquella en la que la persona dona sangre, plasma o componentes celulares por su propia voluntad y no recibe ningún pago por ello, ya sea en efectivo o en alguna especie que pueda ser considerada sustituto del dinero. Pequeños presentes como reconocimiento o el reembolso de los costes directos del desplazamiento son compatibles con una donación voluntaria no remunerada. Ver <http://www.boe.es/boe/dias/2005/09/20/pdfs/A31288-31304.pdf>

¹⁷¹ Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. Art. Artículo segundo. No se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos. Se arbitrarán los medios para que la realización de estos procedimientos no sea en ningún caso gravosa para el donante vivo ni para la familia del fallecido. En ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado. <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-26445>

¹⁷² Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. Artículo 3. Gratuidad y carácter no lucrativo. 1. La donación de células y tejidos será, en todo caso, voluntaria y altruista, no pudiéndose percibir contraprestación económica o remuneración alguna ni por el donante ni por cualquier otra persona física ni jurídica. 2. Los procedimientos médicos relacionados con la extracción no serán, en ningún caso, gravosos para el donante vivo, ni para la familia en el caso del donante fallecido, debiendo garantizarse al donante vivo la asistencia precisa para su restablecimiento. 3. Los donantes vivos de células o tejidos podrán recibir una compensación de la institución responsable de la extracción, limitada, estrictamente, a cubrir los gastos e inconvenientes derivados de su obtención en concepto de dietas, restitución de ingresos económicos perdidos o similares. 4. No se exigirá al receptor contraprestación alguna por las células y/o tejidos utilizados. 5. Las actividades de los establecimientos de tejidos no tendrán carácter lucrativo, y exclusivamente podrán repercutirse los costes efectivos de los servicios prestados por el desarrollo de las actividades autorizadas. http://www.aebt.org/web/info/rd1301_2006.pdf

que es ajeno al paradigma mercantilístico y se sujeta a la lógica del don y de la solidaridad. Pero es necesario hacer dos precisiones : 1. El ámbito en el que actúa es el de la medicina y de la biología (art. 3 Carta de los derechos de la UE), lo que implica la exclusión de numerosos supuestos : la prostitución, el trabajo subordinado en el ámbito deportivo, o los actos de disposición sobre la imagen de la persona. 2. La prohibición se refiere al acto en cuanto tal, esto es, solo al plano de la relación entre cedente-beneficiario, sin comprender las sucesivas relaciones jurídicas sobre el cuerpo o sus elementos, cuando los transformen, manipulen, o lo cedan¹⁷³.

La titularidad que otorga la patente se aplica a los resultados de la investigación, no a las muestras en si mismas, a las que no se les aplica el concepto de propiedad¹⁷⁴. Nadie puede reivindicar la propiedad de las muestras, lo que implica la necesidad de definir derechos y deberes del investigador, del sujeto y de describirlos en los protocolos y en el consentimiento. Por ejemplo, el promotor de la investigación tiene el deber de conservar correctamente las muestras, protegiendo su integridad y garantizando la privacidad del sujeto, y tiene el derecho de disfrutar comercialmente y por patente de los resultados de la investigación. El sujeto fuente tiene el derecho de pedir en todo momento la destrucción de sus muestras, pero no gozar de los beneficios económicos derivados de la investigación¹⁷⁵.

La Directiva 98/44/CE, sobre protección de invenciones biotecnológicas en su considerando 26 trata de la necesidad de consentimiento informado en las patentes que contengan materia biológica de origen humano y establece que, «cuando se presente una solicitud de patente de una invención que tiene por objeto una materia biológica de origen humano o que utiliza una materia de este tipo, la persona a la que se hayan realizado las tomas deberá haber tenido ocasión de dar su consentimiento libremente y con la debida información sobre dichas tomas, de conformidad con el Derecho nacional»¹⁷⁶. La Directiva se quiso modificar, con el fin de que dicho consentimiento constituyera un requisito de patentabilidad específico de la invención consistente en material biológico de origen humano, pero esto se rechazó por entender que el párrafo no

¹⁷³ RESTA, Giorgio, «La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione», en *Trattato di Biodiritto*, diretto da Stefano RODOTÀ e Paolo ZATTI. *Il governo del corpo*, Tomo I, 2011, 805-854, 822.

¹⁷⁴ Palabras de NOVELLI/PIETRANGELI, «I campioni biologici», en Stefano RODOTÀ e Paolo ZATTI (dir.), *Trattato di Biodiritto*, Milano 2011, Tomo I, pp. 1027-1061, 1059

¹⁷⁵ NOVELLI/PIETRANGELI, «I campioni biologici», en Stefano RODOTÀ e Paolo ZATTI (dir.), *Trattato di Biodiritto*, Milano 2011, Tomo I, pp. 1027-1061, 1059

¹⁷⁶ Instituto de Salud Carlos III. Ministerio de Sanidad y Consumo, Las cuestiones ético-jurídicas más relevantes en relación con los biobancos. Una visión a la legislación de los países miembros del proyecto EuroBioBank., NIPO: 354-05-003-7. Depósito Legal: M-46888-2005, p. 61. Disponible on line en <http://www.eurobiobank.org/>

respetaba básicamente, los requisitos de protección de datos personales. En definitiva, lo que ha quedado vigente de ese principio en la Directiva 98/44/CE ha sido el considerando 26, en el que tiene lugar una remisión directa al Derecho de cada Estado, aunque cada vez más se tiende a preservar este derecho, pues si bien es cierto que los considerandos de las Directivas no tienen valor normativo, sí que resultan de gran consideración para la interpretación de las normas contenidas en el texto legal.

En efecto, el consentimiento no podrá exigirse como condición de patentabilidad de la invención, ni su falta o inexactitud afectará a la validez de la patente ya concedida, pero su ausencia hubiera sido criticable, sobre todo si tenemos en cuenta toda la problemática surgida en EEUU en el caso Moore contra el Rectorado de la Universidad de California. Ni la Directiva ni las legislaciones nacionales de transposición han querido hacer del consentimiento una condición para la patentabilidad, sino solo un instrumento eficaz para imponer concretamente la práctica del consentimiento libre e informado. En este contexto se enmarca el artículo 23.m) del RLIB.

Así pues, el texto final de la Directiva 98/44/CE no recogió la enmienda del Parlamento europeo de introducir en su articulado la necesidad de que para la patentabilidad del material biológico de origen humano debería probarse que el material se había utilizado con el libre consentimiento de la persona en cuestión, ya que en el Considerando 26 se hace solo mención a obtener el consentimiento para la obtención de la muestra, sin precisar la necesidad del mismo para la posterior patentabilidad de los resultados obtenidos. Sobre esta base, Holanda impugnó la Directiva 98/44/CE frente a la Corte de Justicia, alegando el riesgo de violación de los derechos fundamentales de los individuos, en particular, la libertad de autodeterminación en orden a la disposición del propio cuerpo, si bien la Corte de justicia excluyó la subsistencia de dicho conflicto¹⁷⁷.

La legislación italiana al implantar la Directiva 98/44/CE ha recogido expresamente que en el momento del depósito de la demanda de patente, el reclamante debe alegar el título del cual se desprenda la subsistencia del consentimiento expreso, libre e informado, para la obtención y la utilización de la persona de la cual procede la extracción de la muestra.

Esto implica, en opinión de Giorgio Resta, desde el punto de vista de la circulación del cuerpo dos cosas : (a) que el consentimien-

¹⁷⁷ RESTA, Giorgio, «La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione», en *Trattato di Biodiritto*, diretto da Stefano RODOTÀ e Paolo ZATTI. *Il governo del corpo*, Tomo I, 2011, 805-854, 833, ver nota 114 especialmente.

to para la obtención no legitima automáticamente también para el disfrute comercial y para la patentabilidad del material biológico; (b) que con el fin de una lícita utilización, la persona debe ser expresa y específicamente informada sobre la posible patentabilidad de los resultados obtenidos con la investigación de su material biológico. Con ello entiende el autor que se recoge por el legislador italiano lo que llama el principio de la finalidad, que procede del ámbito de los datos personales, de modo que cualquier utilización secundaria del material biológico humano debe ir acompañada de una específica manifestación de voluntad, libre y consciente, del sujeto fuente¹⁷⁸.

La consecuencia jurídica que puede derivar este régimen expuesto es que la persona que hubiera sido objeto de toma de muestras sin su consentimiento pueda pedir responsabilidades a quienes realizaron la extracción sin su consentimiento, pero no en el ámbito derivado del beneficio económico producido por la patente del producto realizado a partir de su muestra. Puesto que la ausencia de este consentimiento no podrá ser una causa de nulidad de la patente. Respetar el consentimiento libre e informado del sujeto fuente implica dar una información precisa, especialmente acerca de la eventualidad de una solicitud de patente. Esto significa que el sujeto debe conocer la posibilidad de que a partir de la parte de cuerpo que dona, aunque sea información genética, cabe la posibilidad de desarrollar una patente si se llegara a desarrollar una invención que cumpliera todos los requisitos de patentabilidad (novedad, actividad inventiva y aplicación industrial).

En el ordenamiento jurídico español es difícil que la acción de reclamación se pueda producir. La LIB contiene como referencia obligada en el documento de consentimiento informado la renuncia expresa del sujeto fuente a derecho alguno de naturaleza económica en tal caso. También el RLIB, lo incluye como una de las indicaciones que debe figurar en el documento de consentimiento informado [art. 23.m)]...... De ello se extraen varias consecuencias: (a) No es posible que el sujeto fuente dé su consentimiento para la investigación pero lo excluya para la patentabilidad. (b) La libertad del sujeto se reduce, pues, a ceder el material biológico para la investigación y/o patentabilidad, en su caso, o a no cederla. (c) El consentimiento para la obtención del material conlleva el posible uso secundario del material a los efectos de la posible patentabilidad de los resultados obtenidos. (d) No se reconoce

¹⁷⁸ RESTA, Giorgio, «La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione», en *Trattato di Biodiritto*, diretto da Stefano RODOTÀ e Paolo ZATTI. *Il governo del corpo*, Tomo I, 2011, 805-854, 834-835.

derecho alguno de tipo económico (ni directo ni indirecto) al sujeto fuente por los resultados obtenidos de la investigación¹⁷⁹.

Si del ámbito patrimonial nos movemos al punto de vista ético, la perplejidad del sistema que se centra en el paradigma de la solidaridad es que no prevea mecanismos efectivos de *benefit sharing* y de participación colectiva en los resultados de la investigaciones efectuadas con los materiales biológicos humanos : en resumen, la lógica comunitaria es que la «donación» es altruista, y con participación del ciudadano, para dejar en manos de las empresas los beneficios derivados de la comercialización¹⁸⁰.

La posibilidad de las patentes biotecnológicas ha sido siempre un tema debatido, como reflejan los dos últimos casos jurídicos, el Myriad Case (EEUU) y el Brüstle Case (Europa), que han tenido una repercusión mediática y en los foros doctrinales¹⁸¹. En este sentido, se ha producido un fuerte debate sobre el doble standard que permite a los investigadores y empresas biotecnológicas aprovecharse de las invenciones científicas, obtenidas gracias a la gratuita «donación» de los tejidos y muestras humanas para la investigación¹⁸², debate que surgió a raíz del Caso Moore que hizo plantearse la ética de esa apropiación y defensa legal fuerte de la propiedad industrial de las invenciones biotecnológicas; incluso entre los partidarios de esta propiedad, existen desacuerdos sobre los fines y la duración de la protección¹⁸³, sobre todo en relación

¹⁷⁹ La pregunta es entonces: ¿Se pueden negar los sujetos que cedan la muestras a la patentabilidad de los resultados? La respuesta es clara para DOVE/JOLY, «The contested futures of biobanks and Intellectual Property», en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento Jurídico. Biotecnología y Derecho. Encuentros y desencuentros*, 11/2012. Si los participantes manifestaran una clara oposición para la no comercialización de los resultados, y las investigaciones continuaran, la confianza en los BB quedaría erosionada, confianza que recuerdan, es la piedra angular del sistema, tanto para los BB públicos como privados.

¹⁸⁰ RESTA, «La disposizione del corpo. Regole di appartenenza e di circolazione», en *Trattato di Biodiritto*, diretto da Stefano RODOTÀ e Paolo ZATTI. *Il governo del corpo*, Tomo I, 2011, 805-854, 823.

¹⁸¹ Ver GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia, «Presentación: Biotecnología y Derecho. Encuentros y desencuentros», en *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 11/2012, p. 23.

¹⁸² LORRAINE SHEREMETA & BARTHA MARIA KNOPPERS, «Beyond the Rethoric: Population and Benefit-Sharing», *Health Law Journal*, vol. 11, 2003, 89-118. El resultado, en opinión de las autoras, es que los instrumentos normativos internacionales y regionales requieren de una notificación mínima de la posible comercialización en el documento de consentimiento informado; la mayoría, si no todos, los formularios de consentimiento ya informan a los participantes de la investigación y eventual comercialización de patentes.

¹⁸³ Ver LORRAINE SHEREMETA & BARTHA MARIA KNOPPERS, «Beyond the Rethoric: Population and Benefit-Sharing», *Health Law Journal*, vol. 11, 2003, 89-118, 92-93.

con los países en desarrollo, en orden a su capacidad para ofrecer atención médica adecuada y de proporcionar incentivos para la investigación. Diversos mecanismos se han propuesto para paliar este sistema, que se tilda de injusto, así como para suavizar los efectos negativos que provocan las patentes.

El primero es el concepto de «benefit-sharing» o distribución de beneficios, que fue propuesto por la Convención de Río de la Biodiversidad en 1992, y recogida por HUGO, Unesco y WHO. Para Bartha Knoppers, dicho concepto establece el reconocimiento de la participación y contribución de los individuos participantes, poblaciones o comunidades, y se funda en las nociones de justicia, solidaridad y equidad, alentando el retorno, esto es, la devolución de los beneficios por los investigadores o las entidades comerciales. Esta distribución de beneficios para el público participante puede traducirse en infraestructuras como sistemas de salud especialmente relacionados con los resultados disponibles (tales como las medidas de prevención de la enfermedad), herramientas de investigación, y finalmente, el desarrollo de los países que no poseen los medios para una adecuada colección y procesamiento de los datos en sus respectivos territorios. El tema de la distribución de los beneficios plantea la posibilidad de equilibrar el retorno legítimo de la inversión (beneficio-marca) con las preocupaciones de la equidad, la justicia y la reciprocidad para que participen las personas, comunidades y poblaciones¹⁸⁴.

Otras iniciativas tratan de suavizar los efectos negativos que provocan las patentes en el mercado, especialmente cuando afectan a la salud. Por citar algunas, garantizar el acceso a los recursos¹⁸⁵ pero sin impedir que tales recursos no puedan desarrollarse con fines de lucro; la incentivación del movimiento «Open Biotechnology»¹⁸⁶, o la necesidad de reformas legales que contemplen licencias obligatorias, punto sobre el que empieza a existir cierto consenso, a raíz del caso Myriad, conocido como la tragedia del «anticommons» con gran fuerza en las políticas de EEUU y Canadá¹⁸⁷.

¹⁸⁴ El Grupo de Investigación ARCTIC se plantea el papel que deben jugar los que aportan el DNA para la investigación y posterior comercialización de los resultados: frente a los que creen que los participantes no deben ser recompensados, pues se trata de promover valores como el progreso de la salud pública, la solidaridad y el comunitarismo, otras posiciones parten de que deben ser recompensados, no con dinero, pero sí con otras prestaciones, como por ej., el acceso en condiciones favorables a las medicinas que resultan de las investigaciones con sus muestras. Ver ARCTIC Research Group, *Benefit Sharing. Genetic Information, Privacy & Biobanks*. Disponible on line: <http://www.ejcl.org/113/abs113-2.html>

¹⁸⁵ Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA. A discussion paper*, London 2002, pp.21, 22-23.

¹⁸⁶ Ver Joly, YANN, «Open biotechnology: licenses needed», *Nature Biotechnol.*, vol. 28, n. 5, May 2010.

¹⁸⁷ Ver Matthew HERDER and Josephine JOHNSTON, «Access Concerns and Business Models in Public-Sector Technology Transfer of Genetic Inventions», en Richard Gold and Bartha Knoppers, *Biotechnology IP & Ethics*, 2009, pp. 165-198, 173.

Respecto a este último opina Naomi Hawkins¹⁸⁸ que la realización de las pruebas genéticas obliga a re-examinar el sistema de patentes con el fin de determinar su libertad de acción. Cuando las patentes concedidas cubren todo el área en la que estas pruebas quieren operar, la realización de las pruebas puede infringir la patente; pero si la situación repercute negativamente en la salud de la población, la solución debiera pasar por la licencia de la patente, para cuya negociación, puede servir de acicate la duda en torno a la validez o no la infracción. Como ponen de relieve Karen L. Durell y Louise Bernier, el control garantizado al titular de la patente puede afectar al acceso, por la vía de la disponibilidad y asequibilidad de los productos. Afecta a la disponibilidad porque si la patente se concede con una función muy amplia, el titular va a tener el control sobre el desarrollo y el uso de los test en el futuro. Lo que significa en la práctica que el titular de la patente va a decidir cómo se usa la patente en las investigaciones y en la salud en general¹⁸⁹. En cuanto a la asequibilidad, se convierte en un problema cuando la situación de monopolio se produce en un sector del mercado y se permite al titular de la patente que fije los precios de mercado de su tecnología¹⁹⁰.

La Ley no impone la obligación de dejar en manos de las leyes antimonopolio la solución. Lo que sí hace, en ciertas circunstancias, es sancionar al titular de la patente que no quiera explotarla o de otro modo abuse de su monopolio. Estas sanciones a veces están dispuestas en las leyes de patentes, por ej., atribuyendo el derecho a una licencia obligatoria a un costo razonable cuando el titular no quiera explotarla o no quiera otorgar la licencia; otras resultan de la legislación de concurrencia y competencia. Pero en la práctica, son raras las licencias obligatorias¹⁹¹.

En este sentido, la «Nuffield Council on Bioethic» establece que la función del poder público en este ámbito no es tanto de control previo mediante los criterios de patentabilidad, sino posterior, a través de los efectos de los derechos exclusivos que confiere la

¹⁸⁸ HAWKINS, Naomi, «Human Gene Patents and Genetic Testing in Europe. A reappraisal», en *Scripted*, vol. 7. Issue 3, December 2010, pp. 453-473, pp. 741 a 773

¹⁸⁹ KAREN L. Durell and LOUISE BERNIER, «Are Gene Patents Really a Threat? Vulnerable Populations and Access to Genetics», en Richard Gold and Bartha Knoppers, *Bio-technology IP & Ethics*, 2009, p. 219. «For example, a patent holder could impose different measures and conditions in terms of prices and analysis procedures to labs and physicians wishing to offer a specific genetic susceptibility test to their patients».

¹⁹⁰ «Control granted by patent rights can influence access by the effects of the rights upon availability and affordability. Availability is brought into question by the fact that by filling a large amount of broad gene patent claims, patent holders can gain substantial control over the development and the use of diagnostic tests to be performed. ... affordability becomes an issue when a monopoly is achieved over a market sector, permitted by patent rights, allowing patent holders to charge a significant price for their technology», p. 219

¹⁹¹ Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA. A discussion paper*, ob. cit., p. 54

patente. En su opinión, si se llega a situaciones de monopolio o abusos de poder, es obligación de los Estados establecer licencias obligatorias respecto a las invenciones médicas para proteger la salud¹⁹², recogiendo lo afirmado en la Declaración de Doha por el WTO que recomienda a los Estados miembros del acuerdo TRIP el determinar la concesión de licencias obligatorias así como definir qué sea situación de emergencia¹⁹³. El tema, no obstante, requiere un estudio más profundo en otro momento.

IV. CONCLUSIONES

1. El material biológico de origen humano está formado por el soporte anatómico y la información genética asociada. Cuando es tratado en la actividad investigadora, su problemática jurídica se explica en clave de derechos de la personalidad, y no en clave de derechos de propiedad.

2. El sujeto interesado no tiene una posición de exclusiva en las operaciones de tratamiento de su material biológico (muestras-datos); su consentimiento no es la única fuente para el tratamiento del mismo, sino que en ciertos casos, el principio de finalidad puede ser desvirtuado por una previsión legal concreta. Por otra parte, el consentimiento que otorga cuando cede su material le faculta para tener el control sobre su información personal (de las muestras y de los datos asociados a las mismas) cualquiera que sea el tercero que los tenga en su poder, perspectiva informacional asociada a la muestra que es reconducible al derecho de autodeterminación que el sujeto ejercita sobre su propia identidad. La existencia además, del derecho a la revocación del consentimiento por el sujeto interesado origina, por su parte, que los beneficiarios de la cesión (los investigadores) no se encuentren tampoco en una posición de pertenencia exclusiva sobre el material biológico, razón por la que se puede concluir que el consentimiento para la cesión no produce un efecto atributivo de la propiedad de las muestras-datos.

¹⁹² Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA. A discussion paper*, p. 55: However we note that the circumstances under which compulsory licensing may be considered have narrowed under the TRIPS agreement. Thus, the statutory framework in some member countries, including the UK, may need adjustment to allow the consideration of compulsory licensing to deal with cases such as those in which exclusive rights to the diagnostic use of a DNA sequence may not be in the public interest».

¹⁹³ Ver Antonina BAKARDJEVA ENGELBREKT, «Stem cells patenting and Competition Law», en *European Law and Ethics*, edited by Aurora Plomer and Paul Torreman, 369-398, 370.

El material biológico constituye un bien no patrimonial que forma parte del derecho de la personalidad, como tal, indisponible patrimonialmente, aunque el régimen pueda estar sometido a especialidades. Cuando se utiliza la palabra «propiedad» aplicada a los materiales biológicos humanos se tiene en la mente la idea de la intimidad personal, antes que el esquema propietario del derecho real.

3. El consentimiento es un elemento imprescindible para el tratamiento del material biológico en la actividad investigadora. De este principio general se derivan varias consecuencias jurídicas:

a) Las muestras obtenidas en el ámbito clínico no constituyen *res nullius* susceptibles de adquirirse por ocupación por los investigadores para su uso en la investigación.

b) Todo uso secundario del material biológico requiere del consentimiento del sujeto fuente, con ciertas salvedades.

c) Dicho consentimiento desempeña el papel de una autorización para una acción investigadora, sin la cual ésta sería una intromisión ilegítima en la intimidad del sujeto.

d) La revocabilidad del consentimiento representa un corolario del principio de autodeterminación frente al paradigma negocial ordinario en el que la nota distintiva viene constituida por la inmediata vinculación entre las partes negociales. No obstante, también el principio de revocación presenta límites en aras de proteger la investigación científica.

La información genética del individuo puede ser objeto de un derecho subjetivo, pero la «ratio» de su protección no es la propia de la propiedad intelectual, sino la de protección de la persona; de ahí su relación con otros valores constitucionales. En esta clave relacional con otros valores protegibles, se comprende la flexibilidad del principio de finalidad cuando el material se somete al régimen organizativo de un Biobanco, justificada por la vocación que tiene de servicio público para poner a disposición de la comunidad científica el material biológico para la investigación.

En esta perspectiva hermenéutica, se explica también que el acceso a los datos por los terceros se admita en ciertos casos, aunque suponga una quiebra del principio de confidencialidad. Especialmente interesante es el acceso por los investigadores a los datos contenidos en la historia clínica del sujeto; en este supuesto, si el material se encuentra sometido al régimen de organización de un Biobanco cursa previa petición a éste por el responsable de la investigación, para que actúe de intermediario con el clínico, sin perjuicio de que el documento de consentimiento informado el sujeto puede consentir que el personal del Biobanco acceda a la

información personal de su historia clínica para completar la información asociada a las muestras.

4. La palabra «donación» del material biológico para la investigación no supone realmente la existencia de un acto de disposición a título gratuito que transfiera la propiedad de aquél al Bio-banco o al centro de investigación. Es un modo de comunicación del legislador para cumplir así con los objetivos concretos de política legislativa en el ámbito de la investigación biomédica, asociados al don y a la solidaridad. La extrapatrimonialidad del cuerpo humano opera como medio de defensa, tutela resarcitoria del daño subordinada a los requisitos de la culpa y dolo, más próxima a los planteamientos de los derechos de la personalidad que a los propios de los derechos patrimoniales.

La extrapatrimonialidad, además, se sujeta a la lógica de la solidaridad, para poder predicar la nulidad de acto que remunere la disposición del material biológico, si bien la prohibición se referirá al plano de la relación entre «cedente-beneficiario», sin comprender las sucesivas relaciones jurídicas sobre el material biológico, cuando sea transformado o manipulado. De aquí surgen las siguientes consecuencias en nuestro ordenamiento jurídico: (a) No es posible que el sujeto fuente dé su consentimiento para la investigación pero lo excluya para la patentabilidad. (b) La libertad del sujeto se reduce, pues, a ceder el material biológico para la investigación y/o patentabilidad, en su caso, o a no cederla. (c) El consentimiento para la obtención del material conlleva implícitamente el posible uso secundario del material a los efectos de la posible patentabilidad de los resultados obtenidos. (d) No se reconoce derecho alguno de tipo económico (ni directo ni indirecto) al sujeto fuente por los resultados obtenidos de la investigación. Del paradigma de la solidaridad, se llega pues, a una lógica de mercado, lo que obliga a plantearse la ética del sistema en tanto en cuanto no prevea mecanismos de participación colectiva en los beneficios obtenidos por la investigación.



Tratamiento jurídico de la frustración tras la adquisición de una empresa*

ANA SOLER PRESAS
Profesora Propia Agregada
Universidad Pontificia Comillas (ICAI-ICADE)

RESUMEN

En este trabajo se estudian los remedios que el ordenamiento jurídico pone al alcance del comprador que, por un defecto de información en la fase precontractual, descubre tarde que la empresa adquirida no satisface sus expectativas. Presta especial atención al remedio indemnizatorio, destacando sus limitaciones y la conveniencia de utilizar otros remedios alternativos que conjuguen mejor los intereses en conflicto. Con este propósito se sugiere una modificación legislativa que permita al comprador solicitar la adaptación del contrato cuando sufra un defecto de información imputable al vendedor y no tenga acceso a los remedios contractuales. El análisis de la concurrencia de remedios, pre y contractuales, busca identificar el caso en que la opción del comprador por los precontractuales sería legítima.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad precontractual; Responsabilidad contractual; Indemnización; Interés de confianza; Interés en el cumplimiento; Adaptación del contrato; Acción de reducción del precio; Garantías.

ABSTRACT

This paper works on the different remedies available for the buyer who discovers that due to a breach of pre-contractual information duties the com-

* El contenido de este trabajo ha sido exhaustivamente discutido con el profesor Fernando Pantaleón, quien sugirió las mejores ideas y con generosidad y paciencia logró que descartase las peores. El profesor Jesús Alfaro también leyó sucesivas versiones del trabajo y contribuyó a que la presente sea la menos mala. Los defectos que persistan son solo míos.

pany acquired is not the expected one. It focuses on damages, emphasizing its limitations, and the adequacy of alternative remedies, suggesting therefore a legal amendment particularly to attend buyer's interest when he cannot plead contract remedies and the seller is liable for his lack of proper information. The concurrence of remedies is finally studied in order to identify the case for a sound option for pre-contractual ones.

KEYWORDS

Remedies for breach of information duties; Remedies for breach of contract; damages; Reliance interest; Expectation interest; Adaptation of contract; Price reduction; Warranties.

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Grupos de casos. 2.1 Frustración de la expectativa individual del comprador. 2.2 Frustración de la expectativa habitual o usual en el tipo de compraventa en cuestión, aunque no recogida en los términos del contrato. 2.3 Frustración de la expectativa claramente protegida por el contrato, bien porque se recoge en su clausulado o porque se comunicó al vendedor de forma que deba entenderse por él asumida. 3. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO

Como se indica en el título, me propongo analizar los distintos remedios jurídicos que nuestro ordenamiento pone a disposición del comprador de una empresa que ve frustrado su interés al no adecuarse lo entregado a sus expectativas.

Los supuestos prácticos son muy variados, y en casi todos se mezclan distintas causas de insatisfacción, pero, para dotar de alguna sistemática al estudio, agruparé los supuestos como sigue:

1) En primer lugar, que se frustre una particular expectativa del adquirente respecto de un determinado activo o utilidad de la empresa porque finalmente resulte inútil para los fines perseguidos por el comprador, o menos valiosa de lo esperado. Por ejemplo, porque alguno de los activos de la empresa inmobiliaria adquirida esté afectado por aluminosis¹ o porque se adquiera una imprenta por el especial interés que despierta su maquinaria que, a la postre, resulta no ser propiedad del vendedor, sino de una sociedad de *leasing*, finalizando el *leasing* al tiempo de la venta².

¹ Parece que nuestro Tribunal Supremo entendió que ese era el caso en la STS de 21.12.209 (RJ 2010\299), cuando los hechos demostraban otra cosa. Sobre ella volveremos inmediatamente.

² Es uno de los ejemplos utilizados por W. WEITNAUER, en «Der Unternehmenskauf nach neuen Kaufrecht» 35, *NJW* (2002), pp. 2511-2517.

2) En segundo lugar, que la insatisfacción derive de la desviación de la situación económico-financiera de la empresa respecto de la representada en los informes facilitados por el vendedor, bien porque las cuentas de ingresos/ganancias estén infladas (i.e. computándose como ingresos los pagos relativos a negocios aún no liquidados); porque el pasivo esté incompleto o las reservas sean insuficientes (i.e. no contemplan obligaciones tributarias pendientes o indemnizatorias inminentes); o bien porque los resultados dependan en exceso de circunstancias particulares no comunicadas (i.e. preaviso de desistimiento del cliente principal de la empresa)³.

3) En tercer y último lugar, que el negocio resulte frustrante porque el tráfico de la empresa adquirida se vea impedido o disminuido por carecer de las licencias o autorizaciones preceptivas⁴; de las ayudas o subvenciones con las que aparentemente cuenta⁵ o por contravenir derechos de terceros (i.e. patentes).

El criterio que articula la clasificación es, claro, el carácter o condición de la expectativa del comprador, que calificaré como *individual*, si no es habitual que la tenga un comprador-tipo ni fue oportunamente comunicada al vendedor (1); como *habitual o usual* al tipo de empresa comprada, aunque no compartida con el vendedor (2); o la denominaré *común*, si puede acreditarse que la compartió con el vendedor, ya se recoja o no explícitamente en un término del contrato (3).

Superada esta nada fácil calificación, la determinación de los remedios disponibles para el comprador pasa por otras dos dificultades añadidas:

La primera es la determinación de los remedios aplicables a los casos comprendidos en el área secante entre el *contract* y el *tort*, esto es, a los de las expectativas del comprador reconocibles para el vendedor pero no incorporadas en el clausulado del contrato (son los casos del grupo 2). Conviene adelantar al respecto, que el sistema norteamericano, modelo práctico de regulación en este tipo de transacciones, excluye este grupo de casos del *contract law* y los

³ Es, también, el famoso caso resuelto por el OLG de München en resolución de 26 de julio de 2006 (BeckRS 2006, 09 207), sintetizado por C. KERSTING en «Die Rechtsfolge vorvertraglicher Informationspflichtverletzungen-Vertragsaufhebungsanspruch oder “Minderung” aus cic?» 14 JZ (2008), pp. 714-721. Se trataba de la venta de una empresa basada en un EBIT inflado por no haberse delimitado convenientemente los apuntes contables. El comprador alega que pagó 2 millones de euros de más, que reclama *ex cic* y, finalmente, obtiene.

⁴ Es el caso de la STS de 30 de junio de 2000 (RJ 2000\6747) que comentaremos en nota 75.

⁵ SAP Burgos de 27 de diciembre de 2012 (436\2012). El vendedor de un colegio concertado oculta al comprador que el expediente en curso ante el ministerio de educación es por irregularidades graves, que está prácticamente finalizado y que supondrá la cancelación del concierto que hasta la fecha permitía funcionar al colegio.

remite, casi en exclusiva, al *tort of fraudulent misrepresentation*⁶. Desprotege, por tanto, con carácter general, al comprador frustrado que no haya incluido su expectativa en un *contract term*, ya sea una *warranty* o una *condition*.

El *civil law*, por el contrario, absorbe estos casos en los remedios contractuales a través del saneamiento por vicios ocultos y, últimamente, del «principio de conformidad» con el contrato.

El Derecho norteamericano mantiene la reciprocidad pactada en dos sentidos. Por un lado, evita sorpresas y, por otro, incentiva al comprador para que incorpore al contrato la información que considera relevante para proteger su expectativa; pero el reenvío a los remedios pre/extracontractuales conduce, como tendremos ocasión de comprobar, a su efectiva desprotección (USA) o a una injustificada sobrecompensación (UK)⁷. El Derecho continental arriesga el equilibrio de las prestaciones pactadas por orientarse todos los remedios contractuales al *expectation interest* del comprador, quizá desconocido por el vendedor⁸; con el consecuente desincentivo para que las partes se comuniquen información relevante.

La segunda dificultad consiste en decidir la solución idónea en caso de concurso de pretensiones, esto es, si puede el comprador optar por el remedio contractual o extracontractual que le interese o si, por el contrario, unos remedios (los contractuales) desplazan a los otros (casos del grupo 3).

Antes de proceder al análisis de los grupos de casos debe recordarse que, para el tratamiento jurídico del problema planteado, es irrelevante cómo se articule la venta de la empresa, esto es, mediante la transmisión individualizada de sus elementos (*asset deal*) o mediante la transmisión de las acciones/participaciones de la misma (*share deal*). Lo relevante es que se transmitan todas o un volumen tal que permita operar un cambio en la titularidad de la empresa⁹.

⁶ Vid. S. ABRAHAM, *The Forms and Functions of Tort Law*, Foundation Press, N. Y. (2007), pp. 278-288. El sistema norteamericano entiende que tratándose de un negocio entre empresarios que versa sobre un objeto específico, esto es, que carece de un mercado de referencia, la protección se la tiene que buscar el comprador. Primero, averiguando el precio de lo que compra y, segundo, estableciendo las garantías que adecuadamente protejan su inversión. De ahí que el protocolo establecido al efecto se denomine *due diligence*, obviamente del comprador. El contenido de la obligación del vendedor queda por tanto concretamente delimitado en el contrato, fuera del cual sólo en casos muy excepcionales (dolo) podría asentarse una pretensión indemnizatoria.

⁷ En el primer caso porque no admite la *negligent misrepresentation*; en el segundo porque, admitida ésta por el *Statute Law [Misrepresentation Act (1967), section 2 (1)]*, la indemnización se mide conforme a la *out-of-pocket-rule* que, como veremos después, no siempre será la medida adecuada.

⁸ Y que podría suponer la procedencia del abono de los «agujeros» del balance como si se hubiese pactado una garantía, pero gratis.

⁹ La eficiencia de articular la venta de la empresa a través de la venta del capital la explica sintéticamente J. ALFARO ÁGUILA-REAL en <http://derechomercantiles pana.blogspot.com/2010/02>: ahorra la delimitación de los elementos transmitidos y los costes de la

Así lo entiende la doctrina y la jurisprudencia alemana¹⁰. Pero por desgracia la cuestión no está resuelta en nuestros tribunales. Así, por comparar supuestos análogos, véase el caso resuelto en la STS de 26.20.1981 (RJ 1981\4001), de adquisición de empresa (Matadero Frigorífico Asturiano) mediante la compra de todas sus participaciones creyendo, porque así consta en el balance y porque se exhibe la correspondiente escritura de propiedad, que un terreno de 4 hectáreas pertenece a su inmovilizado, cuando lo cierto es que estaba en trámite de ser de dominio público. El Tribunal entiende que la contingencia atinente a este activo es suficiente para declarar nula la venta, en este caso por dolo. Pero lamentablemente no resolvió igual en la STS de 21.12.2009 (RJ 2010\299), donde el activo afectado tenía más relevancia. En el caso aquí debatido, el comprador (GRETIDEM) adquiere el 100% de las acciones de una sociedad (SASOTOVI) como medio para adquirir su principal activo: el hotel Bel-Air, que estaba afectado por aluminosis. El propósito perseguido por el comprador no sólo lo conoce el vendedor, sino que incluso se eleva a causa común del contrato de compraventa, aunque en documento anexo al público de venta de las acciones. Pese a ello, el Tribunal niega relevancia al defecto del inmueble alegando que las vicisitudes de *un* activo no son trascendentes porque el objeto de la compraventa fueron las acciones de la sociedad y no el hotel.¹¹

2. GRUPOS DE CASOS

2.1 Frustración de la expectativa individual del comprador

El supuesto que primeramente examinamos es el de la frustración de la expectativa individual del comprador que ha sido decisiva para que celebre el contrato o para que pague el precio acor-

transmisión individualizada de activos (*i.e.* cambios de titularidad registral) y de pasivos (consentimiento de los acreedores sociales); además de conservar, generalmente, la titularidad de los permisos o autorizaciones precisos para el tráfico del negocio y la clientela, pues refuerza la apariencia de continuidad.

¹⁰ Para los que no bastaría con la transmisión de la mayoría simple del capital (> del 50%), requiriéndose umbrales superiores al 90%. Entre nosotros, en cambio, M. GIMENO RIBES defiende que bastaría con que se transmitiese una mayoría de control. *La protección del comprador en la adquisición de empresa. Estudio comparado de los ordenamientos español y alemán*, Comares, Granada (2013), pp. 17-18.

¹¹ La crítica a este pronunciamiento es unánime entre los autores. Además de J. Alfaro antes citado, véase J. R. GARCÍA VICENTE, 84, *CCJC* (2010), pp. 1729-46; F. REDONDO TRIGO, «La causa en los contratos de compraventa de acciones. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009», 720, *RCDI* (2010), pp. 1903-1933 y M. A. GILI SALDAÑA, «Compraventa de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009», *InDret* 2/2010.

dado, pero que no fue compartida con el vendedor ni es susceptible de considerarse un presupuesto habitual de ese tipo de compraventas.

Es, por ejemplo, el caso de la adquisición de una empresa no tanto por su valor intrínseco como por razones estratégicas del grupo empresarial del comprador (motivación subjetiva), típicamente porque espera obtener sinergias derivadas de la integración de la red de distribución adquirida en la propia, o porque le interesa adquirir un activo emblemático¹².

Jurídicamente, nos enfrentaremos a una cuestión de validez del contrato –cuando la decisión de comprar se fundamente en una creencia errónea– o de exceso de precio, cuando la decisión de comprar se hubiera adoptado igualmente pero no a ese precio –vicio incidental–.

En ninguno de ellos podrá atenderse el interés del comprador recurriendo a los remedios contractuales porque no estaremos ante el incumplimiento de un contrato que proteja la expectativa del comprador¹³.

Pero tampoco el régimen del error ayudará a este comprador, porque el error invalidante, el que da acceso a la acción de anulabilidad, tiene que ser esencial, esto es, afectar a un elemento objetivamente relevante del contrato (a un presupuesto del contrato) que como tal pueda ser reconocido por la otra parte¹⁴. Debe tratarse además de un error excusable, que no quepa reprochar al comprador, pues solo en ese caso estaría justificado el desplazamiento de la frustración del comprador al vendedor mediante la impugnación del contrato¹⁵.

Y ninguna de las dos premisas concurren en el caso analizado. En nuestro supuesto de hecho la circunstancia relevante para el comprador no constituye un presupuesto objetivo del contrato, luego el error no puede reconocerse como esencial por la contraparte. Y el comprador difícilmente podrá defender la excusabilidad de su error, puesto que, por hipótesis, no cuenta con una garantía

¹² El ejemplo es de H.P. WESTERMANN, en Säcker, F. J./Rixecker, R. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C. H. Beck (2008), § 453 BGB, Rn. 22

¹³ En el primer caso (decisión de contratar basada en la expectativa fallida) puede que ni siquiera tengamos un contrato válido.

¹⁴ Si no podemos imputárselo al vendedor, el error puede tener aún alguna trascendencia jurídica si es común, pero ya no será la trascendencia idónea para proteger el interés particular del comprador, sino la que proteja equilibradamente los intereses de ambos. Véase, en este sentido, el artículo 4:105 (3) de los *Principles on European Contract Law* (en adelante, PECL); y el artículo II.-7:203 (3) del *Draft Common Frame of Reference* (en adelante DCFR).

Sobre el carácter intrínseco del error invalidante, MORALES MORENO, *Comentario del Código Civil* (1991) M.º Justicia, artículo 1266, pp. 460 ss.

¹⁵ KÖTZ, *Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck (2012) Rn. 306.

del vendedor sobre las utilidades que espera obtener ni conmina al vendedor a informarle, revelando así su interés al respecto.

Tampoco concurren los requisitos para apreciar error incidental, a efectos de imponer al vendedor una reducción del precio de la empresa, por un argumento *ad minorem*: si el defecto de información no puede imputársele al vendedor, al menos en exclusiva, cuando es esencial para el comprador, aún menos lo será cuando su importancia sea meramente incidental¹⁶.

Luego la protección de los motivos estrictamente individuales que deciden al comprador queda limitada a los casos de dolo¹⁷. Dolo, necesariamente caracterizado por el ánimo de engaño del vendedor, por lo que no es doloso –ni relevante para este grupo de casos– el error negligentemente inducido, o que le sea objetivamente imputable¹⁸, que será el más frecuente en el campo de nuestro estudio, pues la información (por hipótesis, incorrecta) sobre la empresa la facilita fundamentalmente el vendedor¹⁹.

¹⁶ Que los vicios no invalidantes no son irrelevantes, que tienen trascendencia indemnizatoria, parece ya admitirse generalmente. Así, P. MOTA PINTO, *Interesse contractual negativo e interesse contractual positivo*, vol. II, Coimbra editora (2008), p. 1424; aunque hay numerosos partidarios de protegerlos sólo si la expectativa está cubierta por el contrato, como por ejemplo C. I. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Bilbao, Universidad del País Vasco (1989), pp. 250, 270.

Comparto la idea general, que el error incidental tenga relevancia indemnizatoria, pero entiendo que sólo la tendrá cuando sea excusable, luego no en este grupo de casos.

Coherentemente, entiendo también que la función del artículo 1270 CC es la mera delimitación negativa del dolo invalidante, y que la indemnización que menciona se fundamenta en el genérico artículo 1902 CC, por lo que procede también en caso de dolo esencial y de error, esencial o incidental. Así, L. ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, Madrid, Civitas (1994), pp. 125, 138, 148; A. M. MORALES MORENO, en ALBALADEJO, M./DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones Forales*, EDERSA, tomo XVII, vol. I-B (1993) artículos 1269 y 1270 CC, pp. 409-410; y J. R. VERDA Y BEAMONTE, comentario de la STS de 18.1.2007 (RJ 2007\529), en *CCJC* (2007), pp. 1319-1328.

¹⁷ Dice Morales Moreno que «habiendo dolo se ensancha el campo del error y adquieren relevancia los errores extrínsecos, es decir, las simples motivaciones de un contratante, extrañas a la organización de intereses del contrato» *Comentario...*, artículo 1270 CC, M.º Justicia, p. 471. Y Rojo Ajuria lo suscribe (*El dolo...*cit., p. 158).

¹⁸ MORALES MORENO, *Comentarios...*, EDERSA, pp. 391-392; Rojo Ajuria, *El dolo...*cit. pp. 158, 210.

¹⁹ Son los casos del grupo 2, los de balances y demás informes financieros facilitados por el vendedor creyéndolos correctos y/o completos, cuando no lo son. Creencia que habrá de considerarse honesta, salvo que se demuestre lo contrario, esto es, que el vendedor sabía que eran erróneos o que lo sospechaba y su ignorancia era buscada.

Serán, por tanto, marginales los casos que interese solucionar mediante la alegación y prueba del dolo porque, como después explicaremos, al afectar la falta de información a los presupuestos habituales del contrato, podrán generalmente resolverse aplicando los remedios contractuales.

Consecuentemente, la mera inclusión en el contrato de una garantía explícita de corrección de la información que después resulta errónea no prueba la mala fe del vendedor. Más bien lo contrario. Presumir, como hace nuestro Tribunal Supremo –en la sentencia de 30 de junio de 2000 (RJ 2000\6747)– y autores relevantes –F. GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret* 3/2007, p. 36– que garantizar la corrección de algo que se desconoce responde a una estrategia dolosa para conseguir que el comprador firme el contrato es claramente excesivo, porque lo cierto es que con esa

Además, el dolo tendrá que ser necesariamente activo, pues no puede cargarse al vendedor de una empresa con la obligación de facilitar información circunstancial sobre la misma, contraria a sus intereses y que no le ha sido concretamente requerida²⁰.

Queda por tanto limitado el ámbito de estudio a los casos de inducción maliciosa al error mediante la aseveración de datos circunstanciales a la empresa pero relevantes para el comprador que se saben falsos o que, al menos, premeditadamente, se ignoran²¹.

Si este engaño es causante, esto es, si el comprador contrata inducido por las malas artes del vendedor, el comprador podrá reubicar su caso en el tercer grupo de análisis propuesto en este trabajo: aquellos en los que la expectativa del comprador puede ampararse en el contrato porque puede probarse que el vendedor la conocía y que con su falaz aseveración dio a entender que la asumía²².

garantía el vendedor ofrece al comprador la máxima protección, comprometiéndose a hacer realidad lo garantizado.

²⁰ El caso de la imprenta cuya maquinaria era ajena, que utiliza Weitnauer [en 35 *NJW* (2002), p 2511], se perdería porque el comprador no solicita expresamente información sobre la misma, por muy evidente que sea el interés que tiene en ella, y porque el valor contable que el vendedor le atribuye en el inventario es cero.

Como también se perdió el caso definitivamente resuelto por la STS de 23 de junio de 2009 (RJ 2009\4230).

Los hechos fueron así: el socio minoritario de una empresa papelera, tras diversos desencuentros con los socios de control, aceptó venderles sus acciones a razón de 16.680 pts/acción. Cuatro meses después, los compradores vendieron sus acciones a otra empresa alemana por 27.372 pts./acción y cuatro años después la misma empresa alemana adquirió las acciones restantes por 40.529 pts./acción.

El (ex) socio minoritario se consideró estafado e inició, coherentemente, la vía penal, que no prosperó. 14 años después de la venta (!), demandó civilmente a los compradores alegando que le ocultaron dolosamente las negociaciones con los alemanes y las buenas perspectivas de negocio de la empresa. No queda claro la acción que ejercita (si de nulidad por dolo o la indemnizatoria), pero en primera instancia entendió el juez que era la de nulidad, y la desestimó por caducidad; y, en la Audiencia, que la indemnizatoria, pero había prescrito.

El Tribunal Supremo entiende en cambio que la pretensión indemnizatoria es contractual porque no acompaña a la acción de nulidad (¿?), a pesar de que el recurrente insiste en que si le hubieran informado bien no habría vendido las acciones. Semejante argumento le permite sostener que la pretensión no ha prescrito y pronunciarse así sobre el fondo del asunto para negar, con acierto, la relevancia de un presunto dolo omisivo en la contraparte puesto que en absoluto estaba obligada a informarle sobre los negocios que tuviera con terceros.

Nuestro pretendido *leading case* sobre reticencia dolosa, el resuelto por la STS de 26 de octubre de 1981 (RJ 1981\4001), antes relatado, también atinente a un contrato de compraventa de empresa, no es tal, sino un claro ejemplo de dolo activo: se exhibe un documento público que afirma lo que (ya) es falso y se contabiliza en el balance un activo que no pertenece a la empresa.

²¹ *Scienter*, que dirían en el *common law*, with *reckless disregard of its truth or falsity*.

²² Alegaría, por tanto, que se trata de un *implied term of the contract*.

Si es activo y relevante, nuestro Tribunal Supremos acepta que el perjudicado se ampare, indistintamente, en la nulidad o en la resolución del contrato, argumentando que hay incumplimiento porque el objeto no corresponde a las condiciones pactadas o es inhábil para el destino que se le asigna (MORALES MORENO, *Comentarios...*, EDERSA, p. 435; *Comentario...*, M.º Justicia, p. 472).

La cuestión en estos casos queda remitida, pues, a determinar si deben aplicarse los remedios contractuales para proteger al comprador y si tales remedios desplazan a las reglas de validez (anulabilidad) y a la indemnización que les acompaña²³. Baste señalar aquí que cuando el dolo actúa como criterio de incorporación de presuposiciones al contrato²⁴, como es el caso, la indemnización puede liquidarse conforme al valor de la expectativa frustrada del comprador. Dicho de otro modo, conforme al beneficio que el comprador esperase obtener del contrato, llegándose al mismo resultado práctico que si el contrato fuese resuelto.

Pero también, al menos en teoría²⁵, nuestro comprador podría anular el contrato. Si acumula a esta pretensión otra indemnizatoria,

Este es, por ejemplo, el caso de la STS de 5 de mayo de 2009 (RJ 2009\2907), referido a una compraventa de terreno. La compradora, ESSO, adquirió el terreno para instalar una gasolinera, propósito perfectamente conocido por el vendedor que transmite también las licencias y un proyecto de construcción al efecto y asegura que la superficie del terreno es de 5.020 m., superior por tanto a los 5.000 m. de extensión mínima requerida por la normativa. En realidad la extensión es menor, porque invade en 2.172 m. otra parcela de la que es cotitular el vendedor. La doble inmatriculación del terreno no es fácilmente apreciable en el Registro. La compradora pretende la nulidad del contrato o su resolución, además de la indemnización de los daños que alega. Y procede la primera, por dolo, pero mejor aún habría resultado la segunda, pues el incumplimiento es claro y la indemnización podría abarcar otros conceptos quizá más extensos.

Este salto al ámbito contractual no estaría justificado, en cambio, cuando el dolo sea meramente incidental ni cuando sea omisivo, allá donde éste tenga relevancia.

En términos parecidos, reticentes a la ampliación de la órbita del contrato mediante la inclusión de las particulares expectativas del comprador, se manifiestan relevantes autores alemanes en los que se apoya A. POHLMANN, *Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten. Ein Beitrag zur culpa in contrahendo und zur positiven Forderungsverletzung unter Berücksichtigung der Schuldrechtsreform*, Berlin, Duncker & Humblot (2002), pp. 122 ss.

También F. PANTALEÓN rechaza que con carácter general el dolo del vendedor incorpore las expectativas particulares del comprador al contrato [en «Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos», 64-3 ADC (2011), p. 921]. Entiende que solo excepcionalmente será así, excepción que, entiendo yo, se da en este caso en que únicamente son relevantes comportamientos activos del vendedor, que conoce o genera esa expectativa en el comprador y le persuade de que será satisfecha por el contrato.

²³ Lo analizaremos en el apartado 2.3.

²⁴ MORALES MORENO, *Comentarios...*, EDESA p. 433; quien justifica esta medida en que «no sería razonable tratar de modo distinto al que incumple (que debe abonar una indemnización en la medida de la expectativa frustrada) que al que maliciosamente hace creer que puede cumplir en unos términos que no será posible hacerlo». Es una idea ampliamente compartida: así E. GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid (1994) p. 44; F. GÓMEZ POMAR, *InDret* (2007), p. 24; J. DELGADO y M. A. PARRA LUCÁN, en el comentario de la STS 5.6.2010, en 86, CCJC (2010) p. 684.

Igualmente lo entiende la jurisprudencia norteamericana que, en caso de *fraudulent misrepresentation*, concede el diferencial del *benefit of the bargain* porque entiende que la declaración fraudulenta es una promesa, que tiene la eficacia de un *implied term of the contract*. K.S. ABRAHAM, *The Forms...* p. 283.

²⁵ Sigo a ROJO AJURIA (*El dolo...* p. 176), quien inmediatamente advierte que nuestro Tribunal Supremo parece limitar la anulación por dolo a casos de abuso de las limitaciones de la víctima o de error esencial, aunque entiende que en puridad no debiera ser así. Sí debe estar de acuerdo con esta jurisprudencia restrictiva el profesor

obtendrá un resarcimiento menor –básicamente, los gastos de contratación– dado que el precio y sus intereses se recuperan por efecto de la restitución.

Ahora bien, como la restitución que acompaña a la impugnación del contrato rara vez es una alternativa viable, pues el objeto del contrato –la empresa– normalmente estará ya integrado en el negocio del comprador, puede limitar la demanda a la pretensión de indemnización de los daños ocasionados por el contrato, que se mantiene²⁶.

Cómo liquidar correctamente esta indemnización es sumamente controvertido. Así, hay autores y jurisprudencia que permiten al comprador liquidarla de manera que el resultado económico sea equivalente al que produciría la anulación del contrato y la consiguiente restitución de prestaciones, esto es, conforme a la diferencia entre el precio de compra y el valor objetivo de la empresa al tiempo de celebrar el contrato (P-VR). Dicho brevemente, liquidar el contrato como daño²⁷.

Puede ser la medida correcta cuando, descubierto el defecto, no pueda ya anularse el contrato porque haya caducado la acción o cuando la restitución de los elementos de la empresa sea imposible o su coste inexigible al comprador.

Pero dejará de serlo cuando el vendedor acredite que, contando con la información correcta, el comprador habría adquirido la empresa (por el mismo o por otro precio), esto es, que el dolo era incidental; o que la imposibilidad de restituir los elementos de la empresa ha sido estratégicamente buscada por el comprador.

Para evitar repeticiones, explicaré después por qué, al hilo del análisis del segundo grupo de supuestos, mucho más frecuentes y para los que la medida discutida (P-VR) reporta más interés pues, en los presentes, de frustración de una expectativa particular del comprador, es probable que la carencia de la característica esperada del activo no afecte al valor objetivo de la empresa sino solo al valor subjetivo, esto es, que no coincida con la frustración experimentada por el comprador.

Morales Moreno, para quien el dolo invalidante ha de ser grave, excluyendo el calificativo la relevancia anulatoria de las expectativas caprichosas o poco acordes con los criterios ordinarios del tráfico (*Vid. su Comentario de los arts. 1269-1270 del CC, EDERSA p. 401*).

²⁶ La independencia de la pretensión de indemnización de la pretensión de nulidad del contrato está ya más que reconocida. Véase, por todas, la STS 18 de enero de 2007 (RJ 2007\529).

²⁷ *Vid. GÓMEZ CALLE, Los deberes... cit., pp. 38-40.*

2.2 Frustración de la expectativa habitual o usual en el tipo de compraventa en cuestión, aunque no recogida en los términos del contrato

El ámbito de máxima tensión entre los partidarios de absorber la expectativa del comprador en el contenido del contrato y los que abogan por los remedios precontractuales²⁸ se produce cuando se frustra una expectativa habitual o usual en el tipo de compraventa de que se trate, expectativa que, no obstante, no se ha recogido en una de las cláusulas del contrato.

Y son los casos más frecuentes en la práctica de los tribunales: los de facilitación por el vendedor de una información económico-financiera defectuosa o incompleta al tiempo de contratar que, de haber sido correcta, habría determinado un precio de venta más bajo o la cancelación de la operación.

Puesto que la restitución de las prestaciones recibidas no es, como ya avanzamos, una opción generalmente viable, el comprador defraudado alegará, por regla, que la información a la que no tuvo oportuno acceso revela que compró caro. Y pretenderá obtener el reintegro de ese exceso, algo que a todas luces parece legítimo.

El problema es cómo fundamentar esta legítima pretensión.

Centrado el conflicto en que la empresa no es tan solvente como el comprador razonablemente creía, intuitivamente buscaremos su solución en el régimen del saneamiento por defectos ocultos, particularmente en la *quantum minoris*.

Pero la práctica jurisprudencial, propia y foránea, nos enseña que su acceso es complejo²⁹.

Los principales obstáculos para aplicar los remedios propios del saneamiento son, en primer lugar, de carácter adjetivo. Nos referimos al brevísimo plazo de caducidad de 6 meses, computado desde la entrega de la empresa, que resulta letal para la mayoría de los compradores que constatarán el defecto de la información financiera cuando ya haya transcurrido el mismo.

En segundo lugar, los obstáculos son normativos, esto es, derivados del concepto de defecto o vicio plasmado en la ley. El defecto que activa el régimen del saneamiento es un vicio oculto de la cosa vendida que la haga desmerecer tanto como para legitimar la

²⁸ Básicamente indemnizatorios, accesibles si la generación o el mantenimiento de la expectativa errada del comprador es imputable al vendedor. Si se dieran los presupuestos de la acción, cabría también la anulación por dolo o error esencial que, además, concurriría con la pretensión de resolución; pero la impugnación del contrato y consecuente restitución de los elementos de la empresa no suele interesar al comprador.

²⁹ Un análisis actualizado de los numerosos obstáculos que presenta el ejercicio de las acciones edilicias en casos de compraventa de empresas puede verse en M. GIMENO RIBES, *La protección...* cit., pp. 66-95.

resolución del contrato (redhibitoria) o bien, parece que a elección del comprador, la reducción del precio (estimatoria)³⁰.

La norma no diferencia el defecto redhibitorio, que desde luego ha de ser esencial, del *meramente* relevante a efectos de determinar el precio de venta, que debería ser el exigido para accionar la estimatoria³¹.

Luego una interpretación literal del precepto bien puede excluir la relevancia a estos efectos de una contabilidad insuficiente o incorrecta de la empresa correspondiente a algún ejercicio pretérito. Y tradicionalmente se ha entendido así. El hecho de que una empresa generalmente se adquiera para obtener beneficios mediante el ejercicio de su tráfico no evidencia, por sí solo, que la situación financiera de la empresa presentada por el vendedor constituya una cualidad o condición del objeto de venta que, al resultar incorrecto, manifieste un «defecto esencial». Para entenderlo así se ha exigido que la menor solvencia económica de la empresa afectase la rentabilidad del negocio o su tráfico de forma seria y persistente, no meramente coyuntural³², y éstos son los casos menos frecuentes³³.

Se alega también, aunque a mi juicio es un obstáculo menor, que el concepto de «vicio» exige una comparación entre cosas de una misma clase que evidencie la carencia de una cualidad presupuesta en la cosa comprada (por ser común en el tráfico de ese tipo de bienes o porque así se haya pactado), comparación *imposible* allí donde no hay mercado, como es el caso de las empresas³⁴. El obstáculo es menor porque el hecho de que no haya un mercado líquido —el que se genera respecto de productos homogéneos— que permita la formación de «buenos» precios no quiere decir que no haya mercado, esto es, que no haya competidores cuya disposición a pagar permita determinar qué se considera habitualmente relevante en las empresas del tipo de la vendida.

Puesto que es una cuestión de interpretación normativa puede, como veremos que en gran medida se ha hecho, superarse; pero el

³⁰ L. Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho Patrimonial IV, Particulares relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid (2010), pp. 137, 138-9.

³¹ Nuestra doctrina se ha preocupado por imponer la interpretación que corrige el primer e indeseable resultado —que un defecto incidental de acceso a la redhibitoria— [así, J. R. VERDA Y BEAMONTE, «La falta de armonía entre la tipificación del vicio redhibitorio y los remedios jurídicos con que cuenta el comprador de una cosa defectuosa», 55 *ADC* (2002), pp. 641 ss. aquí, 645-657]; pero la segunda derivada de esta correcta interpretación —que basta un defecto incidental para abrir la estimatoria— no está suficientemente consolidada.

³² *Vid.* la doctrina y jurisprudencia citada por KERSTING, en 14 *JZ* (2008), nota 9; y más detallado, U. HUBER, «Die Praxis des Unternehmenskaufs im System des Kaufrechts» 202 *AcP* (2002), pp. 179-242, en p. 188.

³³ O, claro está, que la corrección de la información financiera se hubiese garantizado por pacto, en cuyo caso el comprador exigiría el pago de la diferencia entre lo presentado y lo descubierto, esto es, que se cumpla lo garantizado, y no la (mera) rebaja del precio.

³⁴ HUBER, 202 *AcP* (2002), pp. 212-213.

riesgo de interpretaciones restrictivas sigue vigente mientras no se modifique la regulación, además de ser esta modificación normativa la única vía de superación del obstáculo más relevante en la práctica: el plazo.

Lo cierto es que tanto la interpretación clásica como el plazo de caducidad remitieron la solución de los conflictos entre compradores y vendedores de empresas al ámbito de la responsabilidad precontractual. En Alemania, a la doctrina de la *culpa in contrahendo* (cic a partir de ahora).

Planteado el conflicto bajo este prisma, la solución ofrecida al comprador que descubre que la información facilitada por el vendedor es falsa o incompleta es la compensación por la frustración de la confianza depositada en la veracidad de los datos.

Una indemnización, por tanto, en la medida de su interés de confianza o negativo, esto es, de su interés en no haber celebrado el contrato vigente, que obliga a la nada fácil reconstrucción de la situación *ex-ante*.

Porque puede ser que, de haber contado con la información pertinente, nuestro comprador no hubiese contratado. Si acompaña esta alegación con la correspondiente impugnación del contrato, obviamente allí donde la anulación del contrato sea posible, por tratarse de un dolo o error esencial, la indemnización no planteará especiales problemas de delimitación, pues es pacífico que se compondrá con los gastos de la contratación y, de haberlos, con los *consequential damages*.

Lo discutido, pero admitido por la jurisprudencia alemana y parte de la doctrina, es que estando vedada la impugnación del contrato (porque caducó la acción o no se dan los presupuestos normativos del error) u optando el comprador por la confirmación del contrato, pueda, no obstante, alegar que se ha lesionado su libertad de contratación y valorar este daño conforme al equivalente económico de la restitución (P-VR).

Lo hará, claro, el comprador que adquiriera con prima, porque el que comprase conforme al valor objetivo de la empresa o con descuento no obtendrá nada aplicando este diferencial.

Y parece una pretensión perfectamente admisible, porque el defecto en la información fácilmente puede manifestarse cuando haya transcurrido el plazo de impugnación o, revelándose antes, cuando ya no sea posible o exigible al comprador la restitución de los elementos de la empresa. No sería incoherente entonces que el comprador mantuviera el contrato y pretendiera liquidar el daño que su celebración le ha ocasionado, equivalente a la prima o exceso de precio, además de

otros posibles daños consecutivos. Justificadamente podrá alegar que el contrato le ha ocasionado un daño de la medida señalada.

Pero no es más que una presunción, como tal rebatible por el vendedor que pruebe cualquiera de los siguientes extremos:

El primero, que el comprador, de no haber sufrido un vicio, esto es, de contar con la información correcta, habría seguido adelante con el negocio y adquirido la empresa³⁵. Revelaría así que el defecto de información es incidental en tanto que no determinó su decisión de contratar y que, por tanto, la medida pretendida es excesiva porque lo procedente es rebajar la prima cobrada por el vendedor, pero no suprimirla.

Y puede también rebatir la presunción de que la pérdida asciende al diferencial pretendido por el comprador demostrando que la inviabilidad de la restitución obedece a una estrategia oportunista de éste, que advirtió el defecto a tiempo para anular el contrato y restituir los elementos de la empresa sin coste excesivo, esto es, a tiempo de volver a la situación preexistente al contrato; pero prefirió no hacerlo, integrar la empresa en su negocio y recuperar ahora, vía indemnizatoria, la prima pagada. Puede ejercitar, en definitiva, la *exceptio doli*. Demostraría así que fue el comprador quien generó lo que ahora reclama como daño, porque él habría aceptado la restitución, pero nunca le habría vendido la empresa sin prima. El daño, de nuevo, es menor que (P-VR), pero de nada fácil estimación pues tendría que reflejar la rebaja de la prima que, habida cuenta del defecto, el vendedor habría aceptado³⁶.

Esta rebaja del precio puede, claro, solicitarse directamente. Lo harán los compradores con prima cuyo vicio sea claramente incidental, ahorrándose así la discusión intermedia que generaría la reclamación de la liquidación del contrato como daño. Pero también los que compraron por el valor objetivo de la empresa o con descuento, que no han sufrido un daño en sentido estricto pero sí han visto alterada la paridad conforme a la que contrataron, porque la revelación del defecto evidencia que la ventaja comercial que creyeron tener no es tal.

Pero del «no habría pagado tanto» a la determinación de cuál es el exceso, hay un salto. Y que el vendedor habría aceptado esa rebaja, si no hay indicios que así lo corroboren, es pura hipótesis³⁷. Pero los Tribunales alemanes admiten estas pretensiones³⁸.

³⁵ Así, F. PANTALEÓN, 64 ADC (2011), pp. 922-923.

³⁶ Como mínimo tendría que absorber los *consequential losses* derivados de la restitución.

³⁷ Sí es razonable presumir que el comprador bien informado no habría aceptado el precio finalmente acordado. Así, C. W. CANARIS, «Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens und ihre Grundlage, FS Walther Hadding, Berlin, De Gruyter (2004), pp. 3-24.

³⁸ Véase de nuevo el ejemplo de la nota 3.

Un importante sector doctrinal entiende que el salto es inadmisibles. Que lo único acreditado es que *ese* contrato no se habría celebrado, no *cuál* habría ocupado su lugar; de manera que el interés negativo sólo ampara la primera pretensión (liquidación del contrato como daño)³⁹.

La principal crítica es la vulneración de la voluntad del vendedor, al que se impone un contrato que no hay indicios que hubiera aceptado. Y aunque son unos cuantos los que entienden que si el comportamiento del vendedor fue doloso la imposición estaría justificada, bien como sanción, bien como prevención de comportamientos dolosos, que proliferarían si el vendedor tiene la seguridad de que el contrato sólo se mantendrá en los términos pactados⁴⁰, casi ninguno admite esta solución en los casos, mucho más frecuentes, de inducción negligente al error⁴¹.

También se discute si la medida responde al interés negativo o más bien al *expectation interest* del comprador, pues descontar la expectativa esperada y frustrada es económicamente equivalente a pagar su valor; y que ésta medida es propia de un remedio contractual⁴². Pero la crítica no es acertada puesto que los momentos relevantes para la valoración de la expectativa difieren: si se tratase de un interés positivo tendría que valorarse la pérdida al tiempo de la reclamación, y lo que se pide es descontar del precio el valor que tenía al tiempo de contratar, luego adecuar el precio a lo recibido.

Pero el principal obstáculo es de prueba. El exceso de precio que el comprador alega haber pagado o se concreta en su alcance y en la verosimilitud de su aceptación por la contraparte o es puramente especulativo. Para presentarlo desprovisto de subjetividad, esto es, de acuerdo con los cánones objetivos de valoración de la indemnización, la mayoría defiende que la medida de la rebaja sea la diferencia entre el precio de venta y el valor real (pericial) de la empresa (P-VR, esto es, la medida de los *out-of-pocket losses*), llegando por tanto al mismo resultado de la primera alternativa para extenderlo, improcedentemente, a los casos en que el defecto de

³⁹ H. HONSELL, «Negatives oder positives Interesse wegen Verletzung der Aufklärungspflicht bei culpa in contrahendo und Delikt», *FS Dieter Medicus*, Colonia (2009), pp. 181 ss.; KERSTING, *14 JZ* (2008), pp. 719-720

⁴⁰ P. MOTA PINTO, *Interesse...* cit., p. 1.430-1.431. No creo necesario insistir en que la naturaleza meramente compensadora de la pretensión resarcitoria rechaza ambas justificaciones.

⁴¹ Porque alegar que alguna indemnización hay que dar y que ésta, pese a sus defectos, es la mejor medida no resulta convincente. No obstante, *vid.* P. MOTA PINTO, *Interesse...* p. 1431.

⁴² HONSELL, *FS Dieter Medicus* (2009), p. 11-12 de la versión en la web (www.honsell.at/Publikationen/FS%20Medicus.pdf).

información es meramente incidental; y para dejar, precedentemente, a los compradores con descuento sin indemnización⁴³.

No es la solución óptima, porque el diferencial no evidencia la incidencia que el defecto de información ha tenido en la contratación. Para los compradores con prima que sufren defectos de información incidentales es claramente sobrecompensador; y los que compraron con descuento pierden el margen de beneficio en favor del vendedor.

Para evitar ambos resultados se ha sugerido aplicar analógicamente la *quanti minoris*⁴⁴, sugerencia rápidamente rechazada en los casos de compras con descuento o por el valor objetivo porque, por hipótesis, no se está ejercitando un remedio contractual y porque la indemnización en la medida del interés negativo no puede posicionar al contratante mejor que si no hubiera contratado⁴⁵.

La referencia a la estimatoria se comprende mejor en el caso de compras por encima del valor de mercado afectadas por un vicio o defecto de información incidental, porque aquí sí se ha producido un daño que sería conveniente concretar al máximo.

Observamos, en definitiva, cómo los remedios precontractuales (la *cic*) se han utilizado para eludir la dificultad de acceso al saneamiento y llegar, *praeter legem*, a similares resultados.

Cuando lo cierto es que la dificultad de acceso al saneamiento se ha suavizado, normativamente, allí donde el legislador ha adecuado la norma a los principios de armonización europea (Alemania, 1.1.2002)⁴⁶; o, en nuestro caso, doctrinal y jurisprudencial-

⁴³ Algún autor (P. MOTA PINTO, *Interesse...*, cit. pp. 1444-5) defiende un cálculo estrictamente subjetivo de la rebaja, atendiendo exclusivamente a la curva de utilidad del comprador, luego necesariamente arbitrario. Cita como único apoyo un comentario de Von Thur al hilo de un supuesto de dolo (en nota 4135). Contrario, en cambio, a una valoración puramente subjetiva de la rebaja en casos de dolo incidental se muestra MORALES MORENO, en los *Comentarios...*, EDERSA, p. 415.

⁴⁴ En Alemania, antes de la reforma del BGB, H. STOLL, en «Haftungsfolgen fehlerhafter Erklärungen beim Vertragsschluss» *FS Riesenfeld*, Heidelberg, C. F. Müller (1983), pp. 275-299, pp. 284 ss.; o C.-H. CANARIS, «Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung», 200 *AcP* (2000), pp. 316-318, entre otros muchos. Entre nosotros, A. M. MORALES MORENO, que reconoce que practicar una reducción del precio a través de la pretensión indemnizatoria puede suscitar reparos dogmáticos, pero entiende que el problema a resolver es el alcance que haya de darse a la indemnización prevista en el artículo 1270.II CC. Puesto que de acuerdo con sus antecedentes ha de cubrir la «enmienda del engaño», procederá un ajuste del precio de acuerdo con lo que, según el contrato, se habría estipulado de no mediar dolo. Sólo cuando el contrato no ofrezca elementos interpretativos suficientes para realizar este ajuste podrá, entiendo, acudir al mercado. En los *Comentarios...*, cit. de EDERSA pp. 413-415.

Quizá sea ésta también la idea que subyace en la limitación que establecen los PECL y el DCFR a la indemnización que puede solicitar quien sufre defectos de información imputables al otro contratante, concretada *al perjuicio causado por* el dolo o el error. (art. 4:117.2 PECL; art. II. 7:214.3 DCFR).

⁴⁵ H. C. GRIGOLEIT, *Vorvertragliche Informationshaftung. Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*, München, Beck (1997), p. 194.

⁴⁶ Y los plazos, de 6 meses a 2 años, como el resto de los remedios contractuales. En la Propuesta de modernización del Código Civil se mantiene, en cambio, un brevísimo

mente, a la espera de la aprobación de la Propuesta de modernización del Código Civil, mediante la incorporación *de facto* del principio de conformidad con el contrato⁴⁷.

Por ser pioneros en la adaptación normativa y en el análisis de sus consecuencias para el caso de compraventa de empresas, conviene analizar lo ocurrido en Alemania.

La reforma del BGB tuvo especial cuidado en dar acceso al saneamiento a las compraventas de empresas (como *sonstige Gegenstände* en el § 453.1 BGB que remite al § 433.1, regulador de la obligación del vendedor de entregar una «cosa» –empresa– sin defectos, y que amplía el concepto de «defecto» a la carencia de una cualidad convenida o usual; o necesaria para que la empresa sea idónea para el fin presupuesto en el contrato o habitual en empresas del mismo tipo y que el comprador, por tanto, puede esperar)⁴⁸.

El concepto de defecto se extiende más allá, pues, del *sachliche Substrat*, absorbiendo otros factores inmateriales relevantes para el tráfico de la empresa; y la comparación del objeto vendido con otros no requiere, claro, que sean homogéneos, basta con que sean del mismo tipo, es decir, con fijarse en la competencia.

Luego ahora, tras la reforma, son muchos, quizá la mayoría, los que entienden que las reglas sobre el saneamiento absorben los casos conflictivos de compraventa de empresas. Que la situación financiera de la misma puede considerarse una cualidad o condición de la empresa que, de ser incorrecta, constituye un defecto; y que la jurisprudencia anterior a la reforma que mantenía lo contrario ya no se sostiene⁴⁹.

plazo de 6 meses computado, para colmo de males, desde la entrega de la prestación (*vid.* art. 1197.3).

⁴⁷ Sobre este cambio de paradigma es imprescindible A. M. MORALES MORENO, últimamente en *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Civitas, Madrid (2006); F. PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», 46 *ADC* (1993), pp. 1719-1746 y N. FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del Ordenamiento español)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid (1996).

⁴⁸ Parece que estamos leyendo a MORALES MORENO (en el *Comentario del CC* del M.º de Justicia, p. 956, por ejemplo) o a DíEZ PICAZO (*Fundamentos...* IV, p. 137) cuando definen «vicio» como la carencia de una cualidad presupuesta, por pacto o por ser habitual en el tráfico de bienes del mismo tipo, que se manifiesta en un menor valor de la cosa.

⁴⁹ B. GAUL, «Schuldrechtsmodernisierung und unternehmenskauf» 166 *ZHR* (2002), pp. 35-71, 40-43 ss; MERTENS, «Culpa in contrahendo beim zustande gekommenen Kaufvertrag nach der Schuldreform» 203 *AcP* (2003), pp. 818-854; C. H. BERGER, «Der Beschaffenheitsbegriff des § 434.I BGB», 59-6 *JZ* (2004) pp. 276-283, 282; THEISEN, «Rechtsfolgen eines Schadensersatzanspruchs aus culpa in contrahendo» 43 *NJW* (2006), 3102-3105; C.-H. CANARIS, § 8, «Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs», *Handelsrecht*, München, C. H. BECK (2006), pp. 141-159, Rn 42; o *MünchKomm/Westermann* § 453, Rn. 25 ss.; También son de esta opinión, y confirman que es la mayoritaria, KLEINHENZ H. M./JUNK, O. «Die Haftung des Verkäufers für Falschaufgaben beim

Y consideran correcta esta solución fundamentalmente por razones sistemáticas, pues evita reenvíos a otros institutos con el consiguiente riesgo de oportunismo; pero también porque solventa los casos de defectos relevantes no imputables al vendedor por no haberlos podido detectar, permitiéndole al comprador instar la reducción del precio y mantener la paridad pactada⁵⁰.

Pero también hay voces discrepantes que defienden la vigencia de la antigua jurisprudencia aún bajo el imperio de la nueva normativa. Que rechazan la solución contractual y prefieren que se proteja el interés del comprador vía *cic*, a menos, claro, que se haya protegido a sí mismo pactando una garantía⁵¹. Se apoyan en que esta fundamentación responde mejor a la *praxis* —como no podía ser de otra forma, pues está importada de Norteamérica, luego sigue su sistema—; y en un argumento poderoso: en que esta solución evita que se expanda en exceso la órbita del contrato incluyendo por defecto una garantía sobre la información financiera⁵².

Consecuentemente minimizan los inconvenientes antes relatados de la vía precontractual, y omiten que cuando el diferencial (P-VR) sea excesivo la rebaja debe tender a la que la *quanti minoris* operaría⁵³; y que la vía propuesta no soluciona adecuadamente el desequilibrio contractual que sufre quien compra con descuento.

Y es que la correcta solución de ambos casos no pasa por la perversión del remedio indemnizatorio extracontractual ni, tampoco, por la necesaria absorción de la expectativa del comprador en el contrato.

El argumento de fuerza de la tesis contraria a la solución contractual de estos casos «grises» es muy difícil de superar porque, abierto el acceso al saneamiento, por entender incluida en el contrato la expectativa del comprador es, como apuntamos, prácticamente imposible limitar su defensa a la pretensión de reducción del precio: le daremos también acceso a la indemnización en la medida de dicha expectativa que, siempre que el defecto de información sea imputable al vendedor, como por regla será el caso, preferirá,

Unternehmenskauf», 9 *JuS* (2009), p. 788, notas 6 y 7; y HOLTZAPFEL, H.-J./PÖLLATZ, R., *Unternehmenskauf in Recht und Praxis*, Köln, RWS (2010).

⁵⁰ Estos casos, de error común ya están resueltos en los textos armonizados dándoles acceso a la pretensión de adaptación del contrato.

⁵¹ U. HUBER 202 *AcP* (2002), pp. 223; WEITNAUER, 35 *NJW* (2002), p. 2514, KERTING, *JZ* (2008), p. 715, nota 9, que cita resoluciones judiciales en línea con la jurisprudencia anterior, como la sentencia del OLG Hamburg *NJW-RR* 2003.

⁵² Este riesgo fue advertido por C.H. CANARIS, en «Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf», *ZGR*, 11-3 (1982), 395-434. Y se destaca repetidamente en HUBER 202 *AcP* (2002), pp. 192, 223.

⁵³ Porque se habría celebrado el contrato aún con la información correcta o porque el comprador confirmó un contrato que le reportaba utilidad. *Vid.* los supuestos en el texto correspondiente a la nota 35.

pues le permitirá obtener el daño que los descubiertos del balance le haya ocasionado, independientemente de que reflejen un menor valor de la empresa y pese a no haberse garantizado⁵⁴.

Es un resultado excesivo, pues resta valor a las garantías⁵⁵ y probablemente incrementa el uso de *disclaimers* que, por la desconfianza que generan, intuyo que serán económicamente menos eficientes.

Y es, desde luego, un resultado inadmisibles para el sistema del *common law* con el que pretendemos armonizar resultados.

Tampoco gusta a los partidarios de la absorción de estos casos por el contrato, pero las soluciones que proponen para evitar este exceso no parecen muy convincentes. Insisten en aclarar que el agujero patrimonial que posteriormente se revele no podrá ser reclamado por el comprador mediante una pretensión de cumplimiento porque las partidas contables (cifra de negocio, ingresos, etc.) reflejan una situación pretérita que no puede recomponerse⁵⁶; pero no mencionan la pretensión indemnizatoria (*statt der Leistung*, en la medida del interés de cumplimiento) a la que accede el comprador de considerarse que la información financiera conforma la *Beschaffenheit des Unternehmens* y que bien puede absorber el citado desfase porque, por ejemplo, las obligaciones no contabilizadas se traduzcan en daño efectivo al tener el comprador que pagarlas o garantizarlas.

Como suele suceder, *la mejor solución es la intermedia, que supone mantener la vía contractual cuando la información financiera facilitada por el vendedor haya sido crucial para la determinación del precio, aunque este carácter esencial no se haya traducido en una garantía explícita. Si los hechos demuestran que fue un claro presupuesto negocial debe protegerse la expectativa del comprador con los remedios contractuales al uso*⁵⁷.

Y puede presumirse que lo fue, porque lo es en la inmensa mayoría de los casos. El tráfico demuestra que el valor de la empresa suele determinarse con la información contable/financiera en la mano, y condicionarse el precio definitivo a los resultados de las sucesivas auditorías para verificar las cuentas⁵⁸.

⁵⁴ Sobre las garantías trataremos en el apartado 2.3.

⁵⁵ Aunque seguirían siendo útiles para reclamar el descubierto aún cuando no se hayan concretado en un daño efectivo o para cubrir casos residuales de defectos de información no imputables al vendedor o concretar posibles usos alternativos de la empresa o sus elementos

⁵⁶ CANARIS, *Handelsrecht*, Rn. 31. También alarmado por la posible concesión al comprador de la *Naturalherstellung* se manifiesta G. H. WÄCHTER, «Schadensrechtliche Probleme beim Unternehmenskauf: Naturalherstellung und Bilanzgarantien» 18 *NJW* (2013), pp. 1270-6.

⁵⁷ GAUL, 166 *ZHR* (2002) pp. 46-47; *MünchKomm/Westermann*, § 453, Rn. 33

⁵⁸ Hay también compradores que no revisan las cuentas ni condicionan el precio al resultado de la auditoría, pero igualmente demuestran la relevancia de la información con-

De ser así, puede plantearse un conflicto (por acumulación) entre los remedios contractuales y los de validez o precontractuales, pero su solución la estudiaremos después⁵⁹.

Pero si nuestro caso es otro, *porque se demostrase que las declaraciones financieras incorrectas tuvieron una relevancia circunstancial*⁶⁰, *no podrá sostenerse que constituyan un presupuesto de ese contrato, luego ese defecto de información del comprador no generará un incumplimiento contractual*⁶¹.

Estaremos ante un vicio incidental imputable al vendedor quien, sin duda, lo habrá rentabilizado apropiándose de una ventaja negocial que, en los casos de compra con prima, se habrá traducido en un daño de difícil liquidación conforme a los parámetros habituales del remedio indemnizatorio.

table incluyendo en el contrato una garantía de corrección del balance. *Vid.* STS de 3 de septiembre de 2010 (RJ 2010\6950), comentada por M. A. Gili Saldaña en 86, *CCJC* (2011), ref. 2288.

⁵⁹ Lo analizaremos en el apartado 2.3.

⁶⁰ Porque, por ejemplo, el interés principal del comprador fuera eliminar un competidor y evitar, de paso, que lo absorba otro.

⁶¹ Obviar este grupo de casos es, quizá, la mayor crítica que merece el sistema de protección del comprador de empresas propuesto por M. GIMENO RIBES (en *La protección...* cit.). El autor concluye que el comprador que no se ha protegido con un término contractual no tendrá acceso a los remedios frente el incumplimiento ni, por regla, tampoco a los del saneamiento. Pero que el sistema le protege otorgándole una pretensión indemnizatoria *ex cic* de naturaleza contractual, luego capaz de absorber todo su *expectation interest* (pp. 108-109; 120-121).

Que la *cic* tenga naturaleza contractual es una tesis muy minoritaria (como reconoce el propio autor, pp. 126-7) que no merece ser compartida. La responsabilidad por defectos de información en la fase de negociación del contrato es, por regla, extracontractual (por todos, C. I. ASUA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo...*, cit. pp. 270 ss.). Sólo muta de carácter cuando dicha información defectuosa afecte a los presupuestos objetivos o negociados del contrato y, entonces, debe protegerse al afectado con todos los remedios contractuales al uso. Entre ellos, la indemnización correspondiente al beneficio que, de haber sido correcta y/o completa la información facilitada al contratar el cumplimiento del contrato habría reportado.

El problema es que no toda información relevante para el comprador afecta a los presupuestos del contrato, por defectuosa que sea y por imputable que sea el defecto al vendedor; y que no siempre constituirá un presupuesto de un particular contrato el que habitualmente lo sea en los (demás) contratos del mismo tipo.

Por eso hemos tratado de deslindar el análisis según la expectativa del comprador constituya o no un presupuesto habitual del contrato. En el primer grupo de casos vimos como sólo podremos incluir esta particular expectativa en el ámbito de protección del contrato cuando pueda acreditarse un comportamiento doloso, necesariamente activo, del vendedor: que mintió siendo consciente de la importancia que la información tenía para el comprador.

Cuando la información afecta a un presupuesto habitual del contrato, como es el caso que ahora nos ocupa, podrá presumirse que el contrato protege la expectativa del comprador. Pero no es más que una presunción. Si las circunstancias del caso particularmente considerado demostrasen que no fue así, la protección que, de momento, ofrece el sistema normativo es extracontractual: la indemnización *ex* artículo 1902 CC.

Puede, con todo, intentar reconducir su expectativa al contrato, alegando que conformaba un presupuesto implícito en la negociación. Pero sólo triunfará si logra demostrar que el comportamiento del vendedor fue *activamente* doloso: porque premeditadamente facilitó información falsa u omitió la solicitada, mintiendo por tanto, conscientemente, sobre la veracidad o complitud de la información facilitada. Pero, en contra de lo afirmado por Gimeno Ribes (en pp. 95, 133), será muy excepcional que esta pretensión triunfe.

La mejor solución es, por tanto, precontractual, y consiste en la adaptación del contrato. Para poder demandarla tendrían que ampliarse los supuestos contemplados en las normas reguladores de esta pretensión para acoger al contratante que sufre defectos de información imputables a la otra parte⁶². Alternativamente, podría ampliarse el ámbito de aplicación del vigente artículo 1270.II CC para que opere también en casos de error incidental⁶³.

Se propone pues escalonar el acceso a los distintos remedios de acuerdo con la relevancia del interés protegido, y de incentivar la comunicación entre las partes.

Así ordenados, la acción de adaptación del contrato, en estos casos mediante la reducción del precio, ocuparía el punto medio del intervalo solucionando de forma equilibrada los intereses de ambos contratantes al aproximarse con verosimilitud al precio que el comprador habría pagado.

De hecho es como habitualmente solucionan el conflicto los contratantes que se lo plantean a tiempo: pactan la forma de ajustar equilibradamente el precio en caso de manifestarse inexactitudes en la información relevante.

Positivizar el acceso a este remedio de todo comprador que sufra un vicio de consentimiento imputable al vendedor no es más (ni menos) que sancionar como *default rule* lo que la práctica ha consolidado como la mejor solución del conflicto.

Y para que la solución fuera óptima, debería aprovecharse el cambio para garantizar que su régimen jurídico es el adecuado, corrigiéndose los errores que advertimos en la Propuesta de modernización del Código Civil al regular el remedio contractual de reducción del precio.

⁶² Son los artículos 4:105(3) PECL y II.-7:203(3) DCFR, relativos al error común; y el artículo 1301 Propuesta modernización CC, sobre contratos abusivos. Partidarios también de la extensión del remedio de la adaptación del contrato a los casos en que la responsabilidad precontractual se proyecta sobre el contrato desventajoso se manifiesta M. P. GARCÍA RUBIO, en «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos», 63-4, *ADC* (2010), p. 1641; y F. PANTALEÓN PRIETO, en 64-3 *ADC* (2011), nota 27.

⁶³ Dice el artículo 1270.II CC: «*el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios*». Habla de indemnización, pero no lo es, porque para calcularla deberíamos atender a un *modelo equitativo de intercambio* que, como denuncia el Profesor Díez Picazo [en «Notas sobre la indemnización por dolo incidental», 62 *ADC* (2009), p. 1054], no existe. Se trata más bien de una *Vertragsanpassung*, de una adaptación equitativa del contrato que opera de forma muy parecida a la *quantum minoris*, especialmente en casos como los que nos ocupan en los que propiamente no hay un mercado líquido de referencia y hay que calcular la menor funcionalidad del bien para el comprador. Pero no siempre será así, pudiéndose distanciar los resultados de aplicar una *quantum minoris*, que se limita a reducir el precio en la medida en que el bien sea objetivamente menos valioso; de los derivados de la adaptación equitativa del contrato.

Por desgracia, la Propuesta de modernización del CC sigue hablando de *indemnización*, y circunscribiéndola al dolo (art. 1300).

Debe asignársele un plazo de prescripción razonable, por su duración y cómputo⁶⁴; y debe corregirse el parámetro (valor de la empresa al tiempo del vencimiento) al que la Propuesta, siguiendo los dictados de los textos armonizados, atiende para calcular el descuento⁶⁵.

Tal y como se ha defendido, la función específica de la pretensión de adaptación del contrato, igual que la de la *quanti minoris*, exige atender al momento de su celebración para descontar la expectativa errada del comprador.

Difiere, por tanto, del objetivo de los (demás) remedios contractuales, que pretenden la reconstrucción de la situación en que se encontraría el comprador de haberse satisfecho su interés de cumplimiento. La situación relevante para reequilibrar las prestaciones pactadas es, por el contrario, la preexistente al tiempo de contratar.

Y para esta adaptación no contamos con un mercado líquido de referencia, porque si no hay un mercado de empresas «sin defecto», aún menos para determinar el precio de una empresa «defectuosa». El descuento sólo puede determinarlo un perito, que concrete la incidencia de la circunstancia sobre la que recae el error en la funcionalidad objetiva de la empresa, si el remedio es contractual; o en la funcionalidad concretamente esperada por el comprador, si se trata de adaptar el contrato; y disminuya el precio en la misma proporción⁶⁶.

⁶⁴ Ya hemos criticado la persistencia de la Propuesta de modernización del Código Civil en mantener el plazo de 6 meses de caducidad (art. 1197.3). Que se comprende aún menos a la vista de la propuesta de Código mercantil de 2013 de la misma Comisión, aunque de la sección mercantil, que flexibiliza, aunque de forma un tanto tortuosa, el plazo para pretender la reducción del precio de venta. Dice esta propuesta que los remedios contractuales están sometidos a un plazo general de prescripción de 3 años (art. 712-1), pero para ejercer los que interesan en caso de disconformidad del bien el comprador ha de examinar los bienes en los cinco días siguientes a la entrega (art. 511-11) y comunicarle al vendedor la existencia de defecto en un plazo de 5 días desde que el comprador la o no pueda ignorarla, o de 15 si consiste en pretensiones o derechos de terceros (art. 511-12). Si no se efectúa esta comunicación no podrá ya exigírsele al vendedor que cumpla ni resolver el contrato pero, si el comprador justifica razonablemente esta omisión y comunica la disconformidad dentro del año (dos, si se trata de pretensiones de terceros) desde que tomó posesión de los bienes, podrá exigir una reducción del precio y/o la indemnización de los daños sufridos, excluidos lucros cesantes. Este último plazo de uno/dos años se computará desde que comprador sepa o no pueda ignorar la disconformidad si el vendedor la conocía o no podía ignorarla y se lo ocultó al comprador (511-20).

⁶⁵ A. M. MORALES MORENO explica muy bien que el saneamiento se dirige a satisfacer el interés negativo del acreedor, mientras que los remedios articulados en la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías (CISG) y, por su influencia, en los PECL, en el DCFR y Propuesta de modernización del Código Civil miran todos (también la acción de reducción del precio) al interés de cumplimiento. «Tres modelos de vinculación del vendedor», *ADC* (2012), pp. 16, 18.

⁶⁶ Sobre el cálculo de la *quanti minoris*, vid. A. FERRANTE, «Nuevas tendencias en la cuantificación de la reducción del precio», *InDret* 4/2011, pp. 46-48, 56. Como adverti-

Se trata, por tanto, de un remedio que aunque conceptualmente es fácil de diferenciar del indemnizatorio, en su aplicación práctica frecuentemente se confunde.

La pretensión indemnizatoria contractual trata de valorar el daño que el perfecto cumplimiento del contrato (la entrega de la empresa esperada) habría evitado, para lo que resulta imprescindible atender a la fluctuación posterior del valor de la empresa y de sus elementos, estimados con cuidada atención al mercado.

Este devenir del mercado es, en cambio, irrelevante para el cálculo del descuento, simplificando en gran medida la pretensión de reducción del precio. Se trata de ajustar las prestaciones, manteniendo la paridad pactada, cuando el comprador decide conformarse con la prestación entregada.

Adaptación que procede siempre que lo entregado adolezca de un defecto relevante para la determinación del valor de la empresa, aunque no necesariamente esencial⁶⁷; e independientemente de su reconocibilidad por el vendedor, luego tanto si el defecto de información le es imputable –en cuyo caso no podrá oponerse a la pretensión de descuento del comprador– como si no, tratándose entonces de un error común.

Este deslinde dota de especificidad e interés a ambos remedios, articulando una mejor respuesta ante la frustración del acreedor.

La pretensión resarcitoria seguirá interesando al comprador cuando refleje un mayor diferencial que pueda acreditarse, o pretenda el comprador asegurarse particulares utilidades o cualidades de la empresa comunicándoselo oportunamente (al tiempo de contratar –1107.1 CC–) al vendedor.

Y la reducción del precio preservará el equilibrio pactado adaptando el contrato a la realidad desvelada. Manteniendo, en definitiva, el valor de ley *interpartes* del contrato.

Ambos remedios son, además, perfectamente acumulables, siempre que no se pretenda como daño el menor valor de la empresa⁶⁸.

mos en la nota 64, la diferencia en la cuantificación de uno y otro remedio son de matiz, luego los resultados serán tendencialmente los mismos.

⁶⁷ El defecto que permite demandar la reducción del precio tiene que tener incidencia en el proceso de determinación de éste, no pueden ser una bagatela. Pero no tiene por qué ser de una importancia tal que permitiera la resolución del contrato o su nulidad, como el tenor del artículo 1486 CC induce a pensar. El propuesto artículo 1197 del futuro CC parece entenderlo así, abriendo la pretensión siempre que lo entregado no sea conforme al contrato, pero limita su ámbito a los casos en que la expectativa del comprador esté contractualmente protegida, excluyendo muchos de los supuestos aquí discutidos.

⁶⁸ STS 25 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6444), comentada por A. L. CABEZUELO ARENAS, 66 *CCJC* (2004), ref. 1759, admite compatibilidad de remedios pese tenor literal del artículo 1488 CC.

2.3 Frustración de la expectativa claramente protegida por el contrato, bien porque se recoge en su clausulado o porque se comunicó al vendedor de forma que deba entenderse por él asumida

El último grupo de casos es el de las expectativas del comprador que han quedado garantizadas en los términos del contrato o han sido objeto de comunicación entre vendedor y comprador de manera que deban considerarse integradas en el contrato.

Es el supuesto de hecho del incumplimiento contractual, el ámbito de máxima protección para el comprador.

Tiene pues a su alcance el elenco de remedios previstos por la normativa frente al incumplimiento.

De ellos, el menos interesante es la resolución, por muy grave que sea el incumplimiento, por la impracticabilidad tantas veces advertida de la restitución⁶⁹.

La pretensión de cumplimiento puede ser útil cuando lo debido sea dinero, pero muy excepcionalmente prosperará cuando lo que se pretenda sea adecuar la empresa a lo que no es pero se esperaba que fuese, como ocurre con todos los bienes específicos.

Los remedios adecuados a la generalidad de los supuestos son, por tanto, los monetarios, de reequilibrio de las prestaciones pactadas o de compensación de la pérdida que la falta de conformidad de la empresa con la retratada en el contrato ocasione al comprador.

El primer remedio tiene por principal obstáculo su regulación actual, con un brevísimo plazo de caducidad de 6 meses y una liquidación que confunde la función del remedio con la pretensión indemnizatoria.

El segundo, la indemnización del *expectation interest*, pasa por la difícil prueba del daño, porque no todo desfase entre lo manifestado y lo real se traduce en una pérdida para el comprador, o de esa magnitud. El devenir del valor de los elementos integrantes de la empresa es relevante a efectos indemnizatorios y puede también jugar en contra de los intereses del comprador.

Para superar estos obstáculos son idóneos los pactos de garantía. Estas cláusulas definen el riesgo asumido por el vendedor en

⁶⁹ Aunque hay excepciones, como demuestra el caso resuelto en la STS de 10 de junio de 2010 (RJ 2010\2675). Se trataba de la venta de una naviera con un patrimonio contabilizado de aprox. 11 millones de euros que, en realidad, acumulaba pérdidas no computadas de entre 4 y 7 millones de euros. El juez estimó que el incumplimiento era esencial, pues se había entregado una empresa en quiebra técnica y obligó a la restitución del precio y de las acciones. La Audiencia estimó, en cambio, la nulidad por error, para operar el mismo resultado práctico que el comprador no protesta. El recurso de casación del vendedor, arguyendo que no puede anularse el contrato porque el comprador no puede restituir la empresa, ya jurídicamente quebrada, lógicamente se desestimó.

caso de manifestarse la contingencia prevista, luego permiten al comprador reclamar el cumplimiento de lo garantizado superando el inconveniente del exiguo plazo e independientemente de si la contingencia se ha traducido en un daño efectivo para el comprador⁷⁰.

La eficacia que las partes asignen a la garantía puede ser, obviamente, menor, conviniéndose garantías de indemnidad o de correcta valoración de la empresa. Las primeras requerirán para activarse que el defecto de información se traduzca en daño, lo que no siempre ocurre; las segundas, que evidencie un menor valor de la empresa, que tampoco tendrá que ser necesariamente el caso⁷¹.

Pero así delimitadas las garantías apenas añaden algo a lo que de por sí ofrecen al comprador los remedios monetarios.

Superan, ciertamente, el riesgo de que se considere que por su condición de experto el comprador no tiene derecho a la estimatoria, o que por haberse precedido la compra de un procedimiento de *due diligence* conocía (o debía de conocer) el defecto⁷². Del riesgo, en definitiva, de que se juzgue su error «no excusable» y no poder demandar así la protección de una confianza supuestamente frustrada.

Pero ese es un riesgo irrelevante para el comprador protegido por un pacto de garantía, ya que la aparición de la contingencia revela un indiscutible incumplimiento del vendedor. No comprendo, por tanto, el detenimiento con que nuestra doctrina especializada analiza los casos en que el comprador tiene la oportunidad de conocer la realidad de los hechos antes de cerrar la operación. Menos aún las soluciones que proponen. Entienden que corresponde al comprador, que conoce la realidad de la empresa antes de cerrar la venta, descontar la contingencia del precio y que sólo

⁷⁰ «Der Garantiesschuldner habe den Gläubiger so zu stellen als ob der garantierte Erfolg eingetreten oder der Schaden nicht entstanden wäre». Es el BGH, en sentencia publicada en *NJW-RR* 2001; y comentada por Wächter en 18 *NJW* (2013), p. 1272.

⁷¹ G. H. WÄCHTER [18 *NJW* (2013)] propone numerosos ejemplos en los que el defecto en el balance garantizado no afecta al valor de la empresa o no generan un daño al comprador, casos en los que, en su opinión, no debería obligarse al vendedor a recomponer la situación contable garantizada. Critica, por tanto, las decisiones de los tribunales alemanes que conceden al comprador el valor contabilizado de una máquina que resultó defectuosa, aun cuando esta falta de utilidad no devaluó la empresa; o el importe de un crédito litigioso que se computó como ingresado, cuando aún estaba en curso y se ignoraba el resultado del pleito (*vid.* notas 48-49). Y se comprende la crítica porque en todo momento habla del daño y su resarcimiento, y en esos casos no lo había o no en esa cuantía.

Pero no son esos los términos cuando hay una garantía de por medio, y así lo entendieron, con acierto, los tribunales criticados.

⁷² F. GÓMEZ POMAR, *InDret* 3/2007, pp. 36-38; M. A. GILI SALDAÑA, *InDret* 2/2010; P. VALÉS DUQUE, *La responsabilidad precontractual*, Madrid, Reus (2012) p. 85, siguiendo a A. CARRASCO PERERA, en *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Madrid (2010), p. 75.

excepcionalmente, cuando no pueda ya influir en el precio y así lo avalen las circunstancias del caso, podrá entenderse que el vendedor se comprometió a neutralizar la contingencia⁷³. Siguen considerando, por tanto, que la defensa del comprador se centra en la frustración de su confianza, diluyendo en gran medida la trascendencia de una cláusula que sin duda habrá costado incluir en el contrato.

Parece que los términos del debate han de ser otros, que el supuesto que contempla la doctrina dominante es, justamente, el excepcional, esto es, que una vez desvelada la contingencia los hechos demostrasen que el comprador ha renunciado a ejecutar la garantía aceptando, definitivamente y a la vista de todas las circunstancias, un precio final determinado. La regla general debe ser que si el vendedor mantiene la cláusula es porque asume el coste de neutralizar la contingencia⁷⁴.

Y es que un pacto de garantía debe añadir algo sustancial, como es obligar al garante a proporcionar al beneficiado el resultado prometido: que los apuntes contables son correctos (*ergo*, que subsanará las posibles desviaciones); o que los locales tienen licencia

⁷³ A. CARRASCO PERERA, «Representaciones y garantías», en *El Régimen jurídico de las adquisiciones de empresas*, Aranzadi (2001), pp. 332; GÓMEZ POMAR, *InDret* /2007, pp. 36-37; GILI SALDAÑA, Comentando la STS de 3 de septiembre de 2010, en *CCJC* (2011), pp. 1088-1089.

⁷⁴ Como por ejemplo ocurrió en el caso resuelto por la STS de 5 de enero de 2000 (RJ 2000/686). Se garantizó que «la empresa vendida no tenía suscrito contrato mercantil alguno de distribución, agencia, representación (...) ni adquirido compromiso alguno a largo plazo», y resultó que los tenía y en número tal que las indemnizaciones que tuvo que pagar la compradora para resolverlos excedían el precio de compra de la empresa. Pero dicho precio no estaba cerrado aún cuando la compradora empezó a contactar con los distribuidores y representantes cuyos contratos finiquitó. Se acordó *transaccionalmente (sic)* más tarde y a la vista del resultado de la auditoría y de las demás circunstancias concurrentes.

Pero en otras ocasiones parece que la Sala es partidaria de la eficacia propuesta por nuestra doctrina especializada. Así, en el caso de la STS 20 de noviembre 2008 (RJ 2009/283) se pactó una garantía de corrección del balance de la empresa adquirida, que resultó incorrecto como probablemente supiera la compradora, a la sazón el banco que llevaba años financiándole operaciones por valor de más de 5 millones de euros. El Tribunal no le da valor a la cláusula, pero lo cierto es que la parte tampoco solicitó la ejecución de la garantía. Alegó que el incumplimiento era esencial por entrega de una *aliud*, un exceso que el Tribunal rechaza.

En otras, criticadas por nuestra doctrina especializada, aunque *obiter dictum*, entiende el Supremo que los descubiertos contables son relevantes, al menos para reducir el precio de venta, a pesar de que la compra no fue precedida de una *due diligence*, no se condicionó el precio final a examen alguno y las partidas no contabilizadas inicialmente figurasen ya en el balance de situación presentado el día de la firma, intuimos, porque no lo dice, que debido a la inclusión de una cláusula de garantía de corrección de la información contable. STS de 3 de septiembre de 2010 (RJ 2010/6950) comentada por GILI SALDAÑA en *CCJC* (2011).

Finalmente, el Tribunal Supremo parece darme la razón, y estimar que un pacto de garantía está por encima del posible conocimiento de la contingencia por el comprador y que debe ejecutarse independientemente de éste. Es la STS de 8 de mayo de 2012 (RJ/6117).

(*ergo*, que costeará su obtención);⁷⁵ independientemente de que la empresa valga menos por el desfase o que dicha incorrección derive en daño para el comprador⁷⁶.

Esta debería ser su función en un sistema articulado de remedios contractuales como el que tenemos, más aún si se mejora en el sentido apuntado en este trabajo.

Luego han de ser caras y, por lógica, escasas.

En definitiva, constatamos que de acuerdo con nuestro sistema el comprador de una empresa puede protegerse convenientemente pactando o activando los remedios contractuales que el legislador le ofrece.

Es, para la inmensa mayoría de los supuestos, suficiente, de modo que, por regla, no debería permitirse a este comprador que puede defenderse con los remedios contractuales el acceso a los extracontractuales.

Ni a la acción de nulidad, aunque esta limitación no es previsible que la acoja el legislador, pues todos los textos normativos y armonizados admiten la opción;⁷⁷ ni a la pretensión indemnizatoria por culpa precontractual, por difícil que resulte probar el alcance del *expectation interest*⁷⁸.

⁷⁵ Es lo que tendría que haber solicitado *Samsonite*, compradora de *Industrias Tauro*, al Estado. Y la solución del caso habría sido más clara. Pero alegó incumplimiento, para solicitar una indemnización *ex* artículo 1101 CC y, subsidiariamente, vicios ocultos. Y el coste de adaptación del local a efectos de obtener la licencia de apertura que se garantizó que tenían los locales de la empresa fue resarcido en instancia y protestado en casación por el vendedor alegando la prescripción de la acción edilicia. El recurso fue desestimado por el Supremo afirmando que el caso describe un incumplimiento claro, sí, pero también el dolo incidental del vendedor (j) porque «ocultó *deliberadamente* la denegación de la licencia (por el Ayuntamiento), cuando tenía medios para tener cabal noticia de ello, y ofreció unas garantías y seguridades que por su inexistencia maliciosamente resultaron sustraídas (al comprador)...» luego entiende que la maniobra dolosa consistió en incluir una garantía de algo que no era correcto, cuando lo cierto es que con ella se obliga a pagar todas las consecuencias derivadas de esta carencia, obligación que, por ser quien era el vendedor, no podría eludir. Es la STS de 30 de junio de 2000 (RJ 2000\6747).

⁷⁶ Porque quizá vendió el local por el precio que tendría con licencia o porque quizá no tuvo que pagar las obligaciones no contabilizadas.

⁷⁷ El artículo 4:119 PECL dice: «*La parte que tenga derecho a utilizar alguno de los remedios que le concede el presente capítulo (invalidez del contrato) y se encuentre al mismo tiempo en circunstancias que le permiten utilizar un remedio fundado en el incumplimiento, puede optar por cualquiera de ellos*»; y en términos similares el artículo II.-7:216 DCFR.

Los Principios de UNIDROIT, en cambio, excluyen la posibilidad de anulación por error si pueden ser utilizados los remedios del incumplimiento (art. 3.7), pero salvan el caso del dolo.

Lo sorprendente es que la Propuesta de modificación del CC calle al respecto cuando, como insisten FENOY PICÓN [«La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión general de Codificación», *ADC* (2010), pp. 122 ss.] y GARCÍA RUBIO [63 *ADC* (2010), pp. 1621-1642, p. 1642] debe pronunciarse.

⁷⁸ Porque la dificultad de probar la situación patrimonial que el perfecto cumplimiento del contrato habría reportado, o que tras mucho esfuerzo logre el vendedor alcanzarla, no excluye el resarcimiento de la inversión realizada por el comprador para alcanzar ese hipotético lucro o para reconducir la situación de la empresa, inversión que ha de presumirse rentable mientras el vendedor no la rebata probando que una información veraz no

Es, fundamentalmente, una cuestión de concepto: el contrato, ley entre las partes, generalmente absorbe en su justa medida la protección de la confianza precontractual⁷⁹.

Pero puede darse el caso excepcional en que no sea así. Aquel en que la protección contractual no sea idónea porque el comprador puede legítimamente aspirar a la reconstrucción de la situación económica en que estaría de no haberse celebrado el contrato. Es el caso en que el comprador puede alegar, con éxito, que de haber contado con la información correcta no habría contratado,⁸⁰ y que, estando ahora legitimado para resolver, ha decidido mantener el contrato en cumplimiento de la carga de mitigación que le incumbe, pues los costes que la restitución generaría son desproporcionados. A este contratante no se le podrá objetar que la medida del *expectation interest* (Valor Imaginado-Valor Real) es inferior a la medida del *reliance interest* (P-VR) –porque haya comprado con prima y la evolución del valor de los elementos de la empresa no la ha amortizado– porque tiene derecho al abono del coste que esta medida de mitigación (el mantenimiento del contrato) supone y que, en este caso, se concreta en la prima que pagó sobre el valor objetivo de la empresa.

Es, como digo, la excepción que confirma la que debería ser la regla general de incompatibilidad de remedios. Pero no es esta una opinión pacífica⁸¹.

habría permitido amortizar ese gasto, esto es, que ese gasto no estaba justificado por la expectativa. Prueba que entiendo que podrá aportar también cuando su comportamiento fuera doloso, porque se trata de dilucidar la imputación objetiva del daño demandado a la falsa representación. Establecida la conexión, el vendedor doloso responderá, eso sí, de todos los daños consecutivos a la frustración de la expectativa que falzamente prometió, ahora sí protegida por el contrato (art. 1107.II CC).

⁷⁹ Así, B. MERTENS, 203 *AcP* (2003), p. 843.

⁸⁰ Cuando tendrá éxito esta alegación lo discutimos en el apartado anterior (2.2), para el caso en el que la expectativa del comprador tenía dudoso amparo en los presupuestos contractuales. Y concluimos que podía recurrir a la indemnización extracontractual porque era legítima y coherente su pretensión de situarse en la posición económica que la anulación y restitución de las prestaciones reportaría pese a mantener el contrato. El caso que ahora analizamos, de clara cobertura contractual de la expectativa del comprador, no puede solucionarse protegiéndole menos.

⁸¹ Porque nuestra tradición jurídica acepta la compatibilidad de remedios y la libre opción del acreedor entre ellos.

Buena prueba de ello es que nuestros tribunales sistemáticamente admiten pretensiones de nulidad del contrato por error (o dolo) cuando, por identidad de supuesto, podrían resolver el contrato. Sobre compraventa de empresas pueden citarse los casos de la STS de 26 de octubre de 1981 (1981\4001), el archifamoso *leading case* de reticencia dolosa antes relatado; de la STS de 15 de abril de 1988 (RJ 1988\3172), en que la falta de contabilización de un pasivo importante descubierto tras la venta grava notoriamente la operatividad de la empresa; de la STS de 26 de noviembre de 1996 (1996\8279), en el que se vende una sala de Bingo ocultando que la preceptiva autorización administrativa había sido denegada por el importante volumen de deuda tributaria; muy parecido al de la reciente SAP Burgos de 27 de diciembre de 2012 (463\2012), en el que se oculta la gravedad del expediente del ministerio de educación, que desemboca en la cancelación del concierto que antes de la venta tenía el colegio objeto del contrato; o el de la también relatada *supra* de la STS de 10 de junio

3. CONCLUSIONES

La compraventa de empresas es un banco de pruebas idóneo para articular la confluencia de las reglas de validez del contrato con las reglas de responsabilidad extra y contractuales; y para demostrar la urgencia de una modificación legal que ofrezca una respuesta adecuada a los intereses en conflicto.

Los supuestos conflictivos son los de defectos de información imputables al vendedor que, una vez desvelados, frustren la expectativa del comprador en el negocio.

Una vez se incorpore normativamente el principio de conformidad de la prestación con el contrato, como proyectan las Propuestas de modificación de los Códigos civil y mercantil, serán escasos los supuestos en que la expectativa del comprador no esté protegida por el contrato, y se argumentará entonces que el vendedor ha incumplido el contrato entregando una prestación disconforme.

Es así como, de hecho, están ya resolviendo nuestros Tribunales muchos de los conflictos que se les presentan.

Pero aun cuando esta reforma se opere podremos identificar, como ahora, supuestos en los que el defecto de información no genera un incumplimiento contractual porque la expectativa del comprador no la ampara el contrato, impidiéndole entonces protegerse con los remedios contractuales.

de 2010 (RJ 2010\2675) de venta de una naviera en situación de quiebra técnica, en la que la pretensión principal, concedida por la primera instancia, fue la resolución del contrato.

Por ser una tradición compartida por gran parte de los sistemas de derecho civil, es lógico que los textos europeos armonizados admitan la opción (art. 4:119 PECL; II.-7:216 DCFR). Como lo es predecir que la Propuesta de modernización del Código Civil finalmente la acogerá.

Es, además, una tesis que cuenta con un amplio respaldo doctrinal [por todos, recientemente, X. BASOZÁBAL ARRÚE, «Entorno a las obligaciones precontractuales de información», 62 *ADC* (2009), pp. 647-711, p. 53].

Algunos la matizan, limitando de alguna manera la libertad de optar. Así, A. M. Morales explica que lo técnicamente correcto sería permitirla sólo en caso de dolo, coincidiendo con lo prescrito en el artículo 3.7 de los principios de UNIDROT [A. M. MORALES MORENO [en «Adaptación del Código Civil al derecho europeo: la compraventa», *ADC* (2003), p. 1626]. De la misma opinión, enfatizando el riesgo de fraude de ley en caso de incumplimiento por falta de conformidad, N. Fenoy Picón, en 63 *ADC* (2010), nota 144.

Y F. PANTALEÓN entiende que el límite a esta libertad está en el fraude al contrato [vid. 64 *ADC* (2011), pp. 897-929, pp. 920-921].

La cuestión es que si el contrato protege la expectativa del comprador, la opción por los remedios extracontractuales normalmente será fraudulenta [así, MERTENS 203 *AcP* (2003), pp. 843-844; CANARIS, *Handelsrecht*, Rn. 42; KLEINHENZ/JUNK, 9 *JuS* (2009), pp. 791-792; o KÖTZ, (2012), Rn. 306; 511], luego debe controlarse con celo su acceso. En nuestro objeto de estudio, sólo podría legítimamente pretenderla el comprador mencionado en el texto al que se adscribe esta nota.

Hay también quien no se lo permitiría a ninguno, proteja o no el contrato la expectativa defraudada, porque entiende que si no se anula el contrato la vía extracontractual está vedada. Por ejemplo, BERGER, *JZ* (2004), p. 283; PALANDT/WEIDENKAFF, *BGB* (2008) § 437, Rn. 51; o, entre nosotros, C. I. ASÚA, *Culpa in contrahendo...* cit, p. 248, 250, 270.

No serán todos los casos de dolo, porque en éste ámbito ha de ser necesariamente activo para tener relevancia jurídica y, probada la argucia para engañar al comprador podrá éste protegerse incorporando su expectativa a los presupuestos implícitos del contrato.

Son aquellos en los que el defecto de información afecta a un elemento que habitualmente se considera un presupuesto común a este tipo de contratos pero que, en ese particular caso, no lo ha sido.

Este comprador no puede proteger su expectativa con los remedios contractuales, ni de mantenimiento de la paridad (reducción del precio), ni indemnizatorio.

Pero el recurso a los remedios extracontractuales, particularmente al indemnizatorio conforme al interés negativo, tampoco será generalmente satisfactorio. El remedio indemnizatorio cuando debe reconstruir la situación económica preexistente se liquida conforme a la *out-of-pocket-rule*, devolviendo al comprador el exceso que pagó por encima del valor objetivo de la empresa.

Este diferencial puede pretenderlo el comprador que de haber estado correctamente informado, habría cancelado la operación. Que, una vez descubierto el defecto, decida mantener el contrato no evidencia necesariamente que le reporte utilidad, porque el defecto bien puede descubrirse cuando la acción de anulación ha caducado o, revelándose a tiempo, el coste derivado de la restitución de los elementos de la empresa pueden desaconsejar la impugnación del contrato.

Pero cuando el defecto de información sea incidental la liquidación conforme a la citada regla (P-VR) es excesiva porque absorbe todo el margen de beneficio de la venta. Sobrepassa, por tanto, la incidencia del defecto de información en el precio.

Y cuando la venta se realice conforme al valor objetivo de la empresa o con descuento no habrá daño que resarcir, aunque sí una ventaja comercial que resulta injusto que consolide quien propició (o al que es imputable) el defecto de información.

La indemnización no es el remedio indicado para restablecer el equilibrio, ni puede concretar el descuento que se habría acordado de contar con la información correcta.

Esta función es propia de un remedio de adaptación del contrato afectado por vicios, que ya se prevé para casos de error común o de contratos abusivos y que debería extenderse a los casos de vicios de información incidentales imputables a un contratante.

La «indemnización» prevista en el artículo 1270.II CC persigue el mismo objetivo, aunque el término es desafortunado y el tenor literal del precepto limita injustificadamente su ámbito a los excepcionales casos de dolo.

Cuando el comprador se haya protegido expresamente, incluyendo una garantía en el contrato, deberá obligarse al vendedor a cumplir lo garantizado o a compensar al comprador conforme a su equivalente pecuniario, a menos que las partes restrinjan la eficacia del pacto a una mera repetición de lo que los remedios legalmente establecidos ya ofrecen al comprador, esto es, que obliguen al vendedor a reducir el precio, restando la incidencia de la contingencia prevista en el contrato; o a indemnizar al comprador los daños efectivamente derivados de la misma.

Finalmente, cuando la expectativa del comprador esté protegida por el contrato no debería permitirse al comprador el recurso, oportunista, a la acción de nulidad ni a la indemnización extracontractual.

La excepción en que semejante invocación sería legítima, y que confirmaría la regla antepuesta, es aquel en que siendo el defecto de información esencial y estando, por tanto, habilitando el acceso a la acción de nulidad o a la resolución, decide el comprador mantener el contrato en cumplimiento del deber de mitigación de los daños que la restitución de los elementos de la empresa produciría. Este comprador tiene derecho al coste de esta medida de mitigación razonable que, puesto que retiene la empresa, equivale al exceso que sobre el valor objetivo de la misma pagase, dicho de otra forma, tiene derecho a liquidar la indemnización conforme al interés negativo.



La transferencia del riesgo del precio y la transmisión de propiedad: hacia una definitiva desconexión conceptual y temporal en sede de armonización europea

GEMA TOMÁS MARTÍNEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Deusto

RESUMEN

*El momento de transmisión del riesgo por pérdida o deterioro casual estuvo dominada durante siglos por la regla romana *periculum est emptoris*. Ello cambió durante el periodo de la Codificación cuando aquella se considera irracional y se encontró una nueva solución a través del principio *casum sentit dominus*, conectando la transmisión del riesgo con la transferencia de la propiedad. Se adopta una vinculación conceptual y/o temporal, bien en el momento de la conclusión del contrato o en la ejecución (entrega) en los códigos francés y alemán. Incluso esta cuestión formó parte esencial de la decisión sobre el sistema consensual de transmisión de propiedad en el Code. Esa diferente conexión se refleja en los sistemas nacionales europeos, pero se rompe en la CISG donde el traslado del riesgo se regula de modo autónomo, bajo criterios pragmáticos y fácticos basados en el control físico del objeto y dentro del cumplimiento recíproco del contrato. Esta regulación ha influido en los instrumentos de armonización europea, tanto académica (DCFR) como también en las Directivas de protección al consumidor y la Propuesta de normativa común sobre compraventa europea. Todas estas normas ponen de relieve un entendimiento común sobre la regulación de la transmisión del riesgo, que además encaja bien en aquellos sistemas de transferencia de dominio basados en la entrega, pero no así en los sistemas consensuales, donde se evidencia claramente la distorsión respecto al momento de la transmisión de la propiedad.*

PALABRAS CLAVE

Transmisión del riesgo; Transmisión de propiedad; Entrega; Armonización europea; Protección al consumidor; Borrador de Marco Común de Referencia; Compraventa internacional; Codificación; Periculum est emptoris; Casum sentit dominus.

ABSTRACT

*The time of passing of risk in case of lost or damage was dominated over the centuries by the Roman rule *periculum est emptoris*. This changed during the Codification period when that rule was considered irrational and a solution was found through the principle *casum sentit dominus*, connecting the passing of risk with the transfer of ownership. A conceptual and/or temporal link, either at the moment of the conclusion of the contract or at the performance (delivery) is adopted in the French and German codes. Even this issue was an essential part of the decision on the consensual transfer of ownership in the French Code. This different connection is reflected in the national European systems but it is broken by the CISG, in which the passing of risk is addressed in an autonomous way, under pragmatic and factual criteria based on the physical control of the object of sale and within the reciprocal fulfilment of the contract. This regulation has influenced the European instruments of harmonisation, not only the academic (DCFR) but also the consumer protection Directives and the Proposal on a common European Sales Law. All these instruments highlight a common understanding on the regulation of the passing of risk, which fits in well with those systems of transfer of property based on delivery, but not so much with those based on consensus, where the distortion in relation to the transfer of ownership is plainly shown.*

KEYWORDS

Passing of risk; Transfer of ownership; Delivery; European harmonisation; Consumer protection; Draft Common Frame of Reference; International Sale; Codification; Periculum est emptoris; Casum sentit dominus.

SUMARIO: 1. Objeto de estudio.—2. Punto de partida: La encrucijada entre compraventa y transmisión de dominio.—3. El cambio de paradigma: Derecho natural y Codificación.—4. Panorama de los sistemas jurídicos europeos en relación a la transmisión del riesgo.—5. La desconexión del riesgo respecto a la propiedad bajo perspectiva fáctica en la compraventa internacional. 5.1. Puesta a disposición, entrega y control fáctico. 5.2. Enfoque contractual desvinculado de efecto jurídico-real en CISG. 5.3. La transmisión de la propiedad ausente en la CISG: regulación por derecho interno.—6. La regulación contractual del paso del riesgo en el DCFR.—7. Ausencia de correlación entre el momento para el paso del riesgo y para la transmisión de la propiedad en el DCFR.—8. El riesgo del precio en las Directivas comunitarias de protección al consumidor. 8.1. La derogación implícita de la máxima *periculum emptoris* en la Directiva 99/44/CE. 8.2. La adquisición de

la posesión material como criterio comunitario explícito de transmisión de riesgo en la Directiva sobre derechos de los consumidores. 8.3. El riesgo del precio en la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL).-9. Conclusiones.

1. OBJETO DE ESTUDIO¹

La necesidad de fijar el momento temporal de transmisión del riesgo por pérdida o deterioro casual del objeto de la compraventa mobiliaria² en el periodo que puede transcurrir entre la perfección del contrato y la ejecución del mismo (riesgo del precio)³ ha estado dominada durante siglos por la regla romana *periculum est emptoris* sin que exista un consenso claro en la romanística sobre su origen ni su presencia en la época clásica ni su alcance en la jurisprudencia romana. La solución que dio el Derecho romano quebró durante la codificación apareciendo otros criterios que fueron incorporándose en los cuerpos de derecho civil y mercantil generando una divergencia que llega hasta nuestros días.

El tema tan profusamente estudiado durante siglos bajo todos los enfoques (histórico, dogmático y práctico) tanto en el ámbito internacional y nacional, en el Derecho civil y mercantil, bajo una literatura científica inabarcable, despierta un renovado interés en el momento en que se pretende una unificación normativa europea. A los efectos del presente trabajo nos centraremos en el punto temporal de transferencia del riesgo en relación con la desconexión conceptual respecto a la de la propiedad en ese contexto armonizador.

¹ Mi agradecimiento al *Centre for the Study of European Contract Law* (Universiteit van Amsterdam) dirigido por el Prof. Martijn W. Hesselink donde se ha llevado a cabo parte de este trabajo.

² Aunque puede afrontarse esta cuestión del riesgo en otros contratos sinalagmáticos diferentes a la compraventa, es en este contrato donde se plantea con toda su fuerza por ser traslativo de dominio.

³ Cabe hablar de «riesgos» para englobar tanto el riesgo que implica la pérdida de la propiedad sobre el objeto de contrato, como el riesgo del pago del precio. Cuando se habla de riesgo en singular se alude principalmente al riesgo del pago del precio. Este es el riesgo que afecta exclusivamente a la esfera de las obligaciones, al contenido resultante del contrato de compraventa en el que se ha diferido la entrega del objeto. El *periculum obligationis* se contraponen al *periculum rei* en el cual el propietario de una cosa ve disminuido su patrimonio desde el momento en que ésta se pierde o deteriora, ello sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponder contra terceros o derivadas de un posible contrato de seguro.

Según ZIMMERMANN, R., *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*, trad. J.M. Rodríguez Olmos, ed. Univ. Externado Colombia, 2010 (ed. original 2001), pp. 146-148 (*periculum emptoris*) es en la Edad Media cuando «surge el doble significado del concepto de riesgo: ¿Debe el vendedor entregar otro objeto de la misma clase si el que pretendía entregar se perdió (*Leistungsgefahr*)? ¿Y debe el comprador pagar aún cuando no recibió la cosa pactada (*Gegenleistungsgefahr*)» [147].

Siendo como es la transmisión de riesgo del precio un efecto derivado de la dinámica de cumplimiento del contrato, se presenta imbricado en la esfera jurídico-real en no pocos derechos nacionales y por lo tanto se trata de analizar en qué medida el esfuerzo armonizador supone una superación definitiva de esta conexión y un regreso a su sede originaria, el contrato, si bien bajo un criterio temporal diferente.

Las siguientes páginas abordan en primer lugar, la cuestión de la transmisión del riesgo y su conexión conceptual con la transmisión de dominio en el *Code* francés, así como su influencia en los sistemas consensuales de transferencia de propiedad y el panorama europeo de sistemas de transmisión del riesgo a los efectos de lograr una armonización europea.

En segundo lugar, la desconexión conceptual de la propiedad mediante el planteamiento al que se acude en la compraventa internacional de mercaderías. La decisión sobre la transmisión del riesgo a fin de dotarle de una regulación más adecuada en la Convención hecha en Viena el 11 de abril de 1980⁴, en adelante CISG⁵, uno de los cuerpos jurídicos internacionales más importantes en el proceso de unificación jurídica, es el punto de inflexión hacia un enfoque estrictamente contractual y fundado en razones económicas y prácticas.

Y en tercer lugar, la recepción en el proceso de aproximación de Derecho contractual europeo, tanto en su faceta académica⁶, del Borrador de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR)⁷, como en la normativa comunitaria en ven-

⁴ En vigor en España desde 1.08.1991.

⁵ En el año 2012 es aplicable en más de 78 países, entre ellos, casi todos los países comunitarios con la destacada excepción de Reino Unido, Irlanda y Portugal.

⁶ Tras varios años de esfuerzo académico con impulso institucional europeo que se hace patente en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo Bruselas, 11.07.2001 COM (2001) 398 final (2001) 398 final y en la Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros (COM (2001) 398 + C5-0471/2001 + 2001/2187(COS)). Dos años después la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo: Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de Acción de la Comisión proponiendo mejorar la calidad y coherencia de un Derecho europeo contractual estableciendo un marco común de referencia, COM (2003) 68, 12.2.2003; Resolución del Consejo sobre «Un derecho de contratos europeo más coherente», OJ 2003/C 246/01; Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo: derecho contractual europeo y revisión del *acquis*: el camino hacia adelante, 11.10.2004, COM (2004) 651 final. Así como los informes posteriores de la Comisión: primer informe anual sobre Derecho contractual europeo y la Revisión del *acquis*, COM (2005) 456 final de 23.09.2005 y un segundo informe de 25.07.2007, sobre el Marco común de referencia, COM (2007) 447 final, en el que se aparta de la idea de un Código Civil europeo.

⁷ VON BAR, C. y otros (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Interim Outline Edition, Sellier, Munich, 2008; y edición completa que incluye comentarios de los redactores y notas rela-

tas de consumo, y en la Propuesta de Reglamento sobre un derecho de compraventa europeo⁸.

2. PUNTO DE PARTIDA: LA ENCRUCIJADA ENTRE COMPRAVENTA Y TRANSMISIÓN DE DOMINIO

En el estudio realizado en el año 2004 con vistas a facilitar información a la Comisión Europea para la construcción del Marco Común de Referencia, coordinado por los profesores Christian von Bar y Ulrich Drobnig («*Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract*»)⁹, se abordan temas fronterizos entre el derecho de contratos y el derecho de propiedad, como lo es la correlación entre el contrato traslativo y la transmisión del título. Aspecto esencial dado el objetivo del estudio de facilitar la aproximación jurídica a la vista de que «los principios que gobiernan este tema están en las bases de la propiedad privada de nuestros sistemas jurídicos»¹⁰, y habría que añadir que lo están desde su consideración histórica más arraigada¹¹.

tivas a los derechos de los diferentes sistemas jurídicos europeos: VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE-NÖLKE, H., y otros (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Full edition prepared by the Study Group of European Civil Code and the Research Group on EC Private law (Acquis Group). 6 vol., Sellier, Munich, 2009. Traducciones españolas con comentarios en: VALPUESTA GASTAMINZA, E. (coord.), *Unificación del derecho patrimonial europeo*, Bosch, Barcelona, 2011, y en VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^ª P., *Derecho europeo de contratos: libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Atelier, Barcelona, 2012.

⁸ COM (2011) 635 final. 2011/0284 (COD).

⁹ Se trata de un estudio realizado por un grupo de investigadores de varios países europeos coordinados por Christian von Bar y Ulrich Drobnig. El informe se presentó el 23 de febrero de 2004 ante la Comisión Europea: Salud y Protección al consumidor. *Directorate General*. El estudio ha sido publicado en: VON BAR, C. y DROBNIG, U., *The interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study*, Sellier, Munich, 2004. Sobre «Passing of risk»: §§ 488-491 pp. 329-330.

¹⁰ VON BAR-DROBNIG [n. 9], p. 324.

¹¹ Max KASER, «Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho romano y en la dogmática moderna», trad. Juan Miquel, *Seminarios de Derecho de la Universidad de Valladolid*, 1962, p. 7, consideraba que «la vinculación entre compraventa y transmisión de propiedad es uno de los problemas centrales de todo el Derecho privado, en el cruce entre el Derecho de obligaciones y el Derecho de cosas». Ver en VACCA, L. y CANNATA, C.A. (eds.), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparativistica*, Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 1992, las diversas ponencias que desde la perspectiva histórica y nacional se presentaron en aquel evento. En nuestra doctrina: MIQUEL GONZÁLEZ, Juan, «Compraventa y transmisión de la propiedad», *Seminarios Complutenses de Derecho Romano V-1993*, Madrid, 1994, pp. 89-117 y en la romanística moderna española: BELDA MERCADO, J., *Presupuestos romanísticos de la transmisión de la propiedad y compraventa en la dogmática moderna*, Comares, Granada, 2001; PÉREZ ÁLVAREZ, M.^ª P., «La Compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del Derecho Privado Europeo», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 14, 2006, pp. 201-248.

Como es sabido, a grandes rasgos, los dos grandes modelos de transmisión de propiedad de bienes muebles (los autores citados prefieren utilizar la expresión *approach*, mejor que sistema) son: De un lado, aquellos con enfoque unitario (*unitary approach*)¹², como Francia, Bélgica, Luxemburgo, Reino Unido, Italia y Portugal. En este grupo de países el *Code* francés ha sido el modelo a seguir¹³, bajo la premisa de que el comprador adquiere la propiedad en el momento de perfección del contrato, sin que se haya entregado la cosa o pagado el precio, esto es, una vía consensual de transferencia de propiedad¹⁴. De otro lado, los que desvinculan la adquisición del contrato mismo. Este sistema (*split approach*) deriva del Derecho romano donde se requería otro acto –de ordinario la *traditio*, también la *mancipatio* e *in iure cessio*, en menor medida, para la adquisición de dominio, y que ha dejado su impronta en países como Alemania, que partiendo de esta idea desarrollada a través de la Pandectística, introduce la existencia de un acuerdo adicional independiente que determina la transmisión propiamente dicha (*Trennungsprinzip*). No obstante, dentro de los países que comparten esta idea de separación entre acuerdo y efecto transmissivo, el BGB hace independiente la transmisión de la validez del contrato subyacente y además bajo el principio de abstracción (*Abstraktionsprinzip*)¹⁵, mientras que otros como España, Países Bajos, Suecia (con la excepción respecto a este país de los contratos de consumo) y Austria¹⁶, con matices muy diferentes entre ellos, son sistemas causalistas. De todo ello resultan tres tipos prin-

¹² COING, H., *Derecho privado europeo*, t. I, trad. A. Pérez Martín, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, p. 494, acude a la expresión «principio unitario o contractual puro».

¹³ Arts. 1624, 1138, 1583.

¹⁴ Ver WITZ, C., «Analysis critique des règles régissant le transfert de propriété en Droit française á la lumière du Droit allemand», en M. MARTINEK, J. SCHMIDT y E. WALDE, *Festschrift für Günter Jahr*, Vestigia Iuris, Tübingen, 1994, pp. 533-549.

¹⁵ Sobre el principio de separación en nuestro Derecho, ver MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, «La transmisión de la propiedad y la autonomía privada», *Diario La Ley*, año XXXII, núm. 7765, 29.12.2011, pp. 12-14, que subraya que el principio de separación es necesario no sólo en el sistema alemán (de funcionamiento abstracto), sino también en los sistemas causalistas como el nuestro, aunque la relación sea distinta: «debemos tener claro que hay dos momentos en la transmisión de propiedad y que hay unos requisitos que afectan al contrato obligacional, capacidad de obrar, mientras que otros afectan al acto dispositivo, propiedad o poder de disposición», como puede verse claramente la distinción en la reserva de dominio. Véase asimismo FUENTESECA DEGENEFTE, C., *La compraventa y la categoría del negocio jurídico abstracto*, Reus, Madrid, 2012, sobre el negocio jurídico abstracto alemán y la búsqueda de una aproximación entre éste y el sistema español.

¹⁶ El caso austríaco presenta singularidades que llevan a la doctrina y a la jurisprudencia a matizar la aplicación del principio de separación (art. 380): VON BAR-DROBNIG, [n. 9] pp. 326-327.

cipales de sistemas: causal consensual, abstracto con *traditio* y causal con *traditio*¹⁷.

No se trata aquí de profundizar en los sistemas de transmisión de propiedad mobiliaria europeos, sino de destacar la interrelación con la cuestión de la transferencia del riesgo. Para ello el punto de inflexión es el periodo codificador¹⁸.

Es entonces cuando la regla romana *periculum est emptoris* toma rumbos diferentes en cada uno de los sistemas nacionales. A partir de entonces, la transferencia del riesgo como efecto obligatorio derivado del contrato, que afecta al plano contractual bilateral, inter-partes, comienza a amalgamarse con la transmisión del título en algunas codificaciones apartándose de la regla romana *periculum est emptoris*. Se produce el cambio de paradigma.

3. EL CAMBIO DE PARADIGMA: DERECHO NATURAL Y CODIFICACIÓN

Esta alteración tiene lugar durante la Codificación, momento en el cual la cuestión del paso del riesgo fue parte esencial de la deter-

¹⁷ Ver DROBNIG, U., «Transfer of Property», en A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, CH. MAK, E. DU PERRON, *Towards a European Civil Code*, 4.ª ed. revisada y ampliada, Kluwer Law International BV, Nijmegen, 2011, pp. 1003-1023, para un estudio de los diferentes sistemas europeos de transmisión de la propiedad y las perspectivas de armonización europea. Por su parte, VAN VLIET, L., *Transfer of movables in German, French, English and Dutch law*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 2000, marca dos líneas divisorias (causal/abstracto y consensual/con traditio), de ahí resultan los tres tipos principales de transmisión de propiedad.

Ver estudios comparados en: WAELEBROECK, M., *Le transfert de la propriété dans la vente d'objets mobiliers corporels en droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1961, pp. 19-47; PABLO CONTRERAS, P. de, «La propiedad y la transmisión de los derechos reales», en S. CÁMARA LAPUENTE, *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 951-966.

Otras referencias de cara a la armonización pueden encontrarse en: CAREY MILLER, D.L., «Passing of Property: Finding the Fundamentals», en S. ESPIAU ESPIAU y A. VAQUER ALOY (eds.), *Bases de un Derecho contractual europeo. Basis of a European Contract Law*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pp. 471-485; SAGAERT, V., «Consensual versus delivery systems in European Private Law-Consensus about tradition?», en W. FABER y B. LURGER, *Rules for the transfer of movables. A candidate for European Harmonisation or National reforms*, European legal Studies (vol. 6), Sellier, Munchen, 2008, pp. 9-46 [16, 37-39: «transfer of risk»]; SACCO, R., «A Comparative Analysis: The contractual transfer of ownership of movable property», en M. BUSSANI y F. WERRO, *European Private Law. A Handbook*, Berna, 2009, pp. 89-128; MATTEI, U., «La transmisión de la propiedad», en ORDUÑA MORENO-DE LA PUENTE ALFARO, *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho Europeo*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2009, pp. 123-146.

Acerca de estos principios y su superación: FERRARI, F., «Abstraktionsprinzip, traditionsprinzip e consensualismo nel trasferimento di beni mobile. Una superabile divaricazione?», en *Rivista di Diritto Civile*, 1993, anno XXXIX (parte prima), pp. 729-757.

¹⁸ ZIMMERMANN, *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo*, [n. 3], p. 21, sobre el proceso de codificación iniciado a finales del siglo XVIII considerado generalmente como un momento crucial en el desarrollo del derecho privado europeo.

minación sobre el sistema de transmisión de la propiedad mobiliaria. Para Kaser/Knütel¹⁹, a partir del Derecho Natural la cuestión del riesgo se desarrolla en un doble sentido: de un lado, en Francia donde la propiedad se vincula en el *Code* (1804) al contrato de compraventa y se hace al comprador soportar el riesgo, tratándose de cosas específicas, haciendo realidad la regla *res perit domino* (art. 1138)²⁰; y de otra parte, por el contrario, una de las primeras codificaciones, la de Prusia, *Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* (1794), que considera que transmitir el riesgo al comprador como lo hace el Derecho romano de un modo temprano contradice la regla *casum sentit dominus*, no se ajusta a la naturaleza sinalagmática de la compra y no es justo cargar al comprador con el riesgo cuando no tiene la posesión y no puede tomar medidas de aseguramiento²¹.

Por lo tanto en Francia la determinación del momento de transmisión del riesgo formó parte de la decisión sobre la transmisión de la propiedad. Si el comprador tenía que soportar el riesgo, debía ser el propietario de los bienes. Von Bar y Drobnig afirman que ésta fue «una de las razones (la cursiva es de los autores), por la cual Francia adoptó el criterio unitario del *consensus* para la transmisión de propiedad»²².

Profundizar en esta vinculación, implica acudir al pensamiento iusnaturalista inspirador del *Code* que llevó a la ruptura con la regla romana. Alan Watson en su libro *Legal Transplants*²³, explora la influencia de aquellas opiniones que condujeron al Código francés al apartamiento de lo que era hasta entonces una regla romana aceptada durante siglos en derecho francés, como refleja Pothier²⁴.

La regla *periculum est emptoris* recibió críticas en el Derecho natural por carecer de razón e injusta. Tanto Grotius (1583-1645)²⁵,

¹⁹ KASER, M. - KNÜTEL, R., *Römisches Privatrecht*, 18 ed., C.H.Beck, Munchen, 2005, § 41: Der Kauf. Apdos. 20-24: Gefahrübergang, pp. 209-211.

²⁰ Art. 1138: «L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier».

²¹ KASER-KNÜTEL, *Römisches Privatrecht* [n. 19] p. 211.

²² VON BAR-DROBNIG, *The interaction*, [n. 9] §488.

²³ WATSON, A., *Legal Transplants. An approach to Comparative Law*, 2.^a ed., The University of Georgia Press, Athens-London, 1993 (Chapter 14: «Transfer of ownership and risk in sale», pp. 82-87).

²⁴ POTHIER, R., *Traité du contrat de vente selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, Paris, 1762, parte IV, §308. Trad. inglesa por L.S. Cushing, 1839. Pothier se decanta por la regla romana con reservas: («yet it must be acknowledged, that the question is not without difficulty, and it seems even that the Romans themselves were not unanimous in their decision of it» [p. 189].

²⁵ Quien en su obra más conocida *De Iure Belli ac Pacis* (Paris, 1625). Trad. española: *Del Derecho de la guerra y de la paz*, trad. J. TORRUBIANO RIPOLL, t. II, ed. Reus,

como posteriormente Pufendorf (1632-1694) consideran que hasta que no hay entrega, no procede que pase el riesgo al comprador. En concreto, Pufendorf hace coincidir el momento de la transferencia de la entrega con la transmisión de la propiedad, entendiendo que la regla romana entra en contradicción con *res perit domino*²⁶. Su obra fue traducida del latín y comentada al francés por Barbeyrac (1674-1744), quien entenderá que la mejor solución es hacer que la propiedad y el riesgo pasen juntos pero en el momento del acuerdo²⁷.

Por ello Watson afirma que aunque no haya prueba directa, es plausible afirmar que este estado de opinión y sobre todo la expresada por Barbeyrac es la responsable de la norma del Código Civil francés y de que éste se separase de la tradición jurídica continental²⁸, y de algún modo, si bien de modo indirecto, el propio Pothier tuvo su influencia²⁹. La regla romana se consideró contraria al Derecho natural y se optó por convertir al comprador en propietario desde el mismo momento del contrato, generando un vínculo entre el efecto jurídico-real del contrato y la transferencia del riesgo. Incluso bajo el prisma racionalista, Portalis³⁰, en su *Discours*

Madrid, 1925, p. 208 (Lib. II, Cap. XII, XV) afirma que «[...] en la venta y la compra puede trasladarse e dominio sin la entrega en el mismo instante del contrato... que la cosa está a riesgo del comprador y que le pertenecen a él los frutos antes de traspasarse el dominio, son invenciones del Derecho civil, que no se observan en todas partes, antes al contrario, que opinaron los más de los legisladores, que hasta la entrega la cosa estuviere a provecho y riesgo del vendedor [...]». Según WATSON, [n. 23] p. 83, parece que su opinión no siempre fue consistente y en alguna ocasión criticó la opinión de los juristas romanos y en otras no.

²⁶ PUFENDORF, *Le Droit de la nature des gens, ou systeme general des Principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*, trad. Jean Barbeyrac, t. II, Amsterdam, 1734, Libro V, Cap. V, §3, dedica una notable atención a esta cuestión (pp. 64 a 67).

²⁷ WATSON, [n. 23] aporta unos interesantes datos biográficos de Jean Barbeyrac, hugonote que abandona Francia después de la revocación del Edicto de Nantes de 1685, enseña sucesivamente en las Universidades de Berlín, Lausana y Groningen. Fue editor de la obra de Grotius: *De Iure Belli ac Pacis*, así como editor y traductor al francés de la obra *De Iure Naturae et Gentium* (1672). La doctrina francesa consagró la idea arraigada en la escuela del Derecho Natural que veía suficiente la voluntad para transmitir la propiedad: véase OURLIAC, P. y MALAFOSSE, J. de, *Droit romain et Ancien Droit. Les obligations*, Paris, 1957, pp. 258-259 y 267.

²⁸ A lo que hay que añadir la influencia de la práctica notarial francesa consistente en extender la *traditio ficta* romana a la venta de tierras de suerte que el otorgamiento de la escritura y el traspaso del documento fueran suficientes para entender transmitido el dominio (la llamada cláusula *dessaisin-saisine*). Según VAN VLIET, *Transfer of movables*, [n. 17] pp. 76-81, en realidad la decisión del *Code* de que la propiedad pasara en el momento del contrato no fue un gran cambio debido a esta espiritualización de la traditio y esa cláusula generalizada en el ámbito notarial (este autor considera el sistema francés como causal). También véase BELDA, *Presupuestos romanísticos*, [n. 11] pp. 183-194.

²⁹ Según WATSON [n. 23] pp. 85-87, la casualidad jugó un importante papel en la decisión de los codificadores y entiende que a la postre Pothier también influyó en la idea adoptada por el *Code*, siquiera llamando la atención sobre opiniones discrepantes que hubieran sido pasadas por alto de no haber sido recogidas por él.

³⁰ Jean-Étienne-Marie PORTALIS [1746-1807]. De la nota biográfica en la traducción al castellano por CREMADES, I. y GUTIÉRREZ MASSON, L., *Discurso preliminar al Código Civil Francés*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 21-2, se desprende la influencia que el iusnatura-

préliminaire du premier projet de Code Civil (1801), considera que el Código refleja y desarrolla principios de derecho natural³¹.

Ciertamente, la romanística moderna ha rebatido con argumentos históricos la crítica que recibió del Racionalismo, porque *periculum emptoris* encajaba bien en los tiempos de la Roma primitiva donde la venta era al contado, se ejecutaban de modo inmediato las obligaciones, y el riesgo y la propiedad pasaban de forma inmediata al comprador en el momento de la conclusión del contrato. Posteriormente cuando fue posible posponer el acto de la transferencia de la propiedad, no quedó la regla como un «atavismo» sino que la regla de «*periculum est emptoris*» fue una «solución razonable» al considerarse que el bien ya pertenecía a la esfera económica del comprador³². En Roma tenía justificación dentro de una política de reparto de riesgos o de compensación al vendedor que asume «su parte», como es la responsabilidad por custodia, que correspondía al vendedor³³, y encajaba en el cruce de estipulaciones que determina responsabilidades independientes³⁴. Además, dado que el comprador podía aprovechar los frutos y demás beneficios de la cosa, como accesiones (*commodum eius esse debet cuius periculum est*), debía soportar el riesgo. Y era asimismo una consecuencia lógica de la estructura de la *emptio-venditio* como transacción que llevaba una redistribución del valor, ya que entre las partes el objeto de la compra-

lismo debió de tener en su formación. Estudió Derecho en Aix, en cuya Universidad su padre ocupaba la cátedra de Derecho Natural (p. 21).

³¹ Respecto a los contratos, Portalis afirma: «Al tratar los contratos, hemos desarrollado en primer lugar los principios de derecho natural que son aplicables a todos» (p. 90) y al derecho de propiedad: «El derecho de propiedad es en sí, por consiguiente, una institución directa de la naturaleza, y la manera en que se ejerce es un accesorio, un desarrollo, una consecuencia del derecho mismo» (p. 65). El influjo del naturalismo lo recoge asimismo COING, [n. 12] t. I, p. 573 y t. II, p. 589.

³² De ahí que tenga que reembolsar los gastos al vendedor por el mantenimiento de la cosa mientras esté en su posesión, y el comprador tiene derecho a reclamar accesiones o frutos que surjan desde la conclusión del contrato, el comprador puede revender la cosa (la cual puede haber experimentado revalorización o depreciación). En este sentido no es «unnatural»: ZIMMERMANN, R., *The Law of obligations*, 2.^a ed, Clarendon Press, Oxford, 1996, Chapter 9: *Emptio Venditio* II, pp. 271-292 [290-291].

³³ La importancia de la custodia era esencial en la regla romana: SCHULZ, F., *Classical Roman Law*, Oxford Clarendon Press, 1951, pp. 532-533; y otros innumerables trabajos de la romanística, ad ex.: YARON, R., «Remarks on Consensual Sale (with special attention to *periculum emptoris*)», *Roman Legal Tradition*, vol 2-2004, pp. 59-76 [74]; GUZMÁN BRITO, A., La responsabilidad objetiva por custodia en el derecho romano y en el derecho moderno con una referencia especial a la regla «*periculum est emptoris*», *Estudios dogmáticos de derecho civil*, Valparaíso, 2005, pp. 101-119 (114); SERRANO-VICENTE, M., *Custodiam praestare. La prestación de custodia en el Derecho romano*, Madrid, 2006 (*Periculum emptoris*: pp. 271-286). Sobre la relación entre *periculum* y culpa ver también: MACCORMACK, G., «Further on *periculum*», *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, vol. XXI, 1979, pp. 11-37.

³⁴ SCOGNAMIGLIO, M., «Note su sinallagma condizionale e *periculum rei venditae*» nel diritto romano», en L. GAROFALO, *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, t. I, ed. Cedam, Padova, 2007, pp. 171-221.

venta era asignado al comprador una vez que el contrato se había celebrado³⁵, entendiéndose *emptio perfecta*³⁶. Cuando los compiladores justinianos convierten el concepto clásico de *custodia* en una responsabilidad basada en la culpa, con ello se alteró considerablemente el equilibrio en la asunción de los riesgos de la compraventa clásica y deja de responder a esta lógica contractual. De otra parte, esta lógica de la regla romana era posible sobre cosas determinadas, no genéricas, cuando se generaliza sobre estas se pone de relieve su falta de justificación racional. Así que, como dice Zimmermann, «una vez más, lo que funcionó bien en el derecho romano no ofrece una solución razonable en el derecho actual»³⁷.

Por su parte, en Alemania tampoco se vio una justificación racional de la regla romana y se consideró contraria a la naturaleza y equidad de un contrato bilateral. Por ello, los redactores del BGB, también contrarios a esa regla bajo la influencia de la Pandectística, se desprendieron de ella, haciendo depender el riesgo del control físico de la cosa (por la entrega, por ej.) y no de la conclusión del contrato. Se alinea así la entrega, obligación esencial del vendedor, con el paso del riesgo. El criterio germánico encuadra el riesgo en la lógica contractual sinalagmática³⁸, que va a generalizarse en el siglo xx con independencia del modelo germánico de transferencia de propiedad³⁹.

³⁵ Se ha discutido mucho su vigencia en la época clásica: TALAMANCA, M., «Considerazioni sul *periculum rei venditae*», en *Seminarios Complutenses de Derecho romano*, VII, Madrid, 1995, pp. 217-296; ARANGIO RUIZ, V., *La compraventa in diritto romano*, II, reimp. 2.ª d., Napoli, [1954] 1978, pp. 250-265. Ver sobre el tema: ZULUETA, F. de, *The Roman Law of Sale*, Oxford, Oxford University Press, 1957: «Transfer of Risk as between seller and buyer», pp. 30-35 [31, 33-34]; KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, trad. 2.ª ed. alemana por L.P. Castro, ed. Labor, Barcelona-Madrid, 1937, pp. 326-328 (Acciones y riesgo en la compraventa: p. 327, acerca de la controversia sobre el clasicismo de la regla); RABEL, E., *Das Recht des Warenkaufs*, II, Gruyter&Mohr, Berlin-Tübingen, 1958, pp. 291-299 [299-301, sobre derecho romano e histórico de cada sistema jurídico].

³⁶ Normalmente coincidirá la perfección con conclusión del contrato, pero no siempre. Se está aludiendo con esta expresión a que la cosa esté identificada y no sea una cosa genérica, y que la venta no esté sometida a condición.

³⁷ ZIMMERMANN, *The Law of obligations* [n. 32] p. 148. Para un estudio exhaustivo sobre la evolución histórica y dogmática de *periculum emptoris* puede verse la tesis doctoral: BAUER, Martin, *Periculum emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998 (aborda derecho romano, derecho intermedio, derecho holandés y sudafricano).

³⁸ En el Derecho alemán, se ha percibido siempre el riesgo del precio como un problema que atañe al Derecho de obligaciones: EISSER, G., «Desarrollo y extensión del concepto de riesgo en la compraventa según el Derecho alemán», *Revista de Derecho Privado*, 1955, pp. 519-532 [520].

³⁹ LARENZ, K., *Derecho de las obligaciones*, t. II, trad. J. Santos Briz, ed. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 104-114.

Por lo tanto, como afirma Zimmermann⁴⁰ las dos codificaciones tratan de hacer coincidir el paso del riesgo con la adquisición del dominio (*res perit domino*) dado que lo lógico y natural es que la cosa perezca para su dueño. El *Code* hace coincidir el principio *periculum est emptoris* con la transmisión de la propiedad, *res perit domino*; y el BGB también trata de reconciliar el paso del riesgo con este principio. La diferencia es que el francés lo vincula al acuerdo y el alemán separa la transmisión de la propiedad y el paso el riesgo del contrato mismo. En ambos casos se vieron estas soluciones más racionales que la regla romana que ciertamente se separa de «*res perit domino*».

En suma, podría decirse que las dos codificaciones francesa y germana buscaron dar solución al problema por una vía alternativa a la romana, mediante el principio *res perit domino*, haciendo pasar normalmente el riesgo al comprador cuando lo hace la propiedad⁴¹. Los dos modelos vieron irracional la regla *periculum est emptoris* y, aunque cada uno de ellos de una manera distinta, en este punto ambos tienen en común más de lo que aparentan: En el caso de Francia, la conexión entre riesgo y transmisión de dominio se asocia a la conclusión del contrato, al margen de cuando se produzca la ejecución del mismo; en el BGB hay una aproximación del riesgo a la transmisión de propiedad, pero indirecta y temporal. La coincidencia no es conceptual en este caso a nuestro modo de ver por la necesidad en el BGB de un acuerdo real transmisivo, a diferencia del *Code*, que sí incorpora una concurrencia no sólo temporal sino conceptual y directa de los tres momentos: el de la conclusión del contrato, la transmisión de propiedad y la transferencia del riesgo, que coinciden en el tiempo e integran el *rationale* del *Code* respecto al modo legal de transmisión de dominio.

Lo cierto es que el siglo xx se inicia con los consabidos tres posibles puntos de conexión: la perfección del contrato, la entrega de la cosa o la transmisión de la propiedad, con diferentes matices y excepciones. Y además la decisión de política legislativa sobre la determinación del paso del riesgo en el periodo codificador no fue ni ajena ni autónoma a la determinación del modo de transmisión de la propiedad al comprador, más aún, la vinculación que se produce en el *Code* francés es buscada con pretensión de dar racionalidad al sistema bajo el paradigma *res perit domino*. La solución francesa basada en ese racionalismo no será satisfactoria porque

⁴⁰ ZIMMERMANN, *The Law of obligations* [n. 32] p. 291 y del mismo autor: *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, trad. E. Arroyo, Bosch, Barcelona, 2008, p. 97.

⁴¹ ZULUETA, *The Roman Law of Sale* [n. 35] p. 34, suma Inglaterra: «English, French, and German law agree in bringing the doctrine of risk under the principle *res perit domino*, i.e. in making the risk pass to the buyer when the property does».

optar por *res perit domino* haciendo al comprador dueño mediante el acuerdo no implica una superación del problema en tanto no haya un contacto con el objeto o un control sobre el mismo⁴².

No sólo no solucionó el problema del traslado del riesgo, sino que creó un vínculo conceptual entre riesgo y propiedad, que aparte de no ser eficiente y no encajar en la dinámica de la relación sinalagmática, va a dificultar soluciones de encuentro entre las diferentes tradiciones jurídicas europeas.

4. PANORAMA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS EUROPEOS EN RELACIÓN A LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO

A partir de la Codificación, se generaliza la presencia en los ordenamientos nacionales de una norma sobre determinación temporal de la transmisión del riesgo que pretende dar respuesta a la pérdida o deterioro accidental de los bienes acontecida entre la celebración del contrato y la entrega de la cosa al comprador⁴³. De una parte, aquellos en los que la propiedad se transmite mediante el propio contrato de compraventa, hacen pasar al comprador el riesgo de pérdida o deterioro casual en el mismo momento de la perfección del contrato, siendo el Código francés (art. 1138) el paradigma de este modo de resolver el dilema de decidir cuándo este riesgo se transmite al comprador, sin perjuicio de las notables excepciones que encierra⁴⁴ y de que es posible que las partes pacten retrasar la transmisión de la propiedad⁴⁵ o que introduzcan pactos específicos sobre transmisión de riesgos, como acontece con frecuencia en las compraventas comerciales⁴⁶.

De otra parte, los que desvinculan la transmisión del riesgo de la adquisición del dominio. La regla general en estos países es que el

⁴² El *Code* mismo contiene no pocas excepciones, imprescindibles para un funcionamiento correcto del sistema.

⁴³ Sobre el desarrollo del punto temporal de transmisión del riesgo en cada sistema ver: RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, [n. 35] pp. 308-319.

⁴⁴ Entre otras, no se aplica en caso de cosas genéricas, venta de cosas futuras o venta sujeta a condición (resolutoria o suspensiva), o bien sometida a plazo (art. 1182). En estos casos el riesgo no se transmite al comprador en el momento de la conclusión del contrato y la propiedad no pasa al comprador aunque haya habido entrega. En segundo lugar, los supuestos de retraso en la entrega por parte del vendedor que provocan que el riesgo revierta de nuevo sobre el vendedor (art. 1.302.2). También el supuesto en el que el vendedor se obliga a poner a disposición del comprador el bien en un plazo determinado.

⁴⁵ WAELBROECK, *Le transfert de la propriété*, [n. 17] pp. 49-72 (*Le transfert des risques*) [51].

⁴⁶ *Ibidem*, se hace eco el autor de la frecuencia con que las partes en contratos de compraventa comercial introducen cláusulas sobre transmisión de riesgos, sin hacer mención a la transmisión de propiedad. Estas cláusulas pueden hacer pasar el riesgo en el momento de la entrega de la mercancía al comprador, al porteador, etc... [pp. 51-52]. Cláusulas que generan controversia, algo que ya permitía el Código de comercio francés (art. 100).

riesgo pasa al comprador sin perjuicio del criterio que determine la transferencia de la propiedad, como Alemania (§§ 446, 447 BGB) que se basa en la entrega, o en otros casos en el momento de perfección del contrato (como España: art. 1452 CC⁴⁷), que reflejan las dos referencias temporales de este enfoque.

En sede de armonización europea, durante la labor preparatoria para la redacción del DCFR, un subgrupo del *Study Group of European Civil Code*⁴⁸, coordinado por dos juristas austríacos (Wolfgang Faber y Brigitta Lurger) se encargó del trabajo preliminar correspondiente al libro VIII («Adquisición y pérdida de la propiedad de los bienes»)⁴⁹. El objetivo de los informes era recoger la información correspondiente a los diferentes sistemas europeos sobre:

⁴⁷ Como es sabido, el artículo 1452 CC español no es explícito, pero la interpretación generalizada en la doctrina y jurisprudencia con fundamento en la tradición histórica apunta de forma mayoritaria y con diferentes matices interpretativos a que el precepto hace pasar el riesgo con la perfección del contrato, haya o no habido entrega de la cosa, como regla general, y por lo que se refiere a la compraventa civil. En la doctrina clásica destaca la obra de ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Montecorvo, Madrid, 1972 (y también respecto al derecho romano: «*Periculum est emptoris* y Vat. Frag. 16 (Pap. 3 resp.)», *Anuario de Historia del Derecho español*, 31 (1961) pp. 363-389). La literatura española es abundante, citemos los siguientes trabajos: ALCANTARA SAMPELAYO, J., «La prestación del riesgo en la compraventa», *Revista de Derecho Privado* (1946) pp. 487-506; BÉRGAMO, A., «El riesgo en el contrato de compraventa», en AA.VV., *Estudios sobre el contrato de compraventa*, Barcelona, 1947, pp. 167 ss; DE COSSIO, A., «La transmisión de la propiedad y de los riesgos en la compraventa de cosas genéricas», *Anuario de Derecho civil* (1953), pp. 597-621 y «Los riesgos en la compraventa civil y mercantil», *Revista de Derecho privado* (1944) pp. 361-400; GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 1.452», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo, t. XIX, Edersa, Madrid, 1980; GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., «Presuposición y riesgo contractual», en *Anuario de Derecho civil*, 1987, tomo XL, fascículo II, abril-junio, pp. 526-600; LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., «Comentario al artículo 1.452», *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1993; MARTÍN IGLESIAS, M.F., «El riesgo en la compraventa y el principio de protección a los consumidores», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, 2000-10, pp. 423-433; MOLINER NAVARRO, R.M.^a, *La pérdida de la cosa debida en Centenario del Código Civil*, II, Madrid, 1990; PINTÓ RUIZ, J.J., «Resolución del contrato y la regla «*periculum est emptoris*», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1975, pp. 693 ss; ROCA SASTRE, R.M., «El riesgo en el contrato de compraventa», en *Estudios de derecho privado*, t. I, Madrid, 1948, pp. 384 ss; SOTO NIETO, F., *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, Colegio de Registradores, Barcelona, 1965.

Además, se han publicado varias monografías recientes como: ABRIL CAMPOY, J.M., *La atribución del riesgo al comprador. La máxima periculum est emptoris y su ámbito de aplicación*, Tirant, Valencia, 2011; FUENTESECA DEGENEFEE, C., *Pérdida deterioro de la cosa debida antes y después de la entrega en el contrato de compraventa*, Cuadernos de Derecho Registral. Fundación Registral, Madrid, 2010; LINACERO DE LA FUENTE, M., *Los riesgos en el contrato de compraventa. La reforma del artículo 1.452 del Código Civil*, Colegio de Registradores, Madrid, 2008.

⁴⁸ El Study Group of European Civil Code se fundó en 1999 como un cuerpo sucesor de la Comisión europea sobre el Derecho europeo de Contratos. Junto con el Research Group on EC Private Law (Acquis Group) ha elaborado el DCFR.

⁴⁹ Puede verse una apreciación general de los principales aspectos de este libro en SALOMONS, A., «Fifteen questions on the rules regarding the Acquisition of Movables in Book VIII Draft Common Frame of Reference», *European Review of Private Law*, 2009-4, pp. 711-724. Para una perspectiva de futuro sobre el tema: VAN ERP, S., SALOMONS, A. y AKKERMANS, B., *The Future of European Property Law*, Munich, 2011.

«*Property law on the transfer of movables*»⁵⁰ (los bienes inmuebles e intangibles no son objeto de atención).

Los informes nacionales incluyen un apartado específico sobre «*the passing of risk*»⁵¹, tratando de captar el grado de aproximación europea respecto a cuestiones⁵² tales como si se considera una cuestión meramente obligacional o si está conectado con la transmisión de propiedad; cuál es el criterio de la determinación temporal del paso de riesgo y en tercer lugar, la existencia, en su caso, de normas especiales para las ventas de consumo⁵³.

La información que arrojan estos informes nacionales permite clasificar el panorama de la legislación europea respecto a la determinación temporal del paso del riesgo (sin entrar en las excepciones de cada uno de los sistemas y limitándonos solamente al criterio general): Por un lado, los países en los que se hace coincidir con la transmisión de propiedad, además de Francia⁵⁴; Italia (art. 1465)⁵⁵; Bélgica (art. 1138)⁵⁶; Portugal (art. 796 CC)⁵⁷; Inglaterra y Gales

⁵⁰ Las bases para el trabajo que se ha llevado a cabo están en: FABER, W. y LURGER, B. (eds.), *Rules for the Transfer of Movables*, Sellier, Munich, 2008 y ver también LURGER, B. y FABER, W., *Acquisition and Loss of Ownership in Movables: Principles of European Law*, Sellier, Munich, 2011.

⁵¹ Los informes nacionales han sido objeto de publicación independiente desde el año 2008 al 2011. Han sido elaborados por profesores y profesionales de la práctica sobre la base de un cuestionario: FABER, W. y LURGER, B., *National Reports on the transfer of movables in Europe*, European Legal Studies. vol. 1: Austria, Estonia, Italia y Eslovenia, Sellier, Munich, 2008; vol. 2: Inglaterra y Gales, Irlanda, Escocia y Chipre, Sellier, Munich, 2009; vol. 3: Alemania, Grecia, Lituania, y Hungría. Sellier, Munich, 2011; vol. 4: Francia, Bélgica, Bulgaria, Polonia y Portugal. Sellier, Munich, 2011; vol. 5: Suecia, Noruega y Dinamarca, Finlandia y España, Sellier, Munich, 2011; vol. 6: Países Bajos, Suiza, República Checa, Eslovaquia, Malta y Letonia, Sellier, Munich, 2011.

⁵² Todos los informes sobre transmisión de propiedad mobiliaria dedican un apartado específico a la transferencia del riesgo, excepto los correspondientes a España, Italia, Bulgaria, Polonia, Malta y Letonia.

⁵³ Ver el resumen de los informes contenido en la Nota II al artículo VIII.2:201 del DCFR (Transfer of ownership and passing of risk), vol. 5, pp. 4583-4595.

⁵⁴ Vol. 4, pp. 111-112.

⁵⁵ Art. 1465. 1.º «Nei contratti che trasferiscono la proprietà di una cosa determinata ovvero costituiscono o trasferiscono diritti reali (1376), il perimento della cosa per una causa imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, ancorché la cosa non gli sia stata consegnata».

⁵⁶ Vol. 4, pp. 249 y 262-264. Sigue el sistema francés en el que la transmisión de la propiedad y la del riesgo son independientes de la entrega. Se producen en el momento de la perfección del contrato. A diferencia del Código de Comercio francés, en Bélgica no se reconoce expresamente el derecho de las partes a desconectar la transmisión del riesgo de la transferencia de la propiedad, aunque se admita en la doctrina y jurisprudencia. No obstante, se discute si las partes pueden acordar que el riesgo pase en un momento en el que la propiedad no puede pasar al comprador. Habría que citarse aquí el Código Civil de Luxemburgo (1804) cuyo artículo 1138 coincide con el belga.

⁵⁷ Vol. 4, pp. 682-683. El riesgo como regla general corresponde al comprador desde el momento en que adquiere el derecho, bien el momento de la perfección del contrato o de la especificación. Si hay retraso en la entrega imputable al vendedor, éste es el responsable (art. 807 CC).

(Sale of Goods Act 1979, Sec. 20. 1, 2 y 3)⁵⁸; Irlanda (sec. 20. 1, 2 y 3, 1893 Act)⁵⁹; Escocia (sec. 20 de la Sale of Goods Act 1979)⁶⁰; Chipre (sec. 26, Sale of Goods Act 1994)⁶¹; Eslovaquia (§ 590)⁶², que no obstante establece el criterio de la entrega para las ventas mercantiles⁶³. Debe excepcionarse Inglaterra, Gales y Escocia, cuando se trata de venta de bienes de consumo porque se modificó la norma, *Sale of Goods Act*, para la transposición de la Directiva 1999/44/CEE, al efecto de establecer el criterio de la entrega⁶⁴.

De otra parte, están los que no lo vinculan a la adquisición de propiedad. Entre ellos los que siguen el criterio de la entrega, además de Alemania (§§ 446, 447)⁶⁵, otros países que podríamos decir que constituyen el enfoque más frecuente: Austria (§§ 1048, 1049,

⁵⁸ Vol. 2, S. FRISBY y M. JONES, pp. 108-110. Este vínculo entre riesgo y propiedad, salvo pacto en contrario entre las partes, es objeto de crítica por parte de la doctrina sobre el fundamento de que puede que soporte el riesgo quien no tiene el control sobre el objeto y no tenga opción para asegurarlo: Véase ADAMS, J.N. y MACQUEEN, H.L., *ATTYAH'S Sale of Goods*, 12.ª ed., Longman, 2010, pp. 342-348, argumenta con relación al *Uniform Commercial Code* (art. 2-509) que separa riesgo y propiedad y sitúa el riesgo en quien que tiene el control de los bienes o que está en mejor posición de asegurarlos contra el riesgo.

⁵⁹ Vol. I, C. GARDINER, pp. 231-232. La regla principal es que el propietario soporta el riesgo (res perit domino), salvo que las partes acuerden algo diferente explícita o implícitamente- según las circunstancias del caso. Por lo tanto en cuanto el vendedor transmita la propiedad al comprador, este soportará el riesgo aunque no haya recibido la cosa.

⁶⁰ Vol. 2, D. CAREY MILLER, M. COMBE, A. STEVEN y S. WORTLEY, pp. 408-410. Si bien la posición del Common Law sigue la regla romana y en consecuencia el riesgo pasa en el momento de la perfección del contrato y por lo tanto puede ocurrir esto antes de la transferencia de la posesión y la propiedad. La regla romana ha sido aplicada por los jueces escoceses en alguna ocasión en que han encontrado en ella fundamento de justicia para el caso concreto: GORDON, W.M., «Risk in sale in Roman Law», en R. FEENSTRA y otros, *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65 anniversaire* (ed.), ed. J.C. Gieben, Amsterdam, 1995, pp. 123-130.

⁶¹ Vol. 2, S.L. SHAELOU, S. STYLIANOU y K. ANASTASIOU, p. 581. A menos que se establezca otra cosa, el riesgo es del vendedor hasta que la propiedad pasa al comprador. Una vez que se transmite la propiedad, el riesgo es del comprador, haya habido o no entrega.

⁶² Vol. 6, I. PETKOV, pp. 415-416. El riesgo pasa al comprador cuando adquiere el título de propiedad sobre el objeto. Ahora bien, añade que: «[i]f the buyer acquires ownership title to the object of the sale before it is delivered to him, the seller shall have the duties of a bailee (custodian) until the object is delivered to the buyer».

⁶³ Código de Comercio (Sec. 455 a 461). Sec. 455 contiene la regla general: «[t]he risk of damage to goods (Sec. 368 para. 2) is transferred to the buyer at the time of the buyer's hand-over of the goods, or if not done so in time, then the risk passes to the buyer when the seller allows him/her to handle the goods or when breaks a contract by failing to receive the goods».

⁶⁴ Sec. 20 (4). Ver infra nota 154.

⁶⁵ Vol. 3, M.R. MCGUIRE, pp. 119-121. El riesgo pasa al comprador tan pronto como se transfiera la posesión, en el sentido de transferir el control físico, desde ese momento puede reclamar cualquier fruto y está obligados a correr con los gastos. El paso del riesgo no está vinculado a la transmisión de propiedad, sino al de la posesión. La transmisión de la posesión no implicará la del riesgo en caso de bienes defectuosos (§ 243). Hay excepción en el caso de venta con expedición (§ 447: (1) el riesgo pasa al comprador cuando el vendedor ha entregado la cosa al porteador, transportista u otra persona designada para la expedición de la cosa (2) en caso de que el comprador haya dado instrucciones específicas sobre cómo llevar a cabo la expedición y sin razón el vendedor las incumple, es este responsable de los daños sufridos en la cosa).

1051, 1064 ABGB)⁶⁶; Países Bajos (art. 7:10 §1 y §4 BW)⁶⁷; Estonia (§ 214 Law of Obligations Act)⁶⁸; Eslovenia (art. 436 Code of Obligations)⁶⁹; Hungría (HCC §99)⁷⁰; Polonia (art. 548 CC)⁷¹; Lituania (art. 6.320)⁷²; Grecia (art. 522, para. 1 Gr.CC)⁷³.

A los que hay que sumar los países escandinavos que tienen normas casi idénticas en este punto, en el sentido de que el riesgo pasa con la entrega, salvo acuerdo en contrario de las partes. Así, Suecia (Sale of Goods Act, sec. 13 (1))⁷⁴; Noruega y Dinamarca

⁶⁶ Vol. 1, W. FABER, pp. 132-139: El Código austríaco utiliza expresamente el término «Preisgefahr», literalmente riesgo de pago del precio, y establece que el riesgo pasa al adquirente en el tiempo acordado de entrega. Y si no hay tal cuando se produzca el momento de la entrega realmente. Estas reglas están situadas en el capítulo de los contratos de la permuta, pero se aplican a la compraventa (§ 1064 ABGB). El autor recoge los tres argumentos que la doctrina actual austríaca aporta para justificar la regla de que el paso del riesgo se apoye en el momento pactado para la entrega (o subsidiariamente cuando ésta se produzca): 1.º El riesgo pasa cuando el transmitente lleva a cabo el principal acto de cumplimiento de su obligación de acuerdo con el propósito del contrato; 2.º Hasta el momento de la entrega el vendedor tiene mejores oportunidades para proteger los bienes de un posible peligro; 3.º La relación con los beneficios que supone (frutos) y las cargas la tenencia del objeto y que en consecuencia tiene que soportar los riesgos. Existen reglas en el propio Código austríaco que establecen la relación entre ambas cuestiones, el paso del riesgo y la atribución de frutos y cargas (§§ 1049 y 1050) [p. 135]. El informe también recoge las discrepancias que surgen por las diferentes formas de traditio, no hay ningún problema con la entrega física del objeto, pero sí con la entrega simbólica en la que el riesgo no pasa al adquirente ya que no tiene aún el poder físico, siendo el *constitutum possessorium* el más debatido en la doctrina [p. 136].

⁶⁷ Vol. 6, A.F. SALOMONS, pp. 95-96. Se utiliza el término «aflevering» (poner a disposición), que no debe confundirse con «levering» (entrega para transferir la propiedad) aunque ambas se traduzcan al inglés como «delivery».

⁶⁸ Vol. 1, K. KULLER KUPP, pp. 302-303. Afirma el precepto citado: «El riesgo de pérdida accidental o daño pasa al comprador en el momento de la entrega de la cosa». Según este informe entrega no se interpreta necesariamente el control físico o posesión sobre la cosa, sino que el transmitente ha cumplido con la obligación de entregar (§ 209) cuando se ha puesto a disposición del comprador en el lugar señalado y le ha sido notificado al comprador.

⁶⁹ Vol. 1, C. RUDOLF/V. RIJAVEC/T. KERESTES, pp. 598-599. Se entiende por entrega del bien, la transferencia de la posesión.

⁷⁰ Vol. 3, F. SZILAGYI, pp. 597-604. Responde el propietario en la medida en que se han cumplido todas las obligaciones del contrato, ahora bien esa vinculación no implica que en ese país se considere la cuestión como jurídico-real, sino como un tema obligacional.

⁷¹ El informe contenido en el vol. 4, no recoge comentario al respecto.

⁷² Vol. 3, V. MIKELENAS, pp. 386-387. Aunque con carácter general (art. 4.52 CC) el riesgo pasa al adquirente en el momento en el que adquiere el derecho de propiedad, a menos que se haya establecido otra cosa; respecto al contrato de venta, el art. 6.320 CC, establece una regla especial según la cual el riesgo pasa al comprador en el momento en el que el vendedor ha cumplido con su obligación contractual de entrega, sin perjuicio de si se ha transmitido o no la propiedad.

⁷³ Vol. 3, C. KLAUDATOU, pp. 280-283. El riesgo pasa al comprador con el cumplimiento de la obligación de entrega, siempre que se realice en cumplimiento de un contrato válido, y desde entonces (art. 525), el comprador se beneficia de las ventajas y soporta las cargas.

⁷⁴ Vol. 5, M. LILJA, pp. 111-114. Se considera que se ha producido la entrega cuando el comprador (o su representante) toma control físicamente de los bienes, en el caso de que el comprador tenga que recoger los bienes en la sede del vendedor. También es importante el momento en el que se obtiene control físico del bien en el supuesto de que los bienes sean enviados dentro de un lugar donde el vendedor usualmente expide los bienes a los clientes o si el transporte se lleva a cabo dentro de una determinada localidad con inde-

(Sale of Goods Act de 13 mayo de 1988 y Danish Sale of Goods Act de 28 de marzo de 2003, sec. 17)⁷⁵ y Finlandia, en el mismo sentido⁷⁶. Esta regla se aplica a la venta de cosas específicas y aunque tiene excepciones, puede decirse que es absoluta tratándose de ventas de consumo⁷⁷. En estos países, dado que no tienen un concepto «unitario» de propiedad, las soluciones en derecho de contratos respecto al paso del riesgo no siempre se corresponden con la transferencia de propiedad y se revela claramente que son dos cuestiones independientes que deben tratarse separadamente.

En tercer lugar, ordenamientos que ligan el paso del riesgo a la perfección del contrato como Suiza (sec. 185 SCO)⁷⁸; y España⁷⁹ (art. 1452 CC para las ventas civiles, no para las mercantiles, art. 333 CCom)⁸⁰.

Finalmente, hay países que no contienen una regla sobre este punto, como la República Checa, aunque en este caso la doctrina considera que el riesgo pasa en el momento en el que se adquiere la propiedad por el comprador⁸¹; pero el Código comercial sí regula

pendencia de que sea el propio vendedor quien se encargue del transporte o el adquirente. Si el transmite envía personalmente los bienes fuera de estas áreas, el momento del traspaso del control físico también es determinante. También los bienes se entienden entregados cuando pasan a un transportista independiente. Si el lugar de destino se menciona en el contrato, la entrega tendrá lugar cuando los bienes alcancen ese destino.

⁷⁵ Vol. 5, J. - O. FAERSTAD/ M. LILJA, pp. 229-230. Si no se ha acordado otra cosa o si nada resulta de las reglas consuetudinarias. Las precisiones son similares a las establecidas en el ordenamiento sueco.

⁷⁶ Vol. 5, M. KUUSINEN, p. 369.

⁷⁷ En Suecia, según *Consumer Sale of Goods Act*, section 6 y 8, el riesgo sólo pasa al adquirente cuando los bienes llegan a su posesión, incluso si el consumidor ha incurrido en un incumplimiento de contrato por no recoger los bienes en el tiempo pactado. Sin embargo, se aplica una excepción: si los bienes se han deteriorado después del tiempo en el que comprador se retrasa en recibir el objeto (*take delivery*) y se produce un deterioro de los bienes por su naturaleza (fruta que se pudre, por ejemplo), en tal caso el comprador soporta los riesgos de ese deterioro. Cfr. Noruega y Dinamarca (*Consumer Sale of Goods Act* sec. 14).

⁷⁸ Vol. 6, B. FOEX/ S. MARCHAND, p. 211. La transmisión del riesgo tiene lugar en el momento de la conclusión del contrato si los bienes vendidos fueran bienes específicos (sec. 185.1 SCO). Si fueran genéricos, el paso del riesgo tiene lugar con la entrega al transportista, por la entrega del transportista al adquirente, o en el momento en que los bienes están a disposición del adquirente, dependiendo de lo que pactasen las partes (sec. 185.2 SCO). En caso de incumplimiento por el transmitente en la entrega, soporta éste los riesgos hasta la entrega. En el caso del incumplimiento de quien recibe, soporta los riesgos desde la fecha en la que se le ofreció la entrega. (sec. 103 SCO). Estas normas no están ligadas al paso de la propiedad.

⁷⁹ El informe contenido en el vol. 5 (I. GONZÁLEZ PACANOWSKA/ C.M. DÍEZ SOTO) no aborda el tema de forma específica. Ver *supra* bibliografía sobre el tema (nota 45).

⁸⁰ Aunque parece que los arts. 331 y 333 CCom en principio atribuyen los riesgos al vendedor en tanto no se haya producido la entrega o puesta a disposición, el régimen completo es discutido por la doctrina: MENÉNDEZ, A., «La transferencia de la propiedad y del riesgo en la compraventa», *Revista de Derecho Mercantil* (1951) vol. XI - 32, pp. 227-257; GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, III, vol. 1.º Madrid, 1963, pp. 296-310; ALONSO PÉREZ, *El riesgo*, [n. 47] pp. 414-461.

⁸¹ Vol. 6, L. TICHY, p. 319. No obstante, si el comprador adquiere la propiedad antes de que los bienes se le hayan entregado, el vendedor está en la posición de un «custodian» o depositario de los bienes (§ 590).

la cuestión (§ 459) y aquí el riesgo pasa al comprador cuando el comprador recibe el bien del vendedor, como regla general, independientemente del paso de la propiedad.

Además, a resultas de estos informes se hace evidente el carácter dispositivo que en la mayor parte de los países tienen las normas sobre riesgo, de modo que las partes pueden establecer un criterio diferente del legal, el cual se aplicará en defecto de acuerdo de las partes⁸². Idea que por otro lado ya existía en Roma, donde era posible y hasta frecuente en algún sector comercial bien conocido que las partes regularan esta cuestión para evitar que el riesgo pasara al comprador en el momento de la venta, como ocurría en la venta de vino sometida a *degustatio*⁸³. Disponibilidad que también existe en la venta internacional de mercaderías, donde como se verá más adelante adquiere especial importancia. No obstante, esa libertad se pierde en el ámbito de las ventas de consumo, como ocurre ya en algunos países de modo expreso (los países escandinavos o Reino Unido) y en la normativa europea sobre derechos de los consumidores⁸⁴. En estos contratos la norma de paso del riesgo se establece con carácter imperativo en aras a la protección al consumidor.

5. LA DESCONEXIÓN DEL RIESGO RESPECTO A LA PROPIEDAD BAJO PERSPECTIVA FÁCTICA EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL

Ante un panorama tan heterogéneo no sorprende que los primeros pasos para armonizar la compraventa internacional en el seno de la UNCITRAL, hacia 1930⁸⁵, pusieran de relieve la dificultad

⁸² Cfr. Alemania, Austria, Países Bajos, Inglaterra, Escocia, Chipre, Hungría; Lituania; Suecia; Noruega; Dinamarca; Eslovaquia.

⁸³ Es un tema ampliamente tratado en la literatura romanista: véase ZIMMERMAN, *The law of obligations*, [n. 32] pp 110-113; JAKAB, É., «Periculum und Praxis: Vertragliche Abreden beim Verkauf von Wein», *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZSS)*, 2004, núm 121, pp. 189-232; PENNITZ, M., «Die Gefahrtragung beim Weinverkauf im klassischen römischen Recht», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1994, núm. 62, pp. 251-296; R. YARON, «Sale of Wine», en DAUBE (ed.), *Studies in the Roman law of Sale*, Oxford, 1959, 71-77; B.W. FRIER, «Roman Law and the wine trade: the problem of vinegar sold as wine», *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (ZSS)*, 1983, núm. 100, pp. 257-295; BENÍTEZ LOPEZ, M., *La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana*, Dykinson, Madrid, 1994; LAZO, P., «El riesgo en la compraventa de vino en el Derecho Romano», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2005, XXVII, 83-100.

⁸⁴ Ver *infra* epígrafe 8.2.

⁸⁵ En UNIDROIT (Instituto para la Unificación del Derecho Privado) se elaboró un primer proyecto de Ley sobre compraventa internacional de mercaderías en 1939 que sufrió un aplazamiento debido a la guerra. En 1951 la Conferencia de La Haya encargó un nuevo proyecto, el de 1956, que dará lugar al texto definitivo de la Ley Uniforme de 1964

de armonizar el paso del riesgo del precio, destacándose que una de las cuestiones que lo hacían más complicado era precisamente la transmisión de la propiedad.

5.1 Puesta a disposición, entrega y control fáctico

En el Convenio relativo a Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercancías, *Uniform Law on International Sales*, en adelante ULIS⁸⁶ (La Haya, 1 de julio de 1964) se abordó la cuestión de la transmisión de los riesgos en los artículos 96 a 101 y como afirma Tunc: «[e]l problema de la transmisión de los riesgos es probablemente uno de los que han dado lugar a mayores dificultades durante la elaboración de la ley uniforme»⁸⁷. La determinación del momento de la transmisión de la propiedad suscitó «tales dificultades desde los primeros trabajos de elaboración de la ley uniforme que no ha parecido posible llegar a un acuerdo sobre un proyecto de texto de la ley uniforme más que haciendo que la cuestión sea silenciada por la ley [...]. Pero junto a la dificultad estaba la necesidad de regular esta cuestión del riesgo, que preocupaba como es entendible a las partes y finalmente lo que se hizo fue apartar la cuestión de la propiedad del proyecto y adoptar una perspectiva más directa y más práctica para poder reglamentar el problema de la transmisión de los riesgos centrándose en temas obligatorios y de custodia»⁸⁸.

Por lo tanto, la desconexión conceptual de la cuestión del paso del riesgo respecto a la transmisión dominical resultó, a la vista de estas

(<http://www.unidroit.org/french/conventions/c-ulis.htm>), en vigor el 23 de agosto de 1972. Fue una sugerencia de Ernst Rabel en 1929 la tarea unificadora de la compraventa internacional (BIANCA, C.M. y BONELL, M.J., *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 3).

⁸⁶ En español con las siglas LUVI.

⁸⁷ TUNC, A., «La transmisión de los riesgos en la Ley Uniforme», *Anuario de Derecho Civil*, 1958, pp. 1063-1070, p. 1063. Para el autor: «el problema es resuelto fácilmente en los países que, como Francia, consideran, por una parte, que los riesgos de la cosa deben ser soportados por el propietario de ella (*res perit domino*) y por otro, que el contrato es por sí mismo traslativo de la propiedad [...]. Esta transmisión de riesgos, por supuesto, no libera al vendedor de toda obligación. El vendedor debe custodiar la cosa y velar por la seguridad de la misma con la diligencia que imponen el valor de ella y las circunstancias. Pero si la cosa perece sin culpa del vendedor, éste tiene derecho a reclamar el precio».

⁸⁸ *Ibidem*, p. 1064. Las diferencias entre entrega, propiedad y riesgo, a los efectos de llegar a un acuerdo armonizador en este tema se pusieron de relieve por LAGERGREN, G., *Delivery of the goods and transfer of property and risk in the law on sale*, Nordstedt&Söners Förlag, Stockolm, 1954, sobre un estudio comparado de la noción de entrega y su percepción en diferentes países [30-59], la de la propiedad [60-83] y la del riesgo y su transmisión [84-147].

palabras, no tanto del convencimiento sino de la necesidad práctica de dar una solución al problema en el que sí pudiera haber consenso⁸⁹.

Así las cosas, se acudió al criterio de que el que el riesgo pasara con la entrega de la cosa vendida. El artículo 97.1 afirmaba que «[l]os riesgos son transmitidos al comprador desde la entrega de la cosa efectuada en las condiciones previstas en el contrato y en la presente ley»⁹⁰, quedando definida la entrega (*délivrance*) en el artículo 19 como la «remise» de una cosa conforme con el contrato⁹¹.

Sin embargo no era éste el criterio originario que se había manejado en el proyecto de 1939, que había sido el de la puesta a disposición⁹². El criterio de la entrega, sin matices fácticos, aparece después, en el proyecto de 1956 y fue el que resulta aprobado en la ULIS de 1964. Esto es, en origen se había establecido un criterio más funcional pero se cambió por el de la entrega, que como bien afirma Garrigues, es más simple⁹³. Una visión de la entrega como obligación del vendedor, puramente contractual, sin estar ligada a la propiedad o a la posesión, conceptos configurados legalmente. Querían una idea de entrega puramente contractual que dependiera sólo de situaciones fácticas⁹⁴. Se decidió no confundir la entrega con la transmisión de la posesión directa para evitar las variadas interpretaciones que se dan en los distintos países sobre el concepto de posesión. Este fue el criterio aceptado por los redactores sin demasiado convencimiento, simplemente para facilitar el acuerdo.

Pero era evidente que el criterio de la *délivrance* no se adaptaba a la complejidad de la compraventa internacional de mercaderías,

⁸⁹ LAGERGREN, G., «La entrega», *Anuario de Derecho Civil*, 1958, XI, pp. 1041-1051 [1041-1042], afirma que los redactores del Proyecto de 1939 coincidieron en admitir la posibilidad de delinear la transmisión del riesgo sin rozar la propiedad.

⁹⁰ Precepto idéntico al artículo 109.1.º de Proyecto la Ley Uniforme. La versión original se redactó en francés: «Les risques sont transférés à l'acheteur à compter de la délivrance de la chose effectuée dans les conditions prévues au contrat et à la présente loi».

⁹¹ Puso de relieve TUNC, «La transmisión de los riesgos en la Ley Uniforme», [n. 87] pp. 1967 y 1969, la dificultad derivada de que aún no estaba clara la conexión entre conformidad y transmisión del riesgo. En el caso de dación de una cosa no conforme con el contrato, la transmisión de riesgos no se produciría nunca. Debería dejarse claro sobre quién recae la carga de los riesgos entre la dación de la cosa y la decisión que toma el comprador si la cosa no es conforme con el contrato. No se puede decir que ha cumplido si la mercancía entregada es defectuosa. Tampoco resolvía la cuestión de la entrega de los documentos de transporte. Véase igualmente la crítica de HOFFMANN, B. von, «Passing of Risk in International Sales of Goods», en P. SARCEVIC & P. VOLKEN (eds.), *International Sale of Goods*, 1982, pp. 265-303 [276-277].

⁹² Puede consultarse el texto del proyecto de *Ley Uniforme sobre la venta internacional de los objetos muebles corporales* en el *Anuario de Derecho Civil*, 1958, XI, pp. 1141-1166 (traducción no oficial de F. Sánchez Calero y J.A. Prieto Gómez).

⁹³ Asistió a la conferencia de La Haya en 1964 como Jefe de la Delegación Española. Ver: GARRIGUES, J., «La entrega de la cosa según la Ley Uniforme sobre la venta internacional de objetos muebles corporales», *Revista de Derecho mercantil*, XLII, núm. 101, julio-septiembre 1966, pp. 7-21.

⁹⁴ LAGERGREN, «La entrega», [n. 89] p. 1041.

caracterizada por un tráfico crecientemente intenso y complejo, y por ello recibió críticas desde diferentes puntos de vista dado que se adaptaba bien a una venta directa instantánea, al por menor, pero mal a la venta internacional, donde el comprador no toma posesión en el momento de la perfección del contrato, sino después de un *iter* en el cual el vendedor pone la mercancía a disposición del comprador cuya voluntad es decisiva en el cumplimiento de la obligación de entrega⁹⁵.

A la vista de esta crítica, la determinación temporal del paso del riesgo fue expresamente objeto de atención en la CISG⁹⁶, que dedica el Capítulo IV a la transmisión del riesgo (arts. 66-70)⁹⁷.

⁹⁵ Según GARRIGUES, [n. 93] pp. 13, 15 y 17, los artífices de la Ley no estaban muy de acuerdo con el artículo 19 pero transigieron porque pensaban que si se cambiaba obligaría a reelaborar toda la ley cuyo proyecto había quedado paralizado con la Segunda Guerra Mundial (pp. 10-12). En la venta de plaza a plaza existe la necesidad de transportar la mercancía y aquí entra en juego normalmente la venta con expedición en la que la entrega se considera realizada en el acto de consignarla al porteador y de remitir los documentos o títulos de transporte al comprador y no en la llegada al punto de destino. En esa venta se interfiere el contrato de transporte, donde el porteador, es quien recibe la mercancía de manos del vendedor y debe entregarla al comprador y no entra en juego ni como representante de uno ni de otro. Hay aquí una puesta a disposición, no una entrega real y efectiva, que se producirá tiempo después cuando haya una efectiva recepción de la mercancía, pero con esa puesta a disposición, el vendedor se libera de su obligación y del riesgo de la mercancía pasa al comprador.

⁹⁶ Ver: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>. Comentarios de la CISG pueden verse en: HONNOLD, J.O., *Derecho Uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Ed. Revista de Derecho Privado, trad. española, Madrid, 1987; BIANCA y BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, [n. 85]; Díez-PICAZO, L. (Dir. y Coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998; y más recientemente: KROLL, S., MISTELIS, L., PERALES VISCASILLAS, P. (Eds.), *Un Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, ed. C.H. BECK-Hart Publishing, München, 2011; TORSSELLO, M., *Common Features of Uniform Commercial Law Conventions. A comparative study beyond the 1980 Uniform Sales Law*, Sellier, Munchen, 2004; SCHWENZER, I. y MUÑOZ, E. (Dir.), *SCHLECHTRIEM & SCHWENZER: Comentario sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2011.

⁹⁷ Específicamente sobre el riesgo en CISG pueden verse en nuestra doctrina: ALCOVER GARAU, G., *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español y Derecho internacional*, Madrid, 1991; CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario a los arts. 66 a 70 de la Convención de Viena», en Díez-PICAZO, *La compraventa internacional de mercaderías*, [n. 96] pp. 514-559; OLIVA BLAZQUEZ, F., *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, 2000; TAMAYO CARMONA, J.A., *Responsabilidad y riesgo contractual: Normas de la Convención de Viena sobre venta internacional de mercaderías e Incoterms*, Valencia, 2002; SAN JUAN CRUCELEGUI, J., *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980 y otros textos complementarios*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005 (pp. 194-199 específicamente sobre transmisión del riesgo).

En la doctrina extranjera: HONNOLD, *Derecho uniforme*, [n. 96] pp. 401-427; HOFFMANN, «Passing of Risk in International Sales of Goods» [n. 91]; NICHOLAS, B., «Comentario a los arts. 66-70», en BIANCA y BONELL, [n. 85] pp. 483-512; HAGER/SCHMIDT-KESEL, «Comentario al Capítulo IV», en SCHWENZER y MUÑOZ (Dir.), *SCHLECHTRIEM & SCHWENZER*, [n. 96] pp. 1561-1567 (trad. G. Coronado); ERAUW, J., «Delivery Terms and the Passing of Risk: Drafting Clauses related to CISG Articles 66-70», en FLECHTNER-BRAND-WALTER (Eds.), *Drafting Contracts under the CISG*, Oxford University Press, 2008, pp. 383-410 e *Ibidem*, en KROLL-MISTELIS-PERALE VISCASILLAS (Eds.), [n. 96]

El artículo 67⁹⁸ recoge el supuesto más frecuente en el cual el contrato entraña transporte, que será lo normal en la esfera internacional y donde por definición hay un periodo de tiempo en el que ninguna de las partes del contrato tiene la posesión física. El riesgo pasa aquí mediante la puesta de las mercancías en poder del primer porteador, transportista independiente, siempre que las mercancías estén identificadas. El siguiente precepto, artículo 68⁹⁹, regula la venta en tránsito, donde el riesgo se transmite desde la celebración del contrato como regla general. Y finalmente, el artículo 69¹⁰⁰, que constituye una norma residual básica respecto a los dos preceptos anteriores, determina primeramente que el riesgo pasa cuan-

pp. 880-912 (esta obra añade al final del comentario de cada artículo otras reglas, cuando las hay, en PECL, Principios UNIDROIT, DCFR y la Directiva de Derechos de los Consumidores); VISSER, E., «*Favor Emptoris*: Does the CISG Favor the Buyer?», *University of Missouri Law Review* (1998) pp. 77-92; ADAME GODDARD, J., «La regla *periculum est emptoris* aplicada a la compraventa internacional de mercaderías», *Anuario Jurídico* (1984) XI, pp. 237-249; VIDAL OLIVARES, A., «El riesgo de las mercaderías en la compraventa internacional en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías», *Ius et Praxis* (2002) vol. 8, núm.2, pp. 519-555; VALIOTI, Z., «Passing of Risk in international sale contracts: A comparative examination of the rules on risk under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna 1980) and INCOTERMS 2000», Thesis LL.M. en International Commercial Law (Univ. Kent, 2003); OBERMAN, N.G., «Transfer of risk from seller to buyer in international commercial contracts: A comparative analysis of risk allocation under the CISG, UCC and Incoterms» (1999) y ROMEIN, A., «The Passing of Risk. A comparison between the passing of risk under the CISG and German law», (2000) (ambos en Pace Law School Institute of International Commercial Law: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg>). Fecha última consulta: 14.07.2012.

⁹⁸ Artículo 67: 1) Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa. Cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar. El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos representativos de las mercaderías no afectará a la transmisión del riesgo. 2) Sin embargo, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo.

⁹⁹ Artículo 68: El riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato. No obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte. Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor.

¹⁰⁰ Artículo 69: 1) En los casos no comprendidos en los artículos 67 y 68, el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción. 2) No obstante, si el comprador estuviere obligado a hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto de un establecimiento del vendedor, el riesgo se transmitirá cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar. 3) Si el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, no se considerará que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén claramente identificadas a los efectos del contrato.

do el comprador se hace cargo de las mercancías en el establecimiento del vendedor, o si no lo hace a su tiempo, desde que estén a su disposición o incurra en incumplimiento al rehusar su recepción; y en el segundo párrafo, para el caso de que el comprador estuviera obligado a hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto de un establecimiento del vendedor, tendrá lugar cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que están a su disposición, teniendo en cuenta igualmente que no se considera que estén a su disposición si no están identificadas.

Las normas de la CISG se inspiraron en los Incoterms y sobre todo en una reflexión sobre los tipos contractuales más frecuentes en el tráfico comercial¹⁰¹. Por lo tanto, el enfoque pretende ser pragmático, funcional, basado en la compleja tipología de la venta internacional y las necesidades de la práctica. Esto es, no hay en la CISG una norma única de determinación temporal de paso del riesgo, sino varias que lo conectan a una u otra situación habitual en el tráfico comercial internacional. Lo que inspiró los criterios de transmisión del riesgo del precio es saber quién tiene el control de las mercancías. Se transmite el riesgo, como norma general, cuando se pierde el control sobre la mercadería. Esto es lo que permite una mejor posición para asegurar que lleguen a su destino en perfecto estado y lograr el aseguramiento más favorable, cuando ello sea posible¹⁰²; también favorece el evaluar las pérdidas o el deterioro sufrido y plantear la reclamación correspondiente. Estos criterios permiten minimizar en la práctica la litigiosidad sobre la culpa en la custodia de la mercancía¹⁰³.

5.2 Enfoque contractual desvinculado de efecto jurídico-real en CISG

El resultado del tratamiento del riesgo en la CISG es antidogmático en cuanto que independiza el paso del riesgo de los tres clásicos puntos de conexión presentes en las legislaciones civiles

¹⁰¹ Desde 1.1.2011 están en vigor los INCOTERMS 2010 que la Cámara de Comercio Internacional va revisando periódicamente desde 1936 (<http://www.iccspain.org>). También hay inspiración en el Uniform Commercial Code (§ 2-509: Risk of Loss in the Absence of Breach). Ver trabajos citados supra de OBERMAN y VALIOTI [n. 97], para un análisis comparado entre CISG, e INCOTERMS y UCC. También en: ERAUW, «Comentario arts. 66 a 69», en KROLL-MISTELIS-PERALES, [n. 96] pp. 895-899 y en 907-908; HOFFMANN, [n. 91] pp. 279-280 y TORSSELLO, [n. 96] («Transfer of Risk» pp. 197-202), quien compara CISG en este aspecto de transferencia del riesgo con otras Convenciones comerciales, relacionadas con servicios de transporte, factoring y leasing.

¹⁰² Siempre hay riesgos no asegurables: HAGER/SCHMIDT-KESSEL, [n. 97] p. 1562.

¹⁰³ HONNOLD, *Derecho uniforme*, [n. 96] p. 401. En la doctrina española, por todos CAFFARENA, «Comentario...» [n. 97] pp. 524 y ss.

europas vistos más arriba: la perfección del contrato, la transmisión de la propiedad y la entrega de la cosa al comprador, si bien es cierto que la regla residual del artículo 69 se acerca a ésta última. El planteamiento tópico, con varias opciones y el hecho de colocar en primer lugar el supuesto más típico, la venta internacional con transporte, es original. Por ello se ha dicho que la CISG hizo un *fresh start* partiendo de la realidad y separándose del planteamiento tradicional caracterizado por un único punto de conexión¹⁰⁴.

En consecuencia, y teniendo en cuenta solamente lo que nos interesa destacar en este trabajo, estas normas del riesgo se independizan de la propiedad, no sólo como criterio temporal de atribución del riesgo, sino también eludiendo el criterio de la entrega, que tampoco funciona como punto de referencia. Al contrario, las normas de riesgo de la CISG están vinculadas a actos físicos de transmisión de la posesión. Se elude el término entrega. El enfoque por lo tanto es diferente a ULIS¹⁰⁵.

La UNCITRAL decide conscientemente desligar la «*délivrance*» del tema del paso del riesgo porque provocaba confusión. Desaparece la definición que era ambigua y no proporcionaba un resultado satisfactorio, y además, tal y como estaba redactado el precepto, resultaba de difícil traducción del francés, que fue la lengua de la redacción original, al inglés y a otros idiomas¹⁰⁶.

La Convención de Viena opta por un enfoque estrictamente contractual. El vendedor es responsable de toda falta de conformidad en el momento de la transmisión del riesgo, aun cuando se manifieste después de ese momento (arts. 36.1 y 66) y esta idea ha tenido gran transcendencia en el proceso de armonización europea de la venta, como se deja constancia más adelante¹⁰⁷. En la CISG el enfoque contractual del paso del riesgo se refuerza e incluso se cambia el emplazamiento sistemático del Capítulo que lo regula, moviéndose desde donde estaba originalmente, que era al final de las disposiciones sobre la venta, a un lugar anterior, esto es, a continuación de las

¹⁰⁴ Apunta HOFFMANN, [n. 91] p. 265, la influencia del Análisis Económico del Derecho.

¹⁰⁵ Aunque algunos comentaristas de la CISG apuntan a que la diferencia con ULIS es más bien de técnica legislativa porque las reglas de paso de riesgo de la CISG se corresponden ampliamente con las de la Ley Uniforme. Es el caso: de NICHOLAS, [n. 97] p. 487, para quien el resultado frecuentemente no será muy distinto; ERAUW, «Comentario...» [n. 101] p. 891; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, [n. 96]; TORSSELLO, [n. 96] p. 199.

¹⁰⁶ Comentario al artículo 31 de HONNOLD, [n. 96] p. 262. En el artículo 19 se describía «*délivrance*» como «*remise*», lo que hacía imposible la traducción inglesa y a otras lenguas, al no encontrarse otra palabra equivalente a «*delivery*».

¹⁰⁷ Epígrafes 6 y 7 respecto a la influencia sobre el DCFR y epígrafe 8.1 respecto a la Directiva 99/44/CE.

obligaciones del vendedor (Capítulo II) y las del comprador (Capítulo III), pasando a ser el Capítulo IV¹⁰⁸.

5.3 La transmisión de la propiedad ausente en la CISG: regulación por derecho interno

El hecho de que la CISG no regule la transmisión de la propiedad de las mercancías vendidas¹⁰⁹, implica que el cuándo y el cómo se transfiere la propiedad se determinará conforme al derecho interno. Los comentaristas coinciden en que fue imposible redactar una norma uniforme sobre transmisión de propiedad debido a las grandes diferencias existentes entre los distintos sistemas normativos, así que hubo que renunciar a lograr la uniformidad en este punto¹¹⁰. Por lo tanto, estamos ante una exclusión que genera un *gap intra legem*, en palabras de Ferrari¹¹¹, y que debe integrarse con arreglo a la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado (art. 7.1 CISG) dado que está más allá del poder integrador del artículo 7.2¹¹².

No pocas voces valoran esta ausencia muy negativamente habida cuenta de que en los países cuyo sistema de transmisión es *solo consensu*, como Francia e Italia¹¹³, se percibe de modo problemático que quien ya es propietario conforme a esos ordenamientos, puede que no asuma una pérdida o daño según la regla de la CISG sobre transmisión

¹⁰⁸ Según HONNOLD, [n. 96] p. 403, esto se hizo para acentuar la relación entre el riesgo de pérdida y la obligación de las partes de cumplir el contrato. Puede verse la historia legislativa de la Convención en HONNOLD, [n. 96] pp. 59-66, en concreto datos sobre la actuación de la Conferencia diplomática de 1980 que basó su trabajo en el Proyecto de la Convención aprobado en 1978 por la UNCITRAL.

¹⁰⁹ Lo excluye expresamente el artículo 4, apartado b) al decir: «[É]sta no concierne, en particular: a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas». Sólo regula los derechos y obligaciones del comprador y del vendedor dimanantes del contrato, entre los cuales se encuentra el artículo 30 que obliga al vendedor a transmitir la propiedad y el artículo 41-42, la de entregar mercancías libres de pretensiones de terceros.

¹¹⁰ Afirma L. ROJO AJURIA que quedó atenuado por la regulación de la transmisión del riesgo y la conservación de las mercaderías («Comentario al art. 4», en DíEZ-PICAZO, *La compraventa internacional...*, [n. 96] pp. 72-87 [86]). Tampoco prosperaron los esfuerzos para armonizar los derechos de los adquirentes de buena fe.

¹¹¹ FERRARI, F., «Uniform interpretation of the 1980 Uniform Sales Law», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1994-1995, pp. 183-228 [225-226].

¹¹² ROJO AJURIA, «Comentario artículo 4», [n. 110] p. 74. Puede que el contrato determine la cuestión de la propiedad y a veces se incluyen cláusulas de reserva o retención de dominio. Según RAMBERG, J., *ICC Guide to Incoterms 2000, International Chamber of Commerce*, Paris, 1999 (reimp. 2005), Presidente del Grupo de trabajo que elaboró los Incoterms 2000), p. 12, la ley aplicable determinará en qué medida estas cláusulas son efectivas una vez que el vendedor ha transmitido la posesión al comprador. Advierte que estas cláusulas no siempre lo son y el vendedor debe ver cuidadosamente cuál es la norma aplicable, normalmente la del país donde los bienes están situados.

¹¹³ Subraya VISSER, [n. 97] p. 81, la contradicción que en este sentido esconde la CISG que persigue la uniformidad (art. 7.1).

del riesgo, en bienes que son ya suyos conforme al derecho nacional aplicable¹¹⁴. Y añádase que una compraventa puede ser internacional sin atravesar fronteras, siendo aplicable el residual artículo 69, generándose una cierta paradoja si ello ocurre en uno de estos países por contraste con la regulación aplicable a un contrato doméstico.

En la práctica el problema no es relevante desde el momento en que las partes excluyen con frecuencia las normas de riesgo de la CISG, haciendo uso de su libertad contractual reconocida por la propia Convención (art. 6). La realidad demuestra que a pesar del enfoque realista en este punto de la Convención, parece que la efectividad práctica es limitada en la medida en que las partes prefieren muy a menudo regular *ad hoc* esta cuestión de la transmisión del riesgo o acudir a los términos específicos estandarizados, los Incoterms, sobre todo cuando hay transporte por mar, ámbito natural del los mismos¹¹⁵. También pueden introducir las partes en el contrato una regulación específica del riesgo acudiendo a usos comerciales locales o propios de un determinado sector¹¹⁶, o bien conectando el riesgo a las condiciones generales de la empresa vendedora¹¹⁷ o vinculándolo al pago del precio.

Todo ello obliga en la práctica a mirar cuidadosamente los términos del contrato, como resulta del *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Uncitral, 2012 edition)¹¹⁸. Ahora bien, no veo posible determinar fácilmente si esa exclusión voluntaria de carácter parcial, limitada a las normas de riesgo, es más frecuente en la práctica cuando está involucrado en el contrato un sistema nacional de trans-

¹¹⁴ Sostienen esta posición crítica: VISSER, [n. 97] p. 91 y TORSSELLO, [n. 96] pp. 198-199. También deja planteado el problema aunque en este caso sin tono crítico: SACCO, «Conclusioni», en VACCA-CANNATA, *Vendita e trasferimento*, [n. 11] pp. 893-902 [897].

¹¹⁵ ERAUW, «Comentario...», en KROLL-MITELIS-PERALES, [n. 101] pp. 891 y 894-895, afirma que las partes pueden excluir la CISG parcialmente, esto es, para regular un aspecto como éste u otro, ya que los Incoterms son muy concretos en la regulación del riesgo y en la determinación del lugar de entrega física de los bienes. Para el resto de las cuestiones, entraría en juego de modo subsidiario la CISG. Ver sobre el tema: CENINI, M. y PARISI, F., «An economic analysis of the CISG», en A. JANSSEN y O. MEYER (eds.), *Methodology of the CISG*, Sellier, Munich, 2009, pp. 158-170 («*Passing of risk: The delivery of the goods and the Cheaper Cost Avoider*», pp. 164-165).

¹¹⁶ Ver KHOO, W., «Comentario al artículo 4», en BIANCA-BONELL, [n. 85] pp. 44-48 [46] y también ERAUW, «Delivery...» [n. 97] p. 384, destaca la importancia en la regulación del riesgo de las costumbres locales y las cláusulas comerciales de sectores específicos.

¹¹⁷ Recoge algún caso con estas características: DIMATTEO, L.A., DHOOGHE, L., GREENE, S., MAURER, V. y PAGNATTARO, M., «The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence», *Northwestern Journal of International Law and Business*, 2004, 34, pp. 299-440 [409].

¹¹⁸ Sobre los arts. 66-70: pp. 315-327 [315], véase <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>.

misión consensual de propiedad o si no es así¹¹⁹. Lo que sí cabe afirmar es la usual exclusión de las normas de riesgo en los contratos internacionales, bien sea por este motivo o por otro de los antedichos.

En todo caso, el avance de la CISG fue indiscutible al desconectar el riesgo de la transmisión de dominio en el doble sentido mencionado (como criterio temporal de transmisión del riesgo y eludiendo hablar de entrega). Marcó un hito en la regulación de esta cuestión cuya derivada se prolonga hasta nuestros días en las reformas de los ordenamientos europeos¹²⁰, como el español¹²¹, y especialmente en la vocación armonizadora europea e internacional¹²², si bien dejó pendiente el ambicioso objetivo de avanzar hacia la unificación de las reglas sobre la transmisión de dominio.

¹¹⁹ Existe desde 2001 el CISG Advisory Council (<http://www.cisgac.com>) que ha emitido opiniones sobre diferentes asuntos, pero no aún sobre el tema de la transmisión del riesgo, sí está en marcha un estudio sobre: «Implied opting-out under Article 6».

¹²⁰ SACCO, R., «A Comparative Analysis...» [n. 17] p. 119, destaca esta influencia de la CISG en relación a la transmisión de riesgos sin relacionarlo con la transmisión de propiedad. Por ejemplo, en los Países Bajos, A. Salomons en el informe nacional de ese país refleja la consonancia entre el art. 7:10 §1 BW y el artículo 69 CISG (cfr. art. 97 ULIS).

¹²¹ Ver la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de contrato de compraventa (Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, 2005, núm. 1988, pp. 108-124) y Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y contratos (Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, 2009, suplemento). Ambas publicadas de forma conjunta en libro independiente bajo el título: «Propuesta para la modernización del derecho de Obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación». En la misma, el artículo 1452 CC recibe nueva redacción:

«El riesgo de pérdida o deterioro casual de la cosa vendida corresponde al comprador desde que el vendedor haya hecho cuanto le incumba en el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa.

Cuando el vendedor deba cumplir su obligación de entrega poniendo la cosa a disposición del comprador para que éste la retire del establecimiento de aquél, no se imputará el riesgo al comprador hasta que reciba la cosa o se retrase en recibirla.

A partir del momento en que pasa el riesgo al comprador corresponderán a éste los frutos y beneficios de la cosa y soportará las cargas propias del disfrute.»

El traspaso del riesgo al comprador no priva a éste de los derechos que tuviera si la cosa entregada no fuere conforme con el contrato o no estuviere libre de derechos de terceros. Ver el estudio comparativo de las Propuestas mercantil y civil de reforma en materia de Obligaciones y contratos llevada a cabo por FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: aspectos generales. El incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, 2010, vol. 63-1, pp. 47-136 y «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento Parte segunda: los remedios del incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, 2011, vol. 64-4, pp. 1481-1684.

¹²² Véase en LANDO, O., «CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law», *American Journal of Comparative Law*, 2005, pp. 379-401, la influencia de la CISG a lo largo de 25 años en los principios PECL y los principios UNIDROIT; y HARTKAMP, A.S., «Principles of Contract Law», in *Towards...* [n. 17] pp. 239-259, refleja una comparación entre los principios UNIDROIT y los PECL.

Asimismo la influencia de la CISG se dejó notar también en el llamado Proyecto Gandolfi que hace una década se publicó bajo el nombre de «Código europeo de contratos»: Véase GANDOLFI, G. (ed.), *Code Européen des Contrats*, Pavia, 2001) en el que se vincu-

6. LA REGULACIÓN CONTRACTUAL DEL PASO DEL RIESGO EN EL DCFR

El DCFR, a diferencia de la CISG, sí incluye un cuerpo de normas sobre la propiedad de los bienes muebles corporales en el ya mencionado libro VIII¹²³ («Adquisición y pérdida de la propiedad de los bienes»), algo que se había demandado por la doctrina¹²⁴. El resultado no obstante ha sido discutido¹²⁵, pero lo que cabe decir al efecto de este trabajo es que el DCFR consagra un principio relevante en la armonización de los derechos reales a nivel europeo, como es el de la separación entre el derecho de propiedad y el derecho de obligaciones y ello se refleja bien en el tema de la transferencia del riesgo, como se ve a continuación:

El paso del riesgo se contempla dentro del Libro IV (Specific contracts and the rights and obligations arising from them), en la Parte A del mismo que está dedicada al contrato de venta, en el Capítulo 5 bajo el título: Passing of risk¹²⁶.

Dicho Capítulo 5 regula la transmisión del riesgo en dos secciones. La primera contiene las reglas generales (General provisions, 5:101, 102 y 103) que tratan el efecto del paso del riesgo (5:101)¹²⁷ y el momento temporal en el que esto sucede (5:102)¹²⁸, que es la

lógica del traspaso del riesgo con la adquisición de la posesión por el comprador o quien se encargue de recibirla:

Art. 46.4: «En los casos previstos en los apartados anteriores, el riesgo de la destrucción o deterioro de la cosa es del adquirente desde el momento en que éste, la persona encargada por él de recibirla o el transportista, que previo acuerdo se compromete a entregarla, han tomado posesión de la cosa» (trad. dir. por García Cantero; la de esta sección a cargo de S. GASPAR LERA: <http://www.unizar.es/derecho/nulidad/textos>. Consulta 15.03.2011).

¹²³ Epígrafe 4.

¹²⁴ Sobre la necesidad de incluir reglas sobre derecho de propiedad en el marco común de referencia, entre otros: VAN ERP, S., «DCFR and Property Law: The need for consistency and coherence», en SCHULZE, R., *Common Frame of Reference and Existing EC Contract law*, 2.ª ed., Sellier, Munchen, 2009, pp. 261- 273; Ibídem, «European and National property law. Osmosis or growing antagonism», *Walter Van Gerven Lectures*, European Law Publishing, Leuven, 2006.

¹²⁵ A juicio de a juicio de AKKERMANS, B., «Property Law and the Internal Market», en VAN ERP, S., SALOMONS, A. y AKKERMANS, B., *The Future of European Property Law*, Sellier, Munich, 2012, pp. 199-246 [201], el tratamiento que hace el DCFR del derecho de propiedad está muy fragmentado, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de contratos que está más sistematizado.

¹²⁶ Ver comentario a este Capítulo 5: Transmisión del riesgo, a cargo de SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª P., en VAQUER, BOSCH CAPDEVILA y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Derecho europeo de contratos: libros II y IV del Marco Común de Referencia*, vol. II, [n. 7] pp. 929-962.

¹²⁷ Art. IV.A.-5:101: *Effect of passing of risk*: «Loss of, or damage to, the goods after the risk has passed to the buyer does not discharge the buyer from the obligation to pay the price, unless the loss or damage is due to an act or omission of the seller».

¹²⁸ Art. IV.A.- 5:102: Time when risk passes:

(1) The risk passes when the buyer takes over the goods or the documents representing them.

norma más importante, amén de una previsión específica para los contratos de venta de consumo (5:103)¹²⁹. La segunda sección, se dedica a las reglas especiales (Special rules, 5:201, 202 y 203) correspondientes a tres cuestiones que no serán objeto de nuestra atención: bienes a disposición del comprador¹³⁰, transporte de bienes¹³¹ y bienes vendidos en tránsito¹³². Por lo tanto, el DCFR aborda la transmisión del riesgo desde el punto de vista puramente contractual, en sede

(2) However, if the contract relates to goods not then identified, the risk does not pass to the buyer until the goods are clearly identified to the contract, whether by markings on the goods, by shipping documents, by notice given to the buyer or otherwise.

(3) The rule in paragraph (1) is subject to the Articles in Section 2 of this Chapter. Esta norma es dispositiva (Comment A al art. IV.A.- 5:102).

¹²⁹ IV. A. – 5:103: Passing of risk in a consumer contract for sale.

(1) In a consumer contract for sale, the risk does not pass until the buyer takes over the goods.

(2) Paragraph (1) does not apply if the buyer has failed to perform the obligation to take over the goods and the non-performance is not excused under III. – 3:104 (Excuse due to an impediment) in which case.

IV. A. – 5:201 (Goods placed at buyer's disposal) applies.

(3) Except in so far as provided in the preceding paragraph, Section 2 of this Chapter does not apply to a consumer contract for sale.

(4) The parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.

¹³⁰ IV. A. – 5:201: Goods placed at buyer's disposal.

(1) «If the goods are placed at the buyer's disposal and the buyer is aware of this, the risk passes to the buyer from the time when the goods should have been taken over, unless the buyer was entitled to withhold taking of delivery under III. – 3:401 (Right to withhold performance of reciprocal obligation)».

(2) «If the goods are placed at the buyer's disposal at a place other than a place of business of the seller, the risk passes when delivery is due and the buyer is aware of the fact that the goods are placed at the buyer's disposal at that place».

¹³¹ IV. A. – 5:202: Carriage of the goods.

(1) This Article applies to any contract of sale which involves carriage of goods.

(2) If the seller is not bound to hand over the goods at a particular place, the risk passes to the buyer when the goods are handed over to the first carrier for transmission to the buyer in accordance with the contract.

(3) If the seller is bound to hand over the goods to a carrier at a particular place, the risk does not pass to the buyer until the goods are handed over to the carrier at that place.

(4) The fact that the seller is authorized to retain documents controlling the disposition of the goods does not affect the passing of the risk (Cfr. art. 67 CISG).

Véase en ANTONIOLLI, L. y FIORENTINI, F. (Eds.), *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, prep. por *Common Core Evaluating Group*, Munich, 2011, donde se comenta el caso de la transmisión del riesgo (ver R. PELEGGI, pp. 131-141), y se compara la afinidad entre este precepto y el art. 1.51.2 Codice Civile: «Salvo patto o uso contrario, se la cosa venduta deve essere trasportata da un luogo all'altro, il venditore si libera dall'obbligo della consegna rimettendo la cosa al vettore (1678 e seguenti) o allo spedizioniere (1737 e seguenti); le spese del trasporto sono a carico del compratore (1475)».

¹³² IV. A. – 5:203: Goods sold in transit.

This Article applies to any contract of sale which involves goods sold in transit.

The risk passes to the buyer at the time the goods are handed over to the first carrier. However, if the circumstances so indicate, the risk passes to the buyer as from the time of the conclusion of the contract.

If at the time of the conclusion of the contract the seller knew or could reasonably be expected to have known that the goods had been lost or damaged and did not disclose this to the buyer, the loss or damage is at the risk of the seller. Cfr. art. 68 CISG.

de regulación del contrato de compraventa, como un aspecto que sólo afecta obligacionalmente a las dos partes contratantes.

Y ello se confirma en el Libro VIII donde encontramos una referencia explícita a la transferencia del riesgo, el art. 2:201.2 (a), que precisa de modo claro que la transmisión de propiedad no afecta a los derechos y obligaciones de las partes basadas en un contrato, tales como los que resulten de la transmisión del riesgo:

Art. 2:201: Effects of the transfer of ownership:

(2) The transfer of ownership does not affect rights and obligations between the parties based on the terms of a contract or other juridical act, court order or rule of law, such as: (a) a right resulting from the passing of risk.

Este precepto es muy interesante porque subraya la naturaleza contractual de esta cuestión y desvincula de modo explícito el riesgo de los efectos de la transferencia de propiedad que tengan lugar entre las partes. El traslado del riesgo pertenece a los efectos puramente obligacionales derivados de la dinámica propia del contrato con independencia de la adquisición por el comprador¹³³. Esa desconexión explícita en un texto académico de armonización comunitario de la envergadura del DCFR resulta relevante.

La afirmación es especialmente importante precisamente porque el DCFR ha abordado la posible armonización de los sistemas europeos de transmisión de propiedad mobiliaria. Cuestión que por complicada había sido apartada a lo largo del siglo XX en el contexto de unificación de las normas de compraventa internacional. En el caso del DCFR se vio necesario afrontar las conocidas divergencias de los sistemas europeos (sistema consensual/basado en la tradición; causal/abstracto) si se quería lograr con ello una norma comunitaria al servicio del mercado único europeo¹³⁴. Y a la hora de llevar a cabo esa armonización, el DCFR opta por un criterio unitario de transmisión de propiedad, generalizado en los sistemas continentales y de *common law*¹³⁵ y rechaza el enfoque funcional

¹³³ Comment C al artículo VIII.- 2:201, vol. 5, p. 4578: «The passing of the risk, e.g., under a contract of sale, is not characterized as a property law issue under these model rules. It merely affects the rights and obligations in the internal relation as between transferor and transferee; in particular whether a buyer must pay the price although the goods will not be received due to a fortuitous event. As to contracts for sale, these issues are regulated in Chapter 5 of Book IV.A and are not affected by the rules on the transfer of ownership».

¹³⁴ VERSTILLEN, F.M.J., «General aspects of transfer and creation of property rights including security rights», en DROBNIG, U., SNIJDERS, H.J. y ZIPPRO, E.Z. (eds.), *Divergences on Property Law. An obstacle for the internal market?*, Sellier, Munich, 2006, pp. 17-35; y comentario general: p. 5.

¹³⁵ De cara a una regulación futura de la transmisión europea de la propiedad mobiliaria, a juicio de SIMÓN MORENO, H., «Towards a European System of Property Law»,

de los países escandinavos que se caracterizan por no determinar un único momento de transmisión de dominio, sino varios, en función de las posibles circunstancias, como la insolvencia o el impago. De esta regla unitaria se derivan las soluciones para la mayor parte de los aspectos implicados, cuestiones contractuales y no contractuales¹³⁶.

A decir verdad el tema del paso del riesgo ya estaba resuelto al margen del Libro VIII, aunque fuera objeto de atención en el trabajo preparatorio de este Libro a través de los informes nacionales sobre «Transfer of movables», aludidos más arriba (epígrafe 4), y se viera conveniente incluir en este Libro VIII este artículo 2:201.2 (a).

Nos referimos que estaba decidido en el seno del Study Group on a European Civil Code antes de que empezara a trabajarse sobre ese Libro VIII, en el sentido de que la transmisión de la propiedad no fuera el hecho determinante para saber qué parte debe soportar el riesgo de la destrucción fortuita de los bienes¹³⁷. Así se deduce de los Principles of European Law on Sales (en adelante, PEL-Sales), elaborados por el Study Group¹³⁸, cuyo Capítulo 5, igualmente titulado Passing of risk¹³⁹, es prácticamente idéntico al del DCFR de modo que hay una traslación del contenido de los PEL-Sales al DCFR, lógica en cuanto constituyen en gran medida el trabajo preparatorio del mismo¹⁴⁰.

European Review of Private Law, 2011-5, p. 603, esta regla podría ser adoptada como punto de partida debido a que es el sistema por el que opta el DCFR basado en un sistema de título único donde la propiedad es un derecho absoluto.

¹³⁶ Decisión criticada desde la perspectiva escandinava, partidaria de una solución funcional de la transferencia de propiedad, aplicada al paso del riesgo también: HÅGSTAD, T., «General aspects of transfer and creation of property rights, including security rights», en DROBNIG, U., SNIJDERS, H.J. y ZIPPRO, E.Z. (eds.), *Divergences on Property Law. An obstacle for the internal market?*, Sellier, Munich, 2006, pp. 36-44 (p. 39 en relación al riesgo); y en «Derivative acquisition of ownership of goods», *European Review of Private Law*, 2009-4, pp. 725-74, en el que comenta el Capítulo 2 del Libro VIII del DCFR y expresa su opinión contraria al criterio adoptado en este trabajo respecto a la adquisición derivativa. Este autor ha sido advisor del equipo de trabajo del Libro VIII y miembro del Comité de Coordinación y considera que la perspectiva escandinava es más apropiada, práctica y se cohonesta mejor con la regulación de la compraventa internacional (CISG) y el Código Uniforme de Estados Unidos.

¹³⁷ Es decir, antes de que se empezara a trabajar sobre el tema, la cuestión ya estaba decidida: HÅGSTAD, «Derivative acquisition...» [n. 136] p. 726.

¹³⁸ Study Group on a European Civil Code, *Principles of European Law on Sales*, prepared by E. HONDIUS, V. HEUTGER, C. JELOSCHKE, H. SIVESAND, A. WIEWIORSKA, in collaboration with the Dutch Working Team, Sellier, Munchen, 2008. Los PEL-Sales incorporan varias traducciones de los textos artículos a diferentes lenguas comunitarias, entre ellas, al castellano. La traducción al castellano de los PEL-Sales ha sido realizada por B. Fernández Gregoraci (pp. 85-97).

¹³⁹ Capítulo 5 titulado de la misma manera (Passing of risk): pp. 12-13. En castellano: pp. 94-96.

¹⁴⁰ Los PEL-Sales contienen las mismas previsiones generales y especiales. Sí hay alguna diferencia pero no esencial. El DCFR ha matizado algún término y ha mejorado con referencias integradas respecto a los remedios por incumplimiento. Por ejemplo: El DCFR

La posición del DCFR en cuanto a la regulación del paso del riesgo por pérdida y deterioro se inserta en una concepción del cumplimiento del contrato bilateral basada en el principio de conformidad contractual que está en la CISG. El momento relevante para determinar la conformidad es aquel en el que se transfiere el riesgo, de modo que el vendedor es responsable por cualquier falta de conformidad que exista en el momento en el que el riesgo se transmite al comprador, incluso si la falta de conformidad apareciese después de ese momento (IV.A.-2:308)¹⁴¹, un trasunto del artículo 36.1 de la CISG¹⁴². La transmisión del riesgo al comprador constituye el momento *a quo* de la responsabilidad del vendedor por conformidad del objeto vendido.

Los comentarios del DCFR justifican esta regla por dos motivos: primero, porque la transmisión del riesgo significa que los bienes han abandonado la esfera de influencia del vendedor (de acuerdo con IV.A.-5:102) y no tiene más control sobre ellos, y en consecuencia sería injusto cargar al vendedor con la responsabilidad por la falta de conformidad respecto de bienes que ya no están bajo su control. Y segundo, esta regla asegura que el comprador asuma el riesgo del pago, junto con el riesgo de la falta de conformidad. Por lo tanto el riesgo se transmitirá cuando el comprador reciba los bienes, o debiera haberlos recibido o cuando los bienes pasen al primer porteador, en su caso¹⁴³.

Además la transmisión del riesgo no exonera al vendedor de la obligación de enviar el objeto ni tampoco de la responsabilidad por no conformidad de lo vendido. En ese sentido las reglas de remedios por no conformidad absorben las previsiones sobre el riesgo

ha completado IV.A.- 5:201 con una precisión *in fine* la redacción del artículo 5:201 de los PEL-Sales (cfr. p. 13 versión inglesa, p. 95 versión en castellano).

¹⁴¹ IV.A.- 2:308: Relevant time for establishing conformity (ídem art. 2:208: PEL-Sales).

(1) The seller is liable for any lack of conformity which exists at the time when the risk passes to the buyer, even if the lack of conformity becomes apparent only after that time.

(2) In a consumer contract for sale, any lack of conformity which becomes apparent within six months of the time when risk passes to the buyer is presumed to have existed at that time unless this is incompatible with the nature of the goods or the nature of the lack of conformity.

(3) In a case governed by IV.A – 2:304 (Incorrect installation in a consumer contract for sale) any reference in paragraphs (1) or (2) to the time when risk passes to the buyer is to be read as a reference to the time when the installation is complete.

¹⁴² Hay voces que en otros aspectos diferentes consideran menos convincentes las normas del DCFR si se comparan con las previstas en CISG: SCHWENZER, I. y HACHEM, P., «Drafting New Model Rules on Sales: CFR as an Alternative to CISG?», *European Journal of Law Reform*, vol. 11-4, 2009, pp. 459-472, compara las estructuras de la parte de Sales del DCFR con CISG. Ver también ACKERMANN, T., «Beyond expectation? - An Assessment of the DCFR Rules on Contractual Damages», en WAGNER, G., *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, Munich, 2009, p. 36.

¹⁴³ Comment B al artículo IV.A.-2:308, vol. 2, pp. 1310-131.

(IV.A.-2:308)¹⁴⁴, bajo la influencia del artículo 70 CISG, que compatibiliza las normas de transmisión del riesgo con el derecho del comprador frente a un incumplimiento del vendedor: «si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los artículos 67, 68 y 69 no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento¹⁴⁵. Es cierto que el riesgo por definición tiene su razón de ser por acontecimientos producidos después de celebrado el contrato y antes de la entrega, pero sus consecuencias se absorben en el incumplimiento como concepto integrador¹⁴⁶.

7. AUSENCIA DE CORRELACIÓN ENTRE EL MOMENTO PARA EL PASO DEL RIESGO Y PARA LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL DCFR

Toda vez que la transmisión del riesgo de pago se independiza conceptualmente de modo expreso en el DCFR de la transferencia de la propiedad dado que aquella aborda un tema puramente obligacional derivado de la dinámica sinalagmática propia del contrato y la segunda afecta a la adquisición dominical por el comprador, interesa conocer el momento elegido para la determinación del paso del riesgo y contrastarlo con el elegido para la transmisión de la propiedad mobiliaria, lo que permite a su vez ver si hay en este texto armonizador una superación de la divergencia entre los sistemas europeos. En cuanto al momento temporal en el que se trans-

¹⁴⁴ Comment C al artículo IV.- A.-5:102, vol. 2, p. 1374: las normas sobre no conformidad «override» las del paso del riesgo. El vínculo entre el paso del riesgo y la recepción de los bienes es especialmente importante allí donde existe una reserva de dominio.

¹⁴⁵ DE LA IGLESIA MONJE, M.I., *El principio de conformidad del contrato de la compraventa internacional de mercaderías*, Madrid, 200; CAFFARENA, [n. 97] pp. 555 y ss; GOÑI URRIZA, N., «La compraventa internacional», en S. CÁMARA LAPUENTE (Coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003, pp. 715-740 [738]; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, [n. 126] pp. 936-937.

¹⁴⁶ Esta afirmación es matizable y los comentarios al DCFR plantean una posible situación de conflicto entre las previsiones relativas al riesgo y las de conformidad: cuando se transmite el riesgo antes de que llegue el bien a poder del comprador. Por ejemplo, cuando son objeto de entrega al primer transportista en aplicación del artículo IV.A.-5:202 (Transporte de bienes) y no se puede saber si la disconformidad ya existía en este momento que es cuando ya pasó el riesgo al comprador o se produjo el deterioro durante el transporte. En el primer caso sería responsabilidad del vendedor y en el segundo del comprador porque el riesgo ya pasó a su cargo (Comment C, vol. 2 p. 1374). Se reducirá la cuestión a un problema de prueba: PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, C., «Comentario al Libro IV.A del DCFR», en VALPUESTA GASTAMINZA, *Unificación del derecho*, [n. 7] pp. 219-238, sobre el riesgo en la compraventa: pp. 230-234, ver al respecto p. 231.

fiere el riesgo, con carácter general, el DCFR (IV.A-5:102), considera en primer lugar que (1) el riesgo se transmitirá cuando el comprador reciba los bienes o los documentos representativos. Añade (2) que si el contrato se refiere a bienes que no están identificados, el riesgo no se transmite al comprador hasta que los bienes estén claramente identificados a los efectos del contrato, bien mediante señales en ellos, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo¹⁴⁷. La identificación de los bienes es esencial ya que por definición sólo es posible hablar de daño o de pérdida respecto a bienes concretos y determinados. Por lo tanto, hasta que ello no se produzca, de cualquier forma posible, no hay transmisión del riesgo, aunque los bienes estuvieran a disposición del comprador según el artículo IV.A.-5:201¹⁴⁸.

El precepto busca atribuir el riesgo a través del control del objeto, bien por la recepción del objeto mismo, bien por la de los documentos representativos. Los comentarios al DCFR consideran que el control del objeto del contrato trata de colocar a quien lo ostenta en la mejor posición para protegerlo de cualquier daño, deterioro o pérdida y también para poder asegurarlo de la mejor manera posible¹⁴⁹, lo que está en la misma línea de pensamiento que la CISG.

Para las ventas de consumo¹⁵⁰, el DCFR incorpora una regla específica imperativa (IV.A-5:103) según la cual el riesgo no se transmite hasta que el comprador, consumidor, reciba los bienes. Aquí no se tiene en cuenta la recepción material de los documentos representativos de los mismos, lo que parece lógico porque esto es algo propio de contratos mercantiles¹⁵¹. Y si incumple dicha obligación de recibir los bienes, de modo no justificado, estando los bienes a su disposición, se le «sanciona» con la transmisión del riesgo cuando éste debiera haber recibido los bienes¹⁵². Es una importante garantía para el consumidor que el paso del riesgo

¹⁴⁷ Traducción del artículo 5:102, siguiendo la traducción al castellano de los PEL-Sales, p. 94.

¹⁴⁸ La identificación de los bienes es especialmente importante en caso de ventas que entrañen transporte porque cuando hay entrega directa, la identificación no plantea problemas en la práctica. Sin embargo, si hay transporte, entonces sí será relevante por las obligaciones que asume el vendedor en estos casos (IV.A.-2.204: Carriage of the goods).

¹⁴⁹ Comment B al artículo IV.A.-5:102, vol. 2, p. 1373.

¹⁵⁰ Nótese que el DCFR utiliza la expresión *consumer contract for sale* en vez de la de *consumer sale*, que emplean los PEL-Sales.

¹⁵¹ Se refuerza así la posición del consumidor con la garantía adicional de que hasta que no tenga materialmente los bienes en su poder no asume riesgos por pérdida o deterioro: SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a P., «La venta de consumo en el proyecto de Marco Común de Referencia», *Anuario de Derecho Civil*, LXIV, 2011, pp. 1101-1124 [111] y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, [n. 126] p. 942.

¹⁵² Este es el único caso en el que se aplica a las ventas de consumo una regla especial IV.A-5:103 (3).

siempre se produzca por la adquisición de la posesión material por el comprador y no al transportista. Según el comentario al borrador de CFR, esto constituye un incentivo para el vendedor a fin de poner el sumo cuidado en la organización del transporte y en la elección del transportista. También es el vendedor el que estará en la mejor posición de calcular el precio integrando el coste económico de los riesgos de transporte en instrumentos financieros a largo plazo y para obtener el mejor seguro que de ordinario quedarán cubiertos por el precio; a diferencia del comprador que encontraría más dificultades para presentar reclamaciones contra terceros o en términos de aseguramiento¹⁵³. Las normas sobre venta con transporte de bienes no son aplicables a las ventas de consumo (cfr. *infra* art. 20 Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores). Respecto a la transmisión de propiedad, el artículo VIII.-2:101 establece el criterio de la entrega de la cosa («delivery¹⁵⁴ or an equivalent to delivery»)¹⁵⁵, pero como «default rule», por lo tanto las partes tienen autonomía para determinar el momento en el que se transfiere la propiedad, toda vez que se cumplan los requisitos para que opere la transmisión. La doctrina ha calificado este sistema de transmisión de propiedad por el que ha optado el DCFR de mixto «tradicito-consensual». El dejar a las partes elegir el sistema de transmisión de propiedad ha sorprendido a autores como Salomons que lo ha visto como una manera de «contentar-conciliar» los diferentes sistemas en juego¹⁵⁶. Por el contrario, otros lo defienden, como Lurger, quien formó parte de la redacción y justifica el criterio adoptado que se apoya en el principio de autonomía de las partes quienes por razones comerciales o personales pueden, si lo desean, optar por otro criterio diferente al previsto y

¹⁵³ Coment C al artículo IV. A.-5:103, pp. 1378-1379.

¹⁵⁴ Según el art. 2:104 (1): «For the purposes of this Book, delivery of the goods takes place when the transferor gives up and the transferee obtains possession of the goods in the sense of VIII.- 1:205 (Possession)». La entrega tiene lugar por lo tanto cuando pasa el control físico directo o indirecto sobre los bienes. La literalidad de este precepto puede llevar a pensar que con el uso de los verbos *giving up* y *obtain*, la entrega no es contemplada como un acto jurídico bilateral en el sentido de transferencia de la posesión, sino como dos actos jurídicos separados unilaterales.

¹⁵⁵ Estas posibilidades de «delivery» o «equivalent to delivery» supone pasar la posesión a la persona del adquirente. Esto último es calificado por SALOMONS, «Fifteen...», [n. 49] p. 714, como expresión paraguas para la *traditio brevi manu* [art. 2:105 (1)], la *traditio longa manu* (art. 2: 105 (2)), la *traditio symbolica* [art. 2:105 (3)] y la *traditio by delivery of a document* [art. 1:105 (4)]. Respecto al *constitutum possessorium* (el control físico del objeto permanece en poder del transmitente) no es mencionado entre estas opciones equivalentes a la entrega, lo que suscita dudas al respecto.

¹⁵⁶ SALOMONS, «Fifteen...», [n. 49] p. 715. Afirma con sorpresa y cierta ironía el autor que «puede resultar una brillante solución al problema de satisfacer a los que prefieren un sistema consensual, como el Derecho inglés y el francés, y los que tienen el sistema de la traditio, como Alemania y los Países Bajos. Eso tiene un precio, sin embargo, el «valor de la publicidad» de la posesión física es pequeño en detrimento de la seguridad jurídica.

considera que la opción de una transmisión de la propiedad por *consensus* no tiene un carácter general para que se use siempre que se quiera y cuando se quiera, sino que las partes sólo deberían acudir al mismo por una particular necesidad para ello, debido a especiales circunstancias y debe haber prueba de tal acuerdo¹⁵⁷.

Los comentarios a este artículo VIII.-2:101 detallan las múltiples razones que están detrás de esta decisión, pero la doctrina mayoritaria¹⁵⁸ y los propios comentarios¹⁵⁹ confirman que el sistema basado en la entrega protege mejor los intereses de las partes y resuelve de manera más adecuada las situaciones de conflicto. La *traditio* da mayor publicidad a la transmisión de la posesión, pero el criterio basado en la entrega aparece como subsidiario porque no es una cuestión de fácil decisión el determinar un único mecanismo europeo de transmisión de propiedad a la vista de las importantes diferencias entre los diferentes países, relevantes y de honda tradición histórica¹⁶⁰.

Dicho esto, nótese que las normas sobre paso de riesgo del DCFR no se remiten a la «entrega» (IV.A.-2:201: Delivery). Este precepto regula el cumplimiento del vendedor de la obligación de entrega (1) haciendo los bienes o los documentos, si así se ha acordado, disponibles al comprador; (2) en caso de transporte, entregando los bienes al primer porteador o remitiendo los documentos necesarios para que el comprador pueda recibir los bienes, y (3) cualquier referencia al comprador incluye la entrega de una tercera persona si se ha establecido en el contrato. Por el contrario, el momento preciso para el paso de riesgo requiere no tanto de la puesta a disposición, sino de la posesión material o el control concretamente sobre el objeto.

En consecuencia, un enfoque contractual, más práctico y fáctico en la línea de la CISG en la que se inspira, bajo el fundamento del poder de control sobre el bien. Ello refuerza la desconexión total con el

¹⁵⁷ LURGER, B., «Transfer of ownership of movables in Book VIII of DCFR 2009 –with and without the transferor’s right to transfer ownership», en VAN ERP, S., SALOMONS, A. y AKKERMANS, B., *The Future of European Property Law*, Sellier, Munich, 2012, pp. 47-64 [51].

¹⁵⁸ Se han pronunciado a favor de transmisión mediante *traditio* y también preferentemente de modo causal que abstracto, en beneficio del tráfico jurídico: SALOMONS, «Fifteen...», [n. 49]; SIMÓN MORENO, «Towards a European System...», [n. 135] p. 605; VISSEER, «*Favor Emptoris*...», [n. 97] p. 91. Por su parte, DROBNIG, «Transfer of Property», en *Towards*, [n. 17] p. 1012, considera necesaria la entrega, le parece un sistema más claro y exige menos excepciones, y además preserva el concepto de propiedad ya que no necesita distinguir entre los efectos de la transmisión inter partes y erga omnes. Ahora bien, también partidario del sistema abstracto alemán que le parece más práctico para aislar la adquisición de la propiedad de posibles defectos del contrato.

¹⁵⁹ Ver Comment A-F al art.VIII.-2:101, vol. 5, pp. 4425-6.

¹⁶⁰ El DCFR no parece exigir un acuerdo real para la transmisión de dominio, no obstante no es claro al respecto para todos los autores, véase la opinión de VAN VLIET, L., «Transfer of movables as a legal act», *The Edinburgh Law Review*, 2010, vol. 14, pp. 498-512.

momento en el que se transfiere la propiedad porque la entrega es un concepto jurídico ambiguo que admite posibilidades de equivalencia y de ficción que no se adaptan a la regulación del traslado del riesgo.

Por otro lado, la propuesta del DCFR, permitiendo que las partes puedan consensualmente determinar la transferencia de la propiedad, deja latente la divergencia entre los sistemas europeos en este punto y mantiene el *gap* entre la norma de paso del riesgo y la transmisión de propiedad en los sistemas europeos basados en el consentimiento.

8. EL RIESGO DEL PRECIO EN LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

La transmisión del riesgo del precio en la legislación europea ve su primera regulación, si bien de modo implícito, en la Directiva 99/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo¹⁶¹ y más recientemente, de forma explícita, en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores¹⁶².

8.1 La derogación implícita de la máxima *periculum emptoris* en la Directiva 99/44/CE

La Directiva 99/44/CE, de 25 de mayo de 1999, guarda silencio sobre el momento temporal de transmisión del riesgo. Más aún el Considerando (14) afirma «[q]ue las referencias a la fecha de entrega no suponen que los Estados miembros deban modificar sus normas sobre transferencia de riesgos»¹⁶³. Sin embargo, esta expresión no es en absoluto cierta y a pesar de que la Directiva no quiso decidir sobre el vínculo entre entrega y transmisión del riesgo, lo cierto es que una lectura lógica de la Directiva lleva a adoptar el criterio de la entrega al consumidor como referencia temporal para que pasen a éste los riesgos, a la vista de que el artículo 2.1 establece que el vendedor está obligado a entregar al consumidor un bien

¹⁶¹ DO L 171 de 7.07.1999, pp. 0012- 0016.

¹⁶² DOUE L 304/64, 22.11.2011. Por esta Directiva se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

¹⁶³ Como afirma GRUNDMANN, S., «*European sales law – reform and adoption of international models in German sales law*», *European Review of Private Law*, 2001, 2&3, pp. 239-258 [251-252], la Directiva no quiere decidir sobre la diferencia entre «delivery» y «passing of risk» en cuando al momento temporal relevante para ello.

que sea conforme al contrato de compraventa (principio de conformidad).

Fue el caso del Reino Unido que reformó en 2002 la norma *Sale of Goods Act* de 1979, que si bien con carácter general en el artículo 20 establece que el riesgo se transmite con la propiedad, tras la reforma que está en vigor desde 2003, el riesgo en las ventas de bienes de consumo se transfiere con la entrega del bien al consumidor¹⁶⁴. Además en caso de transporte, no se aplica la regla general de entender transmitido el riesgo con la entrega al porteador. Esto es, entrega al porteador no significa entrega al comprador¹⁶⁵.

Por su parte, el BGB se adapta a la Directiva en la reforma del Derecho de obligaciones incluyendo el principio de conformidad (§§ 433 par. 1 y 434 par. 1) e introduce una sección relacionada con ventas de consumo (§§ 474-479)¹⁶⁶.

En el caso de España, tras su trasposición por Ley 23/2003, de 10 de julio (actualmente, RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias), la doctrina también ha considerado que por lo que respecta a las ventas de consumo, los riesgos corresponden al vendedor hasta que se produzca la entrega y entiende derogado para este tipo de contratos el artículo 1452 CC¹⁶⁷. Con este fundamento, la pérdi-

¹⁶⁴ Se introdujo el párrafo cuarto en el artículo 20 (Passing of Risk) en virtud de «The Sale and Supply of Goods to Consumers» (2002. n.º 3045):

«In a case where the buyer deals as consumer or, in Scotland, where there is a consumer contract in which the buyer is a consumer, subsections (1) to (3) above must be ignored and the goods remain at the seller's risk until they are delivered to the consumer.»

Según ADAMS y MACQUEEN, *ATTYAH'S Sale of Goods*, [n. 58] p. 348, esta regla es muy sensata y en coherencia con las pólizas de seguro que cubrirán de ordinario el riesgo solo cuando el comprador adquiera la posesión física de la cosa. Está además en la misma línea que la American Uniform Commercial Code: Art. 2-509 (3). Según este precepto el vendedor soporta el riesgo en ventas de consumo hasta que el consumidor recibe los bienes y según el Comment 3 a este precepto la ratio es precisamente la posibilidad de asegurarlos desde ese momento.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 348, parece que incluso antes de la reforma muchos empresarios ya operaban conforme a este principio ya que la regla general está pensada para ventas comerciales.

¹⁶⁶ La doctrina apunta a la influencia de esta Directiva en Alemania: GRUNDMANN, «*European sales law...*», [n. 163] pp. 251-252, si bien la CISG no había influido demasiado en el derecho alemán, sí la Directiva; PURNHAGEN, K.P., «The Struggle with the Europeanisation of Private Law Six Years After the Reform – An Overview on the Status quo of Germany's Sales Law and Consumer Protection», 2009, Univ. Lucerna.

¹⁶⁷ Artículo 1452 CC que debería ser modificado a juicio de MORALES MORENO, A.M., «Adaptación del Código Civil europeo: la compraventa», *Anuario de Derecho Civil*, oct-dic, 2003-A, pp. 1609-1651 [1628]; e *Ibidem*, *La modernización del derecho de obligaciones*, Madrid, 2006, pp. 170-172; ORTI VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Granada, 2002, pp. 97-103 e *Ibidem*, «La regla *periculum est emptoris* en la Directiva 1999/44/CE y la especificación de la cosa vendida genérica», en *Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, II, págs. 2765-2775; REYES LÓPEZ, M.J., «La idea de conformidad en el ordenamiento jurídico español tras la

da y el deterioro casual implican un incumplimiento del contrato por parte del vendedor¹⁶⁸, la primera de la obligación de entrega y el segundo, de la obligación de entrega conforme con lo pactado.

Incumplimientos que generan el derecho del comprador a acudir a los remedios amparados en el artículo 3.1 de la Directiva: «[e]l vendedor responderá de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien», con lo que introduce una responsabilidad contractual de éste hacia el comprador por cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega, a pesar de que la norma no proporcione una definición comunitaria de entrega ni aborde explícitamente la transmisión del riesgo, como reconoció la Comisión Europea en el informe sobre la transposición de esta Directiva en 2007¹⁶⁹.

La Directiva por lo tanto, diluye la diferencia conceptual entre incumplimiento y riesgos por cuanto la pérdida o deterioro es imputable al vendedor de modo objetivo, sea debido a una actitud culpable de éste o bien fruto de un acontecimiento imprevisible o fortuito. Si hay pérdida, casual o no, el vendedor no cumple con su obligación de entrega y si la entrega es defectuosa, incluso por deterioro fortuito, también se incumple el contrato. Por lo tanto, la transferencia del riesgo queda absorbida por la falta de conformidad bajo un concepto objetivo de incumplimiento de amplia cobertura y neutro¹⁷⁰. Como

Directiva 199/44/CE en PALAO MORENO, G., PRATS ALBENTOSA, L. y REYES LÓPEZ, M.J. (Coords.), *Derecho patrimonial europeo*, núm. 10 (monográfico), Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 321-338.

¹⁶⁸ Como ya planteó en los años noventa PANTALEÓN PRIETO, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 1179-1746. Ver el capítulo «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», en MORALES MORENO, *La modernización*, [n. 167] pp. 15-52.

Los Principios del Derecho europeo de contratos (*Principles of European Contract Law*), Art. 8:108, conducen a esta interpretación (trad. Díez-PICAZO, L., ROCA, E. y MORALES, A.M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002). Como afirma Díez-Picazo, este precepto pone de manifiesto que el régimen de responsabilidad contractual de estos PECL es un régimen objetivo.

¹⁶⁹ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the implementation of Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees including analysis of the case for introducing direct producers' liability. Brussels, 24.4.2007. COM (2007) 210 final. Ver primera parte de este documento: *The implementation report*.

¹⁷⁰ En MORALES MORENO, A.M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Cizur Menor, 2010, p. 29 y 120 y ss; FENOY PICÓN, «La modernización...», [n. 121] p. 70, que a juicio de la autora «neutraliza la teoría de los riesgos»; VAQUER ALOY, A., «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?», *Anuario de Derecho Civil*, 2011, vol. 64-I, pp. 5-39 [12].

Un entendimiento del incumplimiento contractual «independiente» de la idea de imputabilidad se confirma en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que admite la resolución contractual basada en el incumplimiento esencial que genera la frustración del fin del contrato, cualquiera que sea la causa de ésta, imputable o no al comportamiento de las partes: Díez-PICAZO, L., *Los incumplimientos resolutorios*, Civitas, Madrid, 2005; CLEMENTE MEORO, M., *La resolución de los contratos por incumplimiento*,

dice Morales Moreno¹⁷¹, «el problema del riesgo está envuelto hoy en el tratamiento del incumplimiento», y temporalmente el riesgo se transmite al comprador cuando el vendedor hace todo lo que le incumbe para cumplir con su obligación de entrega de los bienes, que tiene que estar en conformidad en ese momento.

Este concepto de conformidad establecido en el ámbito comunitario en las ventas de consumo, se ha convertido en clave de la modernización del decimonónico derecho general de obligaciones¹⁷², bajo la influencia de la CISG, de la que toma su sistema contractual¹⁷³.

En consecuencia, la máxima *periculum est emptoris* ha sido abandonada en el ámbito de consumo, como también el principio francés en el cual el riesgo pasa al comprador en el momento en el que se transfiere la propiedad, que tiene la desventaja de que no sitúa el riesgo en las manos de la persona que tiene el control real de la cosa a diferencia del sistema basado en la entrega. El criterio de la entrega se imbrica en el cumplimiento del vendedor de su obligación principal dentro de la relación contractual sinalagmática, que supera la primitiva unilateralidad obligacional romana¹⁷⁴, de modo que si una de las partes no puede cumplir lo que le incumbe, acudirá a los remedios correspondientes y el consumidor estará protegido hasta la entrega.

Pero el problema es que esta comprensión no es uniforme en la Unión Europea. La Directiva 99/44/CE en absoluto ha logrado la homogeneidad que hubiera sido deseable y su transposición se ha llevado a cabo de manera muy diferente en los distintos Estados, produciéndose una amplia dispersión normativa por una irregular interpretación de la Directiva, en éste y otros aspectos, derivada de

Tirant lo Blanc, Valencia, 1998; ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3ª ed., ed. Comares, Granada, 2003. Respecto a la imposibilidad de cumplimiento y la resolución del contrato, véase SAN MIGUEL PRADERA, L.P., *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores, Madrid, 2004.

¹⁷¹ MORALES MORENO, «Adaptación del Código Civil europeo», [n. 167] p. 1628.

¹⁷² Ver *supra* la nota 121 acerca de las Propuestas de la Comisión de Codificación y los estudios comparados allí citados de N. FENOY PICÓN.

También VAQUER, «El principio de conformidad», [n. 170] pp. 10 y 22 lo considera clave sin perjuicio de que el autor considere incompleta la propuesta de modificación del Código Civil porque por un lado el contrato de servicios no parece quedar afectado por esta idea y por otro lado, en otros contratos hay una mera disposición.

¹⁷³ Así lo constata la doctrina: FENOY PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid, 1996; y FENOY PICÓN, «La modernización»..., [n. 121] Parte Primera, pp. 64-66 y 70; GOÑI URRIZA, [n. 145] pp. 718-737; AVILÉS GARCÍA, J., *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, Comares, Granada, 2006, pp. 173-182.

¹⁷⁴ Afirma MORALES MORENO, A.M., «Claves de la modernización del Derecho de obligaciones», *Diario La Ley*, año XXXII, Núm. 7765, 29.12.2011, pp. 8-11, que el nuevo modelo está en la relación bilateral, sinalagmática, la compraventa, que supone superar el sistema que el Código tomó del modelo romano unilateral de las estipulaciones o el legado [9].

su carácter de armonización mínima, de modo que algunos países han adoptado normas de mayor protección que otros. Esa fragmentación del mercado se refleja en el *Compendium de derecho de consumo europeo* (2006) elaborado al efecto de valorar la aplicación de las Directivas de consumo como elemento de referencia para su revisión y del que resulta precisamente que el punto temporal en que es apreciada la conformidad es muy diferente de unos países a otros, para algunos es en la perfección del contrato y en otros la entrega o el cumplimiento del contrato¹⁷⁵.

En consecuencia se ha ido constatando el manifiesto temor de los consumidores europeos a llevar a cabo operaciones transfronterizas, especialmente ventas a distancia y *on line* por falta de confianza en el mercado¹⁷⁶, y de ahí, que la Unión Europea, en el proceso de revisión del *acquis* comunitario¹⁷⁷ y posteriormente en 2007, tras el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo presentado, perciba el problema de la entrega y el riesgo como uno de los elementos clave de divergencia de las reglas nacionales centrado en la transferencia del riesgo en caso de pérdida y deterioro de los bienes durante el transporte porque ello afecta intensamente a la confianza del consumidor¹⁷⁸.

8.2 La adquisición de la posesión material como criterio comunitario explícito de transmisión de riesgo en la Directiva sobre derechos de los consumidores

El eco de esta preocupación lleva a la presentación el 8 de octubre de 2008 de una Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores¹⁷⁹, en la que se considera «[...] preciso aclarar y armonizar las normas nacionales sobre entrega y transmisión del

¹⁷⁵ La Comisión encomendó este análisis comparado acerca de la aplicación de las ocho Directivas sujetas a revisión a la Universidad de Bielefeld (Alemania) bajo el auspicio del Prof. H. Schulte-Nölke. El resultado es un análisis comparado de las diferentes regulaciones, incluyendo posibles obstáculos para el comercio o distorsiones de la competencia y una base de datos del *acquis* que relaciona las Directivas bajo revisión, jurisprudencia comunitaria, medidas de transposición nacional así como jurisprudencia nacional): SCHULTE-NÖLKE, H., TWIGG-FLESNER, C. y EBERS, M. (ed.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member State*, Munich, 2008. Versión electrónica: *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, 2006.

¹⁷⁶ Los estudios realizados reflejan el miedo al retraso en la entrega del objeto por parte del consumidor y a una posible pérdida y deterioro en el tránsito, entregas tardías e incompletas, amén de lo complicado de hacer efectivas las garantías legales en estos supuestos (http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/impact_assessment_report_en.pdf).

¹⁷⁷ Comunicado de la Comisión Europea sobre «European Contract Law and the revision of the *acquis*: the way forward» - COM (2004) 651, 11.10.2004.

¹⁷⁸ Bruselas, 8.2.2007. COM (2006) 744 final.

¹⁷⁹ Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores. Bruselas, 8.10.2008. COM (2008) 614 final. Se propone revisar, entre otras, la Directiva 1999/44/CE, sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo.

riesgo»¹⁸⁰, entre otras cuestiones, bajo el objetivo de armonización máxima. Ello encendió el debate doctrinal¹⁸¹ y político porque muchos países vieron peligrar el alto nivel de protección de sus consumidores logrado hasta la fecha. Todo ello provocó la desafección hacia la Propuesta por parte de algunos y las críticas abiertas por otros, que en muchos casos estaban ya en la doctrina antes de que la Propuesta se presentase¹⁸². Se vio peligrar el futuro de la misma¹⁸³, y tras un largo periodo de tiempo¹⁸⁴, finalmente se aprobó la Directiva 2011/83/UE, de 22 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores¹⁸⁵, notablemente más reducida en su ámbito de regulación y más comedida en su pretensión armonizadora¹⁸⁶.

¹⁸⁰ Considerando 37.

¹⁸¹ Ver MICKLITZ, H.W., «The targeted full harmonisation approach: looking behind the curtain», en HOWELLS, G. y SCHULZE, R., *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Munich, 2009, pp. 47-83; MICKLITZ, H.W.-REICH., N. «Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a Directive on Consumer Rights», *Common Market Law Review*, 2009-46, pp. 471-519; MAK, V., «Review of the Consumer Acquis: Towards maximum harmonisation?», *European Review of Private Law*, 2009-1, pp. 55-73.

¹⁸² Sobre el temor hacia una doctrina de armonización máxima: SCHMID, C.U., «The instrumentalist conception of the *Acquis Communautaire* in Consumer Law and its implications on a European Contract Law Code», *European Review of Contract Law*, 2005, vol. 1 (2), 2005, pp. 255-269; HOWELLS, G., «The role of the *Acquis Communautaire* in Consumer Law for a European Contract law Code- A Comment», pp. 271-280 en GRUNDMANN, S. y SCHAUER, M. (ed.), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Alphen aan den Rijn, 2006; y LURGER, B., «The «Social Side» of Contract law and the New Principle of Regard and Fairness», en *Towards*, [n. 17] pp. 353-386, que considera que la técnica de la armonización máxima va en detrimento no sólo de los altos estándares de protección actualmente en vigor en muchos Estados miembros, sino que también crea nuevas fuentes de imprecisión y de inseguridad para la construcción y aplicación de las Directivas, y previene a los Estados miembros a la hora de trasponer las normas comunitarias a sus propias estructuras y categorías nacionales [355].

¹⁸³ Desde la publicación de la Propuesta se cuestionó el futuro de la misma. Sorprendió desde el primer momento la falta absoluta de conexión entre la Propuesta de Directiva y el DCFR, que era ya conocido por la Comisión Europea para la fecha de la publicación de aquella. Esta desconexión llama la atención porque la Comisión había expresado su propósito de que el DCFR sirviera como «*toolbox*» en orden a la revisión del *acquis communautaire* en materia de consumo (Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo y al Consejo: *European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward*, COM (2004) 651 final). Pero con la Propuesta más bien lo que pone de manifiesto la Comisión es su propósito de llevar a cabo un Código europeo de derechos de los consumidores: HESSELINK, M.W., «The Consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart?», *European Review of Contract Law*, 2009-3, pp. 290-303; HESSELINK, M.W., MAK, Ch. & BOOYS, T.Q., *How the CFR can improve the Consumer Rights Directive. A comparison between the model rules in the draft Common Frame of Reference and the European Commission's proposal for a Consumer Rights Directive*, Report for the European Parliament, 22 octubre de 2009. Ver en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492660 (Consulta 10.03.2011).

¹⁸⁴ Finalmente la Propuesta recibe el beneplácito de los Estados europeos el 24 de enero de 2011 (MEMO 11/39) y es objeto de debate en el plenario del Parlamento europeo el 7 y 23 de marzo de 2011 (Documento de sesión: 22.02.2011).

¹⁸⁵ DOUE L 304/64, 22.11.2011.

¹⁸⁶ La argumentación sobre armonización máxima y sus posibilidades en la UE sigue vivo: DE VRIES, A., «The aim for complete uniformity in EU Private law: An obstacle to further harmonization», *European Review of Private Law*, 2012-4, pp. 913-932.

Esta Directiva recoge en el artículo 20 una regla expresa sobre transmisión del riesgo por pérdida o deterioro, que no existía en la Directiva 1999/44, y cuya ausencia había dado lugar a los problemas de heterogeneidad en la transposición de la misma¹⁸⁷:

Artículo 20. Transmisión del riesgo

«En los contratos en que el comerciante envíe los bienes al consumidor, el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes. No obstante, el riesgo se transmitirá al consumidor con la entrega al transportista, en caso de que el consumidor encargara al transportista el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el comerciante, sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista.»

Por lo que se refiere al contenido, éste ha quedado reducido a la circunstancia de que la venta entrañe transporte. Ha de tenerse en cuenta que la Propuesta contemplaba la derogación de la Directiva 99/44/CE, pero finalmente ha quedado vigente, salvo una modificación consistente en la inserción del artículo 8 bis al efecto de que los Estados que adopten disposiciones más estrictas en materia de protección de los consumidores informen de ello a la Comisión. Por lo tanto, aunque a primera vista, puede sorprender que la Directiva regule el riesgo solamente para casos de «envío» de bienes», sin que se contemple la hipótesis de que no haya transporte. El legislador comunitario ha debido entender que ello no es necesario por estar ya regulado en la Directiva 99/44/CE, considerando que el momento clave es la entrega al comprador-consumidor y sólo ve necesario contemplar la cuestión cuando hay transporte. Por lo demás lo importante es que el consumidor sólo responda del riesgo a partir de que adquiera él (o un tercero por él indicado) la posesión material¹⁸⁸. En la Propuesta de Directiva la regulación era diferente en contenido (art. 23)¹⁸⁹, y además no era

¹⁸⁷ El art. 18 (Entrega) y el art. 20 (Transmisión del riesgo) se aplican según el artículo 17.1.º «a los contratos de venta».

¹⁸⁸ Considerando 55.

¹⁸⁹ Artículo 23. Transmisión del riesgo:

1. El riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes
2. El riesgo contemplado en el apartado 1 se transmitirá al consumidor en el momento de la entrega conforme a lo acordado por las partes si el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, no ha tomado las medidas razonables para adquirir la posesión material de los bienes.

imperativa, lo que constituía un déficit que se ha corregido finalmente¹⁹⁰.

Por lo tanto, la regulación del paso del riesgo en las ventas del consumo queda regulada en las dos Directivas: a) Si no hay transporte, el riesgo se transmite por la entrega al consumidor, en el buen entendimiento del artículo 2.1 de la Directiva 99/44/CE; y b) en caso de que haya transporte, hay que acudir al artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE, que a su vez distingue entre dos hipótesis:

1) Si se encarga del transporte el vendedor, el riesgo se transmitirá cuando el consumidor (o el tercero indicado por él, diferente al transportista) adquiera la posesión material, que según el Considerando 55 *in fine*, a estos efectos «debe considerarse que un consumidor ha adquirido la posesión material de los bienes cuando los ha recibido»¹⁹¹.

Una carencia importante de este artículo es que no se contempla el caso de que el consumidor no tome las medidas necesarias para adquirir la posesión material de los bienes (situaciones de mora), que sí estaba en el artículo 23 de la Propuesta¹⁹², cuyo Considerando 38 aclaraba el supuesto del consumidor que se retarda indebidamente en la toma de posesión de los bienes, por ejemplo si el consumidor no lo va a buscar a la oficina de correos en el plazo fijado por esta última¹⁹³. Se entiende que el riesgo pasa cuando se ha hecho un intento de entrega y el consumidor no da los pasos necesarios para recibir los bienes, entonces el riesgo pasa en la fecha acordada para la entrega. De ahí la

¹⁹⁰ Cfr. IV. A.-5:103 DCFR. En el iter legislativo se sugirió por la doctrina que la regulación fuera imperativa: HESSELINK, M.W., MAK, Ch. & BOOYS, T.Q., *How the CFR can improve the Consumer Rights Directive. A comparison between the model rules in the draft Common Frame of Reference and the European Commission's proposal for a Consumer Rights Directive*, report for the European Parliament, 22 octubre de 2009. Ver en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1492660 (fecha consulta 10.03.2011); LURGER, B., «Much Ado About (Almost) Nothing: The Integration of the So-Called «Consumer Acquis» in the Draft Common Frame of Reference», en A. SOMMA (ed.), *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Netherlands, 2009, pp. 131, pp. 135 y ss.

¹⁹¹ En la versión inglesa de la Directiva se utiliza la expresión: *acquire the physical possession*, mientras que en el artículo 23 de la Propuesta se decía *material possession*. No hay un cambio conceptual, pero quizás la versión inglesa enfatiza más la idea de que la cosa llegue a manos del consumidor.

¹⁹² Este apartado segundo del artículo 23 desaparece en la versión final, pero sí estaba en la Enmienda 144 al artículo 23.2 de la Propuesta: 2. «El riesgo contemplado en el apartado 1 se transmitirá al consumidor en el momento de la entrega conforme a lo acordado por las partes si el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, no ha tomado *manifiestamente* las medidas razonables para adquirir la posesión material de los bienes» (Ver 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)).

¹⁹³ Ver LETE ACHIRICA, J.M., «La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores: *nihil novum sub solet*», en *Estudios Jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, coord. M.ª P. PAZ RUBIO, Madrid, 2009, p. 509.

importancia de establecer una fecha de entrega (el acordado, o en su defecto, 30 días a partir de la celebración del contrato *ex art.* 18)¹⁹⁴.

2) Si el transporte se realiza por cuenta del comprador, entonces pasa el riesgo con la entrega al transportista¹⁹⁵.

En consecuencia, será importante saber quién se ha encargado del transporte, porque ello determinará el control del objeto y por lo tanto su posición frente al riesgo del precio con la posibilidad de contratar un determinado seguro. Se adelanta por tanto la transmisión del riesgo al comprador (antes de que éste adquiera la posesión material) cuando organiza él mismo el transporte o decide él mismo recoger los bienes.

Ha de pensarse que si bien no es frecuente que sea el consumidor quien se haga cargo del transporte¹⁹⁶, pueden ser situaciones posibles que han de contemplarse en aras a la mejor protección al consumidor bajo la perspectiva del control sobre el objeto, que ya estaba en la CISG. Esta sintonía además podría facilitar la solución a un posible conflicto de leyes entre el instrumento internacional y el comunitario en materia de protección al consumidor¹⁹⁷.

La Directiva 2011/83/UE deja en el aire un problema que sí contempla la CISG, como el caso de que el comprador rehusa la recepción del producto (*cf.* art. 69.1 CISG), lo que no deja de ser importante en relación a posibles defectos y deterioros en el mismo.

Con todo, a los efectos de este trabajo, es de valorar que la Directiva 2011/83/UE acuda al criterio de la protección del consumidor mediante la adquisición de la posesión material, que es el de la recepción del objeto, bien del comprador o del porteador independiente. El legislador comunitario no usa en el artículo 20, al regular la transmisión del riesgo, la referencia a la «entrega»

¹⁹⁴ La Propuesta establecía el plazo máximo de 30 días y ello parecía demasiado estricto: SCHULTE-NÖLKE, H. y TICHÝ, L., *Perspectives for European Consumer Law. Towards a Directive on Consumer Rights and Beyond*, Munich, 2010, el Anexo redactado por el Acquis Group en el que se valora la propuesta de Directiva a estos efectos: «*Position Paper on the Proposal for a Directive on Consumer Rights*», pp. 157-183 [178-179].

¹⁹⁵ Originariamente esta cuestión no estaba prevista expresamente y se incorpora en la enmienda 143, que amplía el contenido del art.23.1 de la Propuesta, para cubrir el supuesto de que el consumidor se encargue del transporte: «1. El riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes». *El riesgo se transmitirá al consumidor con la entrega al transportista si el consumidor encargó al transportista el transporte de los bienes o si esta opción no le fue ofrecida por el comerciante, sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista.*

¹⁹⁶ ORTI VALLEJO, *Los defectos de la cosa*, [n. 167] p. 103 y en «La regla *periculum*», [n. 167] p. 2774, afirma que en ventas de consumo cabría considerar nula pro abusiva aquella cláusula que excluyera la responsabilidad del vendedor por los riesgos de transporte.

¹⁹⁷ Sobre el tema véase: SANDVIK, B., «The battle for the Consumer: On the Relation between the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the EU Directives on Consumer Sales», *European Review of Private Law*, 2012-4, pp. 1097-1118.

contenida en el artículo 18, que salvo acuerdo de las partes, permite que la entrega se efectúe mediante «la transmisión de su posesión material o control al consumidor»¹⁹⁸. La referencia temporal clave en materia de riesgo es la recepción física por parte del comprador y ello subraya la importancia del control sobre el bien, que está presente desde la CISG hasta el DCFR. Quien tiene el control, asume el riesgo.

Además, mediante este criterio se evidencia aún más si cabe la desconexión respecto a la adquisición de propiedad que por otra parte queda fuera expresamente del ámbito de la Directiva 2011/83/UE, como afirma el Considerando 51: «El lugar y las modalidades de entrega así como las normas relativas a la determinación de las condiciones para la transmisión de la propiedad de los bienes y el momento en que dicha transmisión se produce deben seguir sometidos a la legislación nacional y, por consiguiente, no deben verse afectados por la presente Directiva»¹⁹⁹. Por tanto los Estados tienen margen para concretar las modalidades de entrega en aras a la transferencia dominical al comprador, sin que ello deba afectar a efectos del riesgo que sólo se transmite mediante la entrega real y efectiva, la adquisición de la posesión material, en los términos del artículo 20.

En consecuencia, nos encontramos ante un instrumento legal europeo que incluye una norma de paso del riesgo basada en un criterio fáctico de recepción material de la cosa, en la misma línea de la CISG. Se elude aquí también una vinculación explícita con la entrega, que como institución jurídica de transmisión de posesión admite varias modalidades, no las mismas en cada país y no en todos con la misma finalidad, ligado en muchos, pero no en todos, a la adquisición de propiedad, aspecto que de momento se deja fuera de la voluntad armonizadora europea. No obstante, la doctrina apunta a que en los próximos años hay perspectivas de armonización de este ámbito, como hasta ahora lo ha sido del derecho de contratos²⁰⁰.

¹⁹⁸ El artículo 18 no da una definición de entrega ni contiene una regulación comunitaria de la misma. Esto quiere dejarlo claro la Directiva (Considerandos 13 y 51). Se limita a decir cómo se hace la entrega («mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor»), el plazo (treinta días a partir de la celebración del contrato, salvo pacto en contrario) y las consecuencias del incumplimiento de esta obligación (párrafos 2, 3 y 4).

¹⁹⁹ *Cf.* Considerando 13: «La aplicación de las disposiciones de esta Directiva a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación ha de seguir siendo competencia de los Estados miembros, con arreglo al Derecho de la Unión [...] Por ejemplo, [...] pueden también mantener o adoptar disposiciones nacionales sobre cuestiones que la presente Directiva no regule específicamente, tales como normas adicionales sobre contratos de venta, también en relación con la entrega de bienes [...]».

²⁰⁰ Ver AKKERMANS, B. y RAMAEKERS, E. (eds.), *Property Law Perspectives*, ed. Intersentia, Cambridge, 2012 y AKKERMANS, B., «Property Law and the Internal Market», en VAN ERP, S., SALOMONS, A. y AKKERMANS, B., *The Future of European Property Law*, Sellier, Munich, 2012, [n. 125] pp. 203-204: No es fácil la armonización en este tema por-

8.3 El riesgo del precio en la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL)

Tras la publicación del DCFR, la Comisión Europea decide avanzar en la armonización del derecho privado europeo mediante la elaboración de un estudio por parte de un grupo de expertos nombrado por la propia Comisión²⁰¹. Ese grupo redactó un texto articulado de derecho contractual europeo que abarcaba los aspectos principales que surgen en la práctica del comercio transfronterizo²⁰². A partir del mismo se publicó el 11 de octubre de 2011 una Propuesta de Reglamento sobre una normativa común de compraventa europea (en adelante, CESL)²⁰³, en forma de segundo sistema nacional que, de prosperar, sería de aplicación facultativa (*opt-in*) en este tipo de contratos transfronterizos, si bien los Estados miembros podrían ampliarlo a contratos domésticos²⁰⁴. Se trata de un instrumento opcional, controvertido²⁰⁵, cuya base legal es muy discutida²⁰⁶ e incluso ha sido tilda-

que el desarrollo de los sistemas de derecho de propiedad europeos, desde el Derecho romano, ha sido y es más bien proteccionista (bajo el principio *lex rei sitae*). Sobre este principio, ver: AKKERMANS, B. y RAMAEKERS, E., «*Lex rei sitae* in Perspective: National Developments of a common rule», en AKKERMANS, B. y RAMAEKERS, E. (eds.), *Property Law Perspectives*, ed. Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 123-151. También afirma SIMÓN MORENO, «Towards a European...», [n. 135] pp. 579-612, que aunque las acciones de la Unión europea en el ámbito de los derechos reales han sido aisladas y poco coordinadas, sin estar integradas en un plan global, dado que los esfuerzos se han centrado más en el derecho de contratos. El autor propone las bases para un sistema europeo de derecho de propiedad, viable en el marco comunitario.

²⁰¹ Grupo de expertos sobre Derecho contractual europeo nombrado por la Comisión: Decisión de la Comisión 2010/233/EU, de 26.4.2010 (DOUE L 105/109, 27.4.2010).

²⁰² «Commission Expert Group European Contract Law», *Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract Law*, 3.5.2011. Puede verse este trabajo en: R. SCHULZE y J. STUYCK, *Towards a European Contract Law*, Sellier, Munich, 2011, pp. 217-278.

Posteriormente se hizo pública en la web de la Comisión Europea una segunda versión-*draft*: 19 de agosto de 2011: «*Contract law-work in progress*», que variaba aquel en algunos aspectos.

²⁰³ Bruselas, 11.10.2011. COM (2011) 635 final. 2011/0284 (COD). No dice expresamente que trae causa del estudio de viabilidad.

²⁰⁴ Cfr. artículo 13 a.

²⁰⁵ Entre otros: LANDO, O., «Comments and questions relating to the European Commission's proposal for a regulation on a European Common Sales Law», *European Review of Private Law*, 2011-6, pp. 717-728 e *Ibidem*, «On a European Contract Law for Consumers and Businesses», en R. SCHULZE y J. STUYCK, *Towards a European...*, [n. 202] pp. 203-214; HESSELINK, M.W., «How to opt into the Common European Sales Law? Brief comments on the Commission's Proposal for a Regulation», *European Review of Private Law*, 2012-1, pp. 195-212; BASEDOW, J., «The Optional Instrument of European Contract Law: Opting-in through Standard Terms – A Reply to Simon Whittaker –», *European Review of Contract Law*, 2012-1, pp. 82-87; WHITTAKER, S., «The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of contract», *European Review of Contract Law*, 2011-3, pp. 371-388; GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», *INDRET*, enero 2012.

²⁰⁶ Sobre el artículo 114 TFUE como fundamento de CESL: HEIDEMANN, M., «European Private Law at the Crossroads: The Proposed European Sales Law», *European Review of Private Law*, 2012-4, pp. 1119-1138.

do de innecesario por voces cualificadas, toda vez que ya existe la CISG²⁰⁷.

CESL aborda la cuestión del riesgo en el capítulo 14 (arts. 140-146), después de las obligaciones de vendedor y comprador y sus remedios respectivos, capítulo que estructura en tres secciones. La primera, de Disposiciones Generales (arts. 140-141)²⁰⁸, la segunda, relativa a la transmisión del riesgo en contratos de compraventa de bienes de consumo (arts. 142)²⁰⁹ y la tercera, en los contratos entre comerciantes (arts. 143-146)²¹⁰. Estos preceptos recogen

²⁰⁷ Así opina LANDO, «Comments», [n. 205] pp. 721-722, sin perjuicio de que a su juicio CESL mejora la Convención de Viena en algunos aspectos concretos.

²⁰⁸ Disposiciones Generales:

Artículo 140. *Efecto de la transmisión del riesgo.*

La pérdida o los daños en los bienes o contenidos digitales acaecidos después de que el riesgo se transmitiese al comprador no eximirán a este de su obligación de pagar el precio, salvo que dicha pérdida o daños se deban a una acción u omisión del vendedor.

Artículo 141. *Identificación de los bienes o contenidos digitales a los efectos del contrato.*

El riesgo solo se transmitirá al comprador cuando los bienes o contenidos digitales se hayan identificado claramente como los bienes o contenidos digitales que han de ser suministrados en virtud del contrato, ya sea mediante el acuerdo inicial, por notificación remitida al comprador o de cualquier otro modo.

²⁰⁹ Artículo 142. *Transmisión del riesgo en los contratos de compraventa de bienes de consumo.*

1. En los contratos de compraventa de bienes de consumo, el riesgo se transmitirá en el momento en que el consumidor o un tercero designado por el consumidor, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes o el soporte material en el que se suministren los contenidos digitales.

2. En los contratos de suministro de contenidos digitales no suministrados en un soporte material, el riesgo se transmitirá en el momento en que el consumidor o un tercero designado al efecto por el consumidor haya obtenido el control de los contenidos digitales.

3. Salvo cuando se trate de contratos a distancia o contratos celebrados fuera del establecimiento comercial, los apartados 1 y 2 no serán aplicables si el consumidor ha incumplido la obligación de aceptar los bienes o los contenidos digitales, y el incumplimiento no estuviera exonerado según lo dispuesto en el artículo 88. En este caso, el riesgo se transmitirá en el momento en que el consumidor, o el tercero designado por el consumidor, haya adquirido la posesión material de los bienes u obtenido el control de los contenidos digitales si la obligación de aceptarlos se hubiera cumplido.

4. Cuando el consumidor organice el transporte de los bienes o los contenidos digitales suministrados en un soporte material sin que esa opción fuese ofrecida por el comerciante, el riesgo se transmitirá cuando los bienes o los contenidos digitales suministrados en un soporte material se entreguen al transportista, sin perjuicio de los derechos del consumidor contra este último.

5. Las partes no podrán excluir la aplicación del presente artículo, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor.

²¹⁰ Artículo 143: *Momento de transmisión del riesgo.*

1. En los contratos entre comerciantes, el riesgo se transmitirá en el momento en que el comprador reciba los bienes o los contenidos digitales o los documentos que representen a los bienes.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 estará sujeto a los artículos 144, 145 y 146.

Artículo 144. *Bienes puestos a disposición del comprador.*

1. Si los bienes o los contenidos digitales se ponen a disposición del comprador y este tiene conocimiento de ello, el riesgo se le transmitirá en el momento en que debería

sustancialmente el trabajo realizado por el grupo de expertos mencionado²¹¹.

El momento temporal de paso del riesgo que utiliza CESL con relación a las ventas de consumo es el de la adquisición de la posesión material de los bienes o del soporte material en el que se suministra el contenido digital (art. 142.1); y si éste no se otorga de esta forma, cuando se obtenga el control de dicho contenido (art. 142.2). Por lo tanto, con esta última salvedad que viene dada por la propia naturaleza del objeto contractual, el criterio que se sigue es próximo al DCFR, cuyo artículo IV.A.-5:103, utiliza la expresión «take over» y es literalmente idéntico al artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE; y también el artículo 142.4 CESL contempla el transporte a cargo del comprador, hipótesis en la que igualmente se adelanta la transmisión del riesgo con la entrega al transportista²¹². Para contratos

haber tomado posesión de los bienes o los contenidos digitales, salvo que el comprador pudiese suspender el cumplimiento de su obligación de aceptar la entrega en virtud de lo dispuesto en el artículo 113.

2. Si los bienes o los contenidos digitales se ponen a disposición del comprador en un lugar distinto del domicilio social del vendedor, el riesgo se transmitirá cuando deba efectuarse la entrega y el comprador sepa que los bienes o los contenidos digitales están a su disposición en dicho lugar.

Artículo 145. *Transporte de los bienes.*

1. El presente artículo se aplicará a los contratos de compraventa que incluyan el transporte de los bienes.

2. Si el vendedor no está obligado a entregar los bienes en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que los bienes se entreguen al primer transportista para que los haga llegar al comprador de conformidad con lo estipulado en el contrato.

3. Si el vendedor está obligado a entregar los bienes a un transportista en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que los bienes hayan sido entregados al transportista en dicho lugar.

4. El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos en los que conste la puesta a disposición de los bienes no afectará a la transmisión del riesgo.

Artículo 146. *Bienes vendidos en tránsito.*

1. El presente artículo se aplicará a los contratos de compraventa que incluyan la venta de bienes en tránsito.

2. El riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que los bienes se entreguen al primer transportista. Sin embargo, si las circunstancias así lo exigen, el riesgo se transmitirá al comprador cuando se celebre el contrato.

3. Si en el momento de la celebración del contrato el vendedor supiera o cupiera esperar que supiera que los bienes se habían perdido o habían sufrido daños y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de pérdida o daño correrá a cargo del vendedor.

²¹¹ La regulación del paso del riesgo de CESL es idéntica a la contenida en la segunda versión del «feasibility study» de 19 de agosto de 2011 (Chapter 14: arts. 141-147), que amplía la versión oficial del «Feasibility study» (Chapter 14: arts. 143-149) al incluir el contenido digital que no estaba incluido inicialmente, pero que la Comisión decidió introducir tras el estudio realizado por: LOOS, M., MAK, Ch., HUGENHOLTZ, B., y HELBERGER, N., *Digital Content Services for Consumers*, Centre for the Study of European Contract Law (CSECL, Universiteit van Amsterdam) y el *Institute for Information Law (IVIR)*, Amsterdam, 2011. Ver en http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/legal_report_final_30_august_2011.pdf (fecha consulta 30 de mayo de 2012).

²¹² El artículo 142.3 contempla la hipótesis de incumplimiento del comprador de la obligación de aceptar los bienes, en similares términos al artículo IV.A.-5:103.

comerciales, el momento de transmisión del riesgo es cuando el comprador recibe los bienes o los contenidos digitales o los documentos que representan estos bienes (art. 143), lo que coincide con el DCFR (art. IV.A.-5:101).

Por lo tanto, a estos efectos la propuesta CESL está en la línea de la Directiva de derechos de los consumidores y del DCFR. Hay una clara continuidad que parte de la CISG y que llega hasta el presente en el entendimiento de vincular como regla general la transmisión del riesgo a la adquisición de la posesión material, física, a la recepción del bien, a que éste llegue a las manos del comprador, si éste es consumidor. Y si no lo es, se admite también la entrega de documentos representativos. Para el caso de que el comprador asuma el transporte, pasará el riesgo en el momento de la entrega al transportista porque es desde ese momento cuando el vendedor ya no tiene el control, siendo éste el fundamento legal que inspira la regulación, basada en criterios fácticos y económicos, dentro del esquema contractual de cumplimiento del contrato porque el artículo 105 CESL reconoce que el momento relevante para determinar la conformidad es el de la transmisión del riesgo.

De otra parte, tampoco se hace una correlación del riesgo con la regulación de la entrega contenida en el artículo 94 de CESL, que recoge varias modalidades de entrega: *a)* la transmisión de la posesión material o el control; *b)* la puesta a disposición de los bienes al primer porteador o entregando a este documentos que permita recoger los bienes en su poder; *c)* poniendo a la disposición del comprador los bienes o los documentos representativos, si así se ha acordado. Eso explica que la norma del paso de riesgo sea más precisa en su determinación temporal, porque su inspiración no es la de la entrega en el sentido traditivo de transferencia de propiedad, sino de cumplimiento efectivo de la obligación del vendedor desprendiéndose de su posesión material o física.

En consecuencia, estamos también aquí ante un enfoque estrictamente contractual, sin vinculación alguna con la propiedad, que ni siquiera está regulada por CESL, más aún, es excluida expresamente²¹³, ello a pesar de que se impone como obligación del vendedor (art. 91 b). De modo que si se llegara a aprobar esta propuesta de Reglamento, tal cual resulta de la Propuesta publicada, respecto a esta cuestión se aplicará el derecho nacional que corresponda al contrato transfronterizo de conformidad con las reglas de Derecho

²¹³ Considerando 27.

internacional privado correspondientes (normalmente, Reglamento Roma I)²¹⁴.

Existen voces críticas respecto a esa ausencia de previsión sobre la transmisión de dominio pensando precisamente en que si bien el momento elegido de la entrega o adquisición de la posesión material es el acertado, especialmente para los consumidores, hay un problema con la vinculación entre la entrega y la transmisión del riesgo cuando el riesgo y la propiedad pasan al comprador con la conclusión del contrato (salvo acuerdo en contrario de las partes sobre el momento de transferencia del riesgo), como acontece en algunos países y se considera que en ese sentido sería necesario incluir una previsión sobre la transmisión de propiedad, especialmente interesante en casos de insolvencia²¹⁵.

Ciertamente desde la perspectiva de estos países, no basta con la elección de un criterio lógico y justo de transmisión de riesgo, en el que por otra parte hay en la doctrina moderna un consenso generalizado, sino que queda pendiente la superación del vínculo entre perfección de contrato, propiedad y riesgo en algunos derechos nacionales europeos. Sin embargo, el derecho de obligaciones en Francia, en proceso de reforma desde hace varios años, parece seguir apuntando en la misma línea que el decimonónico artículo 1138 del Code. Así, el «Project de réforme du Droit des contrats» (mayo 2009) difundido por el Ministerio de Justicia francés, mantiene el sistema de transmisión de la propiedad con la perfección del contrato, sin perjuicio de que las partes puedan diferirlo en el tiempo; y esta transmisión de la propiedad lleva consigo la de los riesgos (art. 102)²¹⁶. Por lo tanto, esta sigue siendo una cuestión pendiente.

²¹⁴ Ver HESSELINK, M.W., «How to opt into the Common European Sales Law? Brief comments on the Commission's Proposal for a Regulation», *European Review of Private Law*, 2012-1, pp. 195-212 [2013].

²¹⁵ Precisamente la llamada de atención procede de Francia. Es el caso del Prof. de la Universidad París «Descartes» y miembro del Grupo de Expertos de la Comisión Europea: LUC GRYNBAUM, «Performance and remedies», en SCHULZE, R. y STUYCK, J., *Towards a European Contract Law*, [n. 202] pp. 161-166 [164]: «Of course, any civil lawyer who reads the ECL will be surprised not to find out sooner when the transfer of risk occurs and to learn nothing about transfer of property. As the ECL covers the business-to-business contractual relationship, it could be necessary, in the case of insolvency procedure, to know when the property has been transferred».

Desde el punto de vista de técnica legislativa, el autor sugiere que la transmisión del riesgo se aborde antes que la conformidad e incluir además un precepto sobre la transmisión de la propiedad.

²¹⁶ Artículo 102.

«Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou d'un autre droit, le transfert s'opère en principe dès la conclusion du contrat.

Toutefois ce transfert peut être différé par la volonté des parties, une disposition de la loi ou la nature des choses.

Sauf convention contraire, le transfert de propriété emporte transfert des risques à celui qui en bénéficie.»

Hay fundamento para pensar a juicio de algunos autores que aunque la jurisprudencia del TJUE sobre derecho de propiedad no es aún muy amplia, sí es cierto que la influencia del derecho europeo sobre mercado interno y libertades comunitarias ha generado ya una seria presión sobre el derecho de propiedad y en este sentido puede afirmarse que ha dejado de ser un derecho puramente nacional, de competencia interna. Allí donde se cause una distorsión al funcionamiento del mercado interno y resulten afectadas las libertades de movimiento de personas, bienes, servicios y capitales, deberán adoptarse medidas y en tal sentido será posible avanzar hacia la creación de un derecho europeo de propiedad²¹⁷.

9. CONCLUSIONES

1.º La regulación del riesgo del pago del precio está presente de modo expreso en la ULIS, la CISG, en el DCFR, en las Directivas de consumo y CESL; y en todas estas referencias aparece independizada de la transferencia de dominio al comprador. Se regula la transferencia del riesgo de modo autónomo, en artículo o capítulo aparte, pero dentro del régimen de cumplimiento de las obligaciones bilaterales del contrato sinalagmático que es la compraventa, sin consideración ni al momento de transferencia de propiedad ni tampoco al modo en el que éste haya de producirse. Esto es, el riesgo del precio es resuelto en términos obligacionales y no jurídico-reales. Hay una desconexión conceptual clara en relación al momento en el que ha de producirse el traslado del riesgo y la propiedad, incluso en el DCFR esa desconexión es expresa.

2.º En estos instrumentos se vincula fundamentalmente y como regla general el traslado del riesgo a la entrega, no en el sentido de transferencia de propiedad, sino en el de adquisición de la posesión material del bien, de posesión física, de recepción del comprador del objeto de compra, especialmente si la venta es de consumo. Respecto a las ventas comerciales hay una atención complementaria a aquellos supuestos en los que existe transporte de bienes, en cuyo caso es esencial conocer quién se hace cargo del mismo, amén de otras situaciones especiales y frecuentes en los contratos comerciales, como la venta de bienes a disposición y la

²¹⁷ AKKERMANS, B., «Property Law and the Internal Market», en VAN ERP, S., SALOMONS, A. y AKKERMANS, B., *The Future of European Property Law*, Sellier, Munich, 2012, [n. 125] pp. 244-246 y AKKERMANS, B. y RAMAEKERS, E., «Free Movement of Goods and Property Law», *European Law Journal*, 2011, núm. 28, pp. 1-27 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=1617182>).

venta en tránsito. Hay una coincidencia de criterio basada en criterios fácticos y prácticos, de control sobre el objeto contractual.

Ello es porque al ser la entrega también un concepto jurídico (*traditio*) que admite modalidades diferentes, ficticias y equivalentes, que puede conducir a la adquisición de dominio, se trata de evitar su vinculación con la transmisión del riesgo porque ello genera más problemas que soluciones, sobre todo pensando en armonizar distintos sistemas jurídicos. De ahí que aunque efectivamente el criterio básico de todas estas normas no es otro que el de la entrega en su acepción más fáctica de transmisión de la posesión material al comprador, se acude gráficamente a términos como «adquisición de la posesión material», «posesión física» o «recepción material», que ponen de relieve la esencia del poder efectivo sobre el objeto contractual. Entrega como obligación principal del vendedor que determina el momento relevante para establecer la conformidad de los bienes y la transmisión del riesgo. Ello sin perjuicio de los casos en los que el riesgo pasa antes de que lo haga tal entrega, por ejemplo como cuando el transporte corre a cuenta del comprador.

3.º Este enfoque contractual y fáctico se inicia en la ULIS, pero se perfecciona en 1980 con la CISG cuando se opta conscientemente por un planteamiento pragmático y no dogmático, a partir de la realidad del cumplimiento del contrato mercantil internacional, que de ordinario entraña transporte. Es entonces cuando se elude conscientemente utilizar la palabra entrega que estaba en el sistema germánico.

La solución legal adoptada ha influido notablemente en el ámbito europeo. Se han superado los criterios inspirados en el Derecho natural, que surgieron en la codificación decimonónica para abandonar la máxima *periculum emptoris* en búsqueda del objetivo ínsito en el principio *casum sentit dominus*, que llevó a hacer coincidir la transmisión del riesgo con la transferencia de la propiedad y que incluso estuvo en la génesis determinante del sistema consensual francés.

4.º Por otro lado, el criterio elegido a partir de la CISG no es uno solo, válido para cualquier compraventa, sino varios, fundados en la razón objetiva y económica de saber quién de las dos partes tiene el control sobre el objeto. En el momento en el que el vendedor pierde la posesión material y/o el poder de evitar un daño sobre el mismo, entonces, se transmite el riesgo. La posibilidad de asegurar el objeto, tratándose de empresas, fundamentalmente, pero también de particulares en cuanto a seguros domésticos, es determinante.

Es por ello que a partir de la CISG no se resuelve el riesgo con la mera vinculación al momento en el que se produce la entrega del

objeto al comprador. Esta no sirve como único referente temporal. Es insuficiente en compraventas no manuales, en las que hay transporte, para hacer llegar la mercancía al comprador de acuerdo a diferentes variantes en cuanto a quién está obligado al pago, la modalidad y lugar de entrega.

5.º Aunque se ha propuesto por algún autor que desaparezca la regulación de la transmisión del riesgo, como tal, de modo que quede incluido en la obligación de entrega y la conformidad, eliminando la existencia de normas autónomas sobre esta cuestión que tenían su sentido en época romana y se habrían mantenido por inercia histórica²¹⁸, no creemos que ello sea satisfactorio. Ciertamente su ubicación más idónea debería ser lo más cercana posible a la entrega para comprender mejor la dinámica de la relación sinalagmática, pero es importante que el riesgo tenga un tratamiento específico, bajo enfoque fáctico y pragmático que es lo que permite resolver mejor las hipótesis de riesgo, sin posibles confusiones con la entrega como concepto jurídico. Además es necesario en todo caso incluir normas específicas al menos para los casos en los que el riesgo se transfiere antes que la entrega efectiva, así como para la cuestión de la identificación de los bienes y los contratos de consumo.

6.º Por último, las convenciones internacionales sobre compraventa internacional de mercaderías, ULIS y CISG, no han conseguido armonizar la cuestión de la transmisión de dominio, sin que ello haya supuesto dificultad en alcanzar un acuerdo para regular la transferencia del riesgo de pago, desconectándola del sistema de transmisión de dominio, dejando este punto a los ordenamientos nacionales.

En el caso de la Unión Europea, la de la propiedad parece una cuestión apartada, de momento, de los objetivos institucionales de armonización, sin perjuicio de estar presente en el DCFR, que opta por la *traditio* como *default rule*.

Siendo la venta un contrato traslativo de dominio no se debería obviar en un planteamiento armonizador la regulación de la transmisión de propiedad. De hecho, desde los sistemas de transmisión consensual se ve extraño que no haya una referencia explícita a este tema en el instrumento opcional CESL cuando se refiere al traslado del riesgo, sin perjuicio de que esta cuestión deba conside-

²¹⁸ LILLEHOLT, K., «Passing of Risk and the Risk of Mistification: Some Drafting issues», *European Review of Private Law*, 2011, núm. 6, pp. 921-929. Esta autora considera que en buena técnica legislativa estas normas sobre paso de riesgo no deberían existir como tal, sino dentro de la regulación de las normas sobre la entrega y conformidad. La autora hace estas afirmaciones respecto al estudio de visibilidad, pero aplicables a CESL dada su proximidad. Considera que el riesgo ha llegado a ser una palabra de culto con fuertes raíces históricas de las que los redactores no se acaban de desprender.

rarse como específicamente contractual de posible acuerdo entre las partes. Por el contrario, esa ausencia no destaca en aquellos sistemas de transferencia de dominio basados en la entrega, en los que coincidirán con frecuencia los tres elementos: entrega, adquisición de propiedad y transmisión del riesgo, haciendo realidad la máxima *casum sentit dominus*, que en definitiva forma parte de la lógica de las cosas.

Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo

JORGE FELIU REY

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid
Abogado

RESUMEN

La cláusula penal es uno de los mecanismos contractuales de tutela más usados en la contratación, lo que podría hacer pensar erróneamente que es una figura jurídica con pocos problemas de interpretación y escaso conflicto en su generalizada y frecuente aplicación práctica. Sin embargo, bajo esta denominación bien conocida, se esconde una amplia y compleja tipología de cláusulas que difieren en su contenido, en su función y efectos. Esta constatación práctica, sigue dotando de sentido e interés al estudio de la cláusula penal por su poliédrico perfil y su empleo constante en la praxis contractual. Por otro lado, además, la renovada atención que está recibiendo recientemente su régimen jurídico anima a retomar su estudio. En efecto, las recientes propuestas de Derecho Uniforme, tanto de ámbito internacional como regional, dirigidas a aproximar las soluciones de las diversas tradiciones jurídicas, y su influencia en la labor del legislador nacional, obligan a indagar en la base lógica-jurídica que subyace en esta figura con objeto de hacerla más coherente y comprensible en su aplicación, interpretación y ejecución uniformes. Este trabajo pretende, primero, partiendo del estudio del régimen jurídico de la cláusula penal actual, reflexionar sobre las nuevas orientaciones que marcan las propuestas de modernización, armonización y reforma más recientes, en concreto, en la Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos. Este análisis crítico se centra, en particular, en las cuestiones más controvertidas donde la divergencia de posiciones se agudiza, como, por ejemplo, la cuestión de la naturaleza de la pena, su posible moderación judicial, y todo ello en relación con el id quod interest. Tras este estudio crítico comparado, retornamos a la función esencial de la cláusula penal como mecanismo de tutela de la que se

deriva fácilmente que la inmediatez y eficacia de su exigibilidad sea un elemento clave. Por ello, el trabajo finaliza con una aportación eminentemente práctica, analizando la posible conversión de la cláusula penal en un título ejecutivo que permita una rápida satisfacción del interés del acreedor.

PALABRAS CLAVE

Cláusula penal, pena, indemnización pactada, Derecho uniforme, Derecho comparado, Propuesta de Modernización, moderación judicial, ejecutividad, título ejecutivo.

ABSTRACT

*The penalty clause (in the civil law sense) is one of the most used protection contractual mechanisms in today's contractual practice, what could make mistakenly think that its application is devoid of interpretation problems and conflicts in its widespread and frequent practical use. However, under this widely-known name, a broad and complex typology of clauses that differ in content, in its role and effects, is comprised. As a matter of fact, the study of the penalty clause is still meaningful and full of interest on the grounds of its multifaceted profile and constant use in the contractual practice. On the other hand, moreover, the penalty clause is attracting a renewed attention from the harmonizing legal initiatives that encourages to retake its study. Indeed, recent Uniform Law proposals, both at international and regional levels, aimed to approach solutions among different legal traditions, are impacting on the domestic legislator's work and forced to look for the underlying legal-rationale in order to make its uniform application, interpretation and enforcement more coherent and understandable. The aim of this paper is, from the study of the current legal regime of the penalty clause, to reflect on new trends that latest proposals for modernization, harmonization and reform, in particular, the Proposal to Modernize the Civil Code in the Field of Obligations and Contracts are pointing to. This critical analysis focuses, in particular, on the most controversial issues where positions differ the most, for example, the question of the nature of the penalty, its possible judicial moderation, and the relationship with the *id quod interest*. After this comparative critical study, we revert to the essential function of the penalty clause as a means of protection from which is easily derived that the immediacy and effectiveness of its enforcement is a key element. Therefore, this paper concludes with a very practical contribution, analyzing the possible conversion of the penalty clause in an enforcement order enabling a rapid satisfaction of the creditor's interest.*

KEYWORDS

Penalty clause, liquidated clause, id quod interest, Uniform Law, Comparative Law, enforcement order, judicial moderation, Proposal to Modernize the Civil Code in the field of Obligations and Contracts.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Régimen jurídico en Derecho Español: 1. Definición, precisión terminológica, y regulación.—2. Características.—3. Funciones o efectos de la cláusula penal. 3.1 Efectos cuando se estipula la cláusula penal. 3.2 Efectos cuando se produce el incumplimiento.—4. Modalidades de la pena. 4.1 Pena sustitutiva o liquidatoria. 4.2 Pena cumulativa. 4.3 Pena facultativa. 4.4 Pena moratoria.—III. Búsqueda de una base lógico-jurídica en el régimen de la cláusula penal del Código Civil en relación con la Propuesta de Modernización.—1. Punto de partida: la naturaleza de la prestación que constituye la pena. 2. Indemnización, pena e *id quod interest*. Una reflexión. 2.1 *Common Law*. 2.2 Derecho uniforme. 2.3 Nuestro ordenamiento. 2.3.1 Régimen vigente. 2.3.2 La Propuesta para la modernización.—3. Moderación de la indemnización y de la pena. 3.1 Regulación actual. 3.2 Regulación en la Propuesta y crítica.—IV. Efectividad de la cláusula penal: su configuración como título ejecutivo.—V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La cláusula penal es uno de los mecanismos de tutela más usados en la contratación¹. Sin embargo, bajo esta denominación, que designa una figura extendida y relativamente bien conocida, se esconden diversas tipologías de cláusulas que reflejan, por tanto, diferentes contenidos contractuales, diseñados y redactados dependiendo de la función que le quieran atribuir o del efecto que quieran alcanzar las partes con la incorporación de esta disposición en el contrato. Sólo con esta amplia presencia en la práctica contractual se justifica el interés por conocer esta figura, en su extensión y en sus límites, como ya corroboran numerosos trabajos publicados sobre el tema.

Pero, además de esta razón práctica, con la que le dota su frecuencia en la *praxis* contractual, esta figura, y por ende, su régimen jurídico, está siendo objeto durante los últimos años de una renovada y especial atención que conviene considerar y que anima a retomar su estudio. Por un lado, la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos en el ordenamiento español avanza una «reforma» en la regulación de esta figura. Por otro, instrumentos de Derecho uniforme internacional y regional abordan todos ellos su configuración, sus condiciones y sus límites con una pluralidad de aproximaciones que ofrece nuevas aristas para el debate sobre el perfil de la cláusula penal. Ade-

¹ RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVI, Fascículo II, abril-junio, 1993, p. 512.

más, y en el contexto de armonización de soluciones que ofrecen los instrumentos uniformes, de ámbito internacional o regional, en el tratamiento de la cláusula penal se refleja la divergencia entre tradiciones jurídicas y las soluciones propuestas para aunar estas diferentes aproximaciones revela concepciones diversas sobre los intereses de las partes en la contratación y las funciones básicas de los medios de tutela en caso de incumplimiento que nos hacen reabrir el planteamiento sobre la razón de ser de esta extendida figura jurídica.

Estos dos parámetros, el práctico, por su extendida frecuencia contractual, y el puramente regulatorio, que resulta de la atención mostrada a esta figura en las propuestas de reforma, modernización y armonización, han inspirado este trabajo y guían su desarrollo y estructura.

En primer lugar, creemos necesario, para entender el alcance de las diferentes configuraciones legales de la cláusula penal en los textos referidos, conocer esta figura jurídica tanto en una vertiente estática (definición y modalidades) como dinámica (efectos y funciones). Para ello, proponemos, con carácter previo y de forma sumaria, una exposición del régimen legal vigente de la cláusula penal en el ordenamiento español, explicando sus clases, sus efectos y sus funciones, y deteniéndonos en uno de los temas más significativos para este trabajo, y menos tratado en la literatura, la naturaleza de la pena y la divergencia de posturas al respecto en las distintas propuestas de regulación.

Es, por tanto, el diverso tratamiento que los textos y propuestas analizados hacen de la naturaleza de la pena el que compone la segunda parte del trabajo y responde a la finalidad de estudio crítico comparado que nos planteábamos.

Por último, y como afirmábamos al comienzo de estas notas introductorias, si la cláusula penal es uno de los medios de tutela más usados en la contratación, se deriva fácilmente que la inmediatez y eficacia de su exigibilidad sea un elemento clave para la obtención satisfactoria del interés del acreedor. Por ese motivo, concluimos este estudio con una propuesta sobre cómo exigir por vía ejecutiva la pena contenida en una cláusula penal, convirtiendo, en definitiva, la cláusula penal en un título ejecutivo.

En todo caso, y como cierre de esta introducción, queremos insistir en que este trabajo no tiene la intención de ser terminal ni omnicompreensivo, ni pretende agotar el análisis de esta compleja y extendida figura, sino, una vez más trata de representar una pequeña contribución al gran debate siempre abierto sobre la cláusula penal con una revisión de su régimen jurídico, un análisis crítico y

comparado de las más recientes reformas e iniciativas normativas y finalmente una propuesta para reforzar su exigibilidad.

II. RÉGIMEN JURÍDICO EN DERECHO ESPAÑOL

1. DEFINICIÓN, PRECISIÓN TERMINOLÓGICA, Y REGULACIÓN²

Doctrinalmente, no existe una definición única y comprensiva de cláusula penal. Las distintas definiciones varían según el criterio adoptado por los autores para su concepción y su clasificación. En este sentido, Gómez Calero³ distingue entre aquellas definiciones que se centran en su naturaleza de estipulación o pacto; que se detienen en alguno de sus efectos (garantía, sanción, resarcimiento...); y que se caracterizan por una formulación estricta o amplia; que no definen la cláusula penal, sino las «obligaciones con cláusula penal», «la pena convencional» o, en el supuesto del Derecho mercantil, «los contratos mercantiles con cláusula penal».

Jurisprudencialmente, también han existido discordancias en la definición, dependiendo del criterio adoptado para aproximarse a la figura. Pero, generalmente, se ha adoptado un concepto guiado por su naturaleza negocial y se ha definido la cláusula penal como «la estipulación de carácter accesorio, establecida en un contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal, en virtud de la que el deudor de la prestación que se trata de garantizar, viene obligado a pagar por lo general una determinada cantidad de dinero»⁴.

² Sobre sus antecedentes históricos, vid. ESPÍN CÁNOVAS, D. E., «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», *Revista de Derecho Privado*, núm. 348, marzo, 1946, pp. 146 y ss.

³ GÓMEZ CALERO, Juan, *Contratos mercantiles con cláusula penal*, 2.ª edición, Madrid: Civitas, 1983, pp. 51 y ss. Este autor define la cláusula penal conforme a lo establecido en el Código de Comercio como «una estipulación contractual, de la que nace una obligación accesorio, que sirve a las partes para predeterminar las consecuencias del incumplimiento de un contrato mercantil mediante la fijación de una pena de carácter indemnizatorio contra el que no lo cumpliere, con lo cual –y dada la posibilidad de que la pena prescrita sea exigida por la parte perjudicada si el contrato no se cumple– se estimula al cumplimiento de dicho contrato y, en su caso, se sanciona al contratante que no cumple y se satisface a la parte perjudicada».

⁴ SSTs de 11 de marzo de 1957 [R. Ar. 751] y 17 de noviembre de 1957 [R. Ar. 2872]. En este mismo sentido, la STS de 16 de abril de 1988 [RJ 1988/3173], afirma que «es una obligación accesorio generalmente pecuniaria, a cargo del deudor y en favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación contractual, a la vez que valora anticipadamente los perjuicios que acarrea tal situación». Por el contrario, siguiendo el criterio de los efectos, podemos encontrar la STS de 8 de enero de 1945 [R. Ar. 7] que la define como «promesa accesorio y condicionada que se incorpora

De ahí que sea necesario, como hace la mayoría de la doctrina⁵ y menciona la jurisprudencia⁶, realizar previamente una precisión terminológica y diferenciar, principalmente, entre cláusula penal, obligación penal, obligación con cláusula penal y pena, que componen el entramado conceptual. Pues, en términos generales, la cláusula penal es la estipulación, de origen legal o convencional⁷, donde se establece la obligación del deudor de satisfacer una prestación (pena) en caso de incumplimiento de la obligación que garantiza (obligación con cláusula penal).

Por tanto, la cláusula penal es la estipulación, accesoria y subsidiaria a la obligación u obligaciones principales a las que hace referencia, y en la que se contiene una obligación, cuyo objeto es la pena (convencional), que a su vez, según Díez-Picazo, es «aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de incumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal»⁸.

La regulación jurídica, en el Ordenamiento español, de esta figura viene principalmente establecida en el Código Civil y en el Código de Comercio⁹. Aparte de las distinciones sustantivas que iremos haciendo a lo largo de este apartado, las principales diferencias superficiales y no de contenido entre ambas regulaciones son varias. Por un lado y en primer lugar, la extensión, pues, mientras que el Código Civil le dedica cuatro artículos (1152 al 1155), el Código de Comercio sólo uno (art. 56). En segundo lugar, su ubicación, ya que el Código Civil la ubica dentro del apartado de obliga-

a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no sólo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor del acreedor». En este sentido, la STS de 29 de abril de 1965 [R. Ar. 2434].

⁵ GÓMEZ CALERO, Juan, *Contratos mercantiles...*, *op. cit.*, p. 49 y ss. distingue entre «obligación con cláusula penal», «cláusula penal», «obligación nacida de la cláusula penal» y «pena convencional». RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 514. QUESADA GONZÁLEZ, Corona, «Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional», *Aranzadi Civil*, 2003, Vol. II, T. XII, P. 2073.

⁶ SAP de Barcelona de 2 de abril de 2003 [AC 2003/1064].

⁷ Así, RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, pp. 514 y 515; 519 y ss. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «Comentario a los artículos 1152-1155 CC», en Paz-Ares, Cándido, Díez Picazo, Luis, Bercovitz, Rodrigo y Salvador, Pablo (dirs.), *Comentarios al Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 158.

⁸ Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. II, 6.ª Edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 457. Queremos hacer mención de la definición dada en la SAP de Barcelona de 2 de abril de 2003 [AC 2003/1064] que nos parece errónea, ya que manifiesta, y copio literalmente, «pena convencional, por último, es la denominación que corresponde utilizar cuando la pena no ha quedado establecida en una de las cláusulas del negocio principal, sino en un negocio separado aunque directamente relacionado con aquél», aunque a continuación la define como lo hacemos en el cuerpo de este trabajo.

⁹ También existe la regulación establecida en la Compilación del Derecho civil de Navarra, en su artículo 518, donde se refiere a la estipulación penal (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 1973).

ciones, dedicándole una sección completa (la sexta) bajo la denominación «De las obligaciones con cláusula penal», mientras que el Código de Comercio lo hace dentro del Título IV, «Disposiciones generales sobre los contratos de comercio», refiriéndose en el cuerpo del artículo no a las «obligaciones con cláusula penal» sino al «contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización».

La parquedad de la regulación mercantil implica, conforme los artículos 2 y 50 del Código de Comercio, y según la prelación allí establecida, su remisión al Código Civil conforme a un determinado orden de prelación. Es decir, y siguiendo a Gómez Calero¹⁰, en el supuesto en que el contrato donde se fija una pena de indemnización tuviera naturaleza mercantil, se aplicará en primer lugar el artículo 56 Código de Comercio y disposiciones mercantiles concordantes; posteriormente los usos mercantiles y por último el Derecho común (art. 2 CCo). La prelación de los usos frente al Derecho común variaría en las materias relacionadas en el artículo 50 Código de Comercio. En este supuesto el Derecho común se aplicaría con anterioridad a los usos mercantiles¹¹.

2. CARACTERÍSTICAS

Las características más comunes que se predicán de la cláusula penal son, en primer lugar, el carácter accesorio¹² respecto de la obligación principal de la que depende, tanto en su constitución, como en su exigibilidad y en su extinción. En su constitución, porque garantiza o refuerza el cumplimiento de la obligación principal; en su exigibilidad, porque nace la obligación contenida en ella en el momento en que se incumple la obligación principal conforme a lo dispuesto en el artículo 1152 del Código Civil; y en su extinción, por lo que se desprende del artículo 1155 del Código Civil «la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal» y no al revés.

De este carácter accesorio se desprenden las características de la especificidad y la subsidiariedad. Especificidad, porque garantiza una obligación concreta y no todo el contrato; y subsidiariedad porque, como hemos mencionado anteriormente, es sólo exigible

¹⁰ GÓMEZ CALERO, Juan, *Contratos mercantiles...*, *op. cit.*, p. 47.

¹¹ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Madrid, 1968, p. 113. RUIZ MUÑOZ, Miguel, «Introducción a la contratación mercantil», *Actualidad Civil*, núm. 3, 2003, pp. 785-812.

¹² STS de 8 de enero de 1945 [RJ 1945/7], STS de fecha 16 de abril de 1988 [RJ 1988/3173], STS de 25 de octubre de 2004 [RJ 2004/6403], STS de 28 de septiembre de 2006 [RJ 2006/6390].

cuando se incumple la obligación principal. Como ha indicado la jurisprudencia en reiteradas ocasiones, «(...) no todo incumplimiento del contrato generaba la punición civil, sino sólo aquel que entorpeciera el fin que la cláusula salvaguardaba»¹³.

3. FUNCIONES Y EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL

Dependiendo del contenido de la cláusula penal (de cómo esté redactada), los efectos que puede desplegar son distintos. Se parte de la constatación de que el efecto fundamental es el liquidatorio –además de su efecto general coercitivo–¹⁴ y sobre esta base, se pueden ir adicionando otros efectos como son el punitivo, o el liberatorio. Pero en determinados contratos, en realidad, el efecto principal que se pretende es el coercitivo, ya que la finalidad de su inclusión es que las partes cumplan¹⁵.

Para entender de forma sistemática los efectos que pueden pretender anudarse a este tipo de cláusula y servir como base a su futura redacción, estamos de acuerdo con Gómez Calero en distinguir dos momentos diferentes: cuando se estipula la cláusula penal y cuando sobreviene el incumplimiento¹⁶.

3.1 Efectos cuando se estipula la cláusula penal

En el primer momento, en la estipulación, se manifiestan dos efectos¹⁷. El primero de ellos es establecer de antemano el *quan-*

¹³ STS de 21 de febrero de 1992 [RJ 1992/1422].

¹⁴ Así lo han declarado numerosas Sentencias: STS de 28 de septiembre de 2006 [RJ 2006/6390], STS 13 de julio de 2006 [RJ 2006/4507], STS de 12 de enero de 1999 [RJ 1999/36], STS de 12 de enero de 1998 [RJ 1999/36], STS 7 de marzo de 1992 [RJ 1992/2007], STS de 22 de octubre de 1990 [RJ 1990/8033].

¹⁵ Manifiesta PÉREZ MORIONES, Aránzazu, *Los sindicatos de voto para la Junta General de Sociedad Anónima*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 440, que en relación con los sindicatos de voto, «prevalece esencialmente la función garantizadora, por medio de la cual se busca el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el sindicado deudor». Del mismo modo, BONET SÁNCHEZ, José Ignacio, «La cláusula penal como instrumento jurídico de protección de la posición contractual del acreedor», en NIETO CAROL, Ubaldo y BONET SÁNCHEZ, José Ignacio, (coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Tomo I, Madrid: Civitas, 1996, p. 898, la finalidad principal es «disuadir al potencial incumplidor del recto cumplimiento: para nuestro Tribunal Supremo la cláusula penal es, en primer lugar, un «medio de presión».

¹⁶ GÓMEZ CALERO, Juan, *Contratos mercantiles...*, *op. cit.*, p. 90.

¹⁷ Compartimos la idea de ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria», *Anuario de Derecho civil*, Tomo LXII, fasc. IV, pp. 1593 y 1594, que «la pena convencional tiene, conceptualmente una finalidad esencial y común a sus diversas modalidades: la de reforzar el vínculo obligacional proporcionando al acreedor una garantía añadida del cumplimiento exacto y puntual de la prestación principal. Esta finalidad protectora del acreedor se logra mediante

tum indemnizatorio en el supuesto de un futuro incumplimiento¹⁸, siendo ésta la función básica que desempeña la pena convencional¹⁹. Así lo manifiestan el artículo 1152 del Código Civil y el artículo 56 del Código de Comercio al disponer, respectivamente, que «la pena sustituirá a la indemnización de daños y perjuicios y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento» y «en el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliere».

De esta forma, concretando en la cláusula el *quantum* indemnizatorio, el acreedor no tiene que probar y calcular el daño sufrido²⁰, por lo que está exento de llevar a cabo tal tarea. Incluso en el supuesto en que no se produjera daño alguno o fuera inferior a la pena establecida, ésta sería debida²¹. De esta forma, se evitan los problemas procesales que suelen acompañar a la solicitud de este tipo de pedimentos. Por tanto, el primer efecto sería el valorativo, liquidatorio o sustitutorio.

El segundo de los efectos es el persuasivo o disuasorio, en virtud del cual la cláusula penal persuade al obligado al cumplimiento de la obligación reforzada con la cláusula penal o le disuade de su incumplimiento²².

El efecto tendrá mayor intensidad dependiendo de la prestación establecida, de la posibilidad de exigir no sólo la pena, sino también los daños que excedan de esa pena y de la posibilidad de exigir no sólo la pena, sino también el cumplimiento de la obligación, siempre y cuando sea posible. Veamos cada una de ellas.

dos posibles efectos, o funciones (...). Por un lado, el efecto coercitivo y disuasorio sobre el obligado (...). Por otro lado, el efecto liquidatorio de los daños».

¹⁸ Aunque se ha manifestado, QUESADA, «Estudio de la Jurisprudencia...», *op. cit.*, p. 2076, que en el caso de la pena sustitutiva o liquidatoria, ésta «no es propiamente una valoración anticipada de los daños, dado que habrá de pagarse con independencia de que los haya o no, y de si son mayores o menores que la pena si los hay».

¹⁹ La STS de 12 de enero de 1999 [RJ 1999/36] declara: «(...) es preciso destacar que la función esencial de la cláusula penal –aparte de su función general coercitiva– es la función liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación principal, sustituyendo a la indemnización sin necesidad de probar tales daños y perjuicios (...)».

²⁰ En palabras de RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, pp. 528 y 529, esta función liquidatoria «tiene como finalidad allanar al acreedor las dificultades procesal y sustantiva de calcular, valorar y probar los daños sufridos por el incumplimiento de la obligación reforzada». SSTS 13 de julio de 2006 [RJ 2006/4057], y de 12 de enero de 1999 [RJ1999/36].

²¹ CABANILLAS, «Comentario a los artículos 1152-1155 CC», *op. cit.*, p. 158.

²² Conforme a la STS de 8 de junio de 1998 [RJ 1998/4284], «el artículo 1152 del Código Civil autoriza a insertar en las relaciones obligacionales cláusula penal que actúa para reforzar y garantizar su cumplimiento, al estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente, generando directamente sus efectos cuando se da el incumplimiento previsto, con un plus más oneroso, viniendo a operar como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios». En este sentido, SSTS de 7 de marzo de 1992 [RJ 1992/2007], 12 de abril de 1993 [RJ 1993/2994], 12 de diciembre de 1996 [RJ 1996/8976] y 12 de enero de 1999 [RJ 1999/36].

La prestación establecida como pena debe influir en la conducta del deudor, para que no le compense incumplir, por lo que debe ser medida en relación con la obligación principal que garantiza²³. En el supuesto de una cantidad de dinero, la onerosidad de la pena, unida a la exoneración del acreedor de calcular y probar el daño, tiene que ser lo suficientemente significativa como para persuadir al cumplimiento o disuadir del posible incumplimiento. En otros tipos de prestaciones, el valor afectivo o sentimental de un bien puede tener un mayor efecto coercitivo que el liquidatorio, ya que, aun siendo el valor del bien inferior al posible daño, al obligado le resulta más costoso desprenderse de él²⁴.

El efecto persuasivo se incrementa si convencionalmente las partes acuerdan que la pena no es sustitutiva o liquidatoria, sino cumulativa. Es decir, que el futuro acreedor, además de exigir la pena puede solicitar la indemnización de daños y el abono de intereses²⁵. Así lo reconoce el artículo 1152 del Código Civil que establece que «la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado»²⁶. De ahí que «solo excepcionalmente opera la función cumulativa, cuando se ha pactado expresamente que el acreedor pueda exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados y probados y, además, la pena pactada como cláusula penal»²⁷. La única contrariedad es que, en este último caso, el acreedor sí debe calcular y probar los daños alegados.

Por último, también se puede incrementar el efecto disuasorio a través de la posibilidad establecida en el artículo 1153, *in fine*, que permite a las partes pactar que el acreedor pueda exigir conjunta-

²³ ESPÍN, «La cláusula penal en...», *op. cit.*, p. 146, «(...) si la pena con que se condena al deudor, caso de incumplimiento, tiene para éste mismo valor que el objeto de la obligación principal, en realidad ninguna garantía se habrá añadido a ésta; mas si, por el contrario, la pena supera al valor de aquello a lo venía obligado el deudor, éste tendrá interés en cumplir lo estipulado para no incurrir en la pena pactada, que representa para él una obligación más gravosa.» RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, pp. 527 y ss.

²⁴ DÁVILA GONZALEZ, Javier, *La obligación con cláusula penal*, Madrid: Editorial Montecorvo, 1992, p. 305. QUESADA, «Estudio de la Jurisprudencia...», *op. cit.*, p. 2076.

²⁵ Sobre este aspecto, RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 528, «si se acumula a la indemnización, toda suma estipulada como pena, será un plus o un exceso de carácter punitivo del deudor, y no resarcitorio del acreedor, aunque es verdad que el acreedor lesionado cargará con el coste de la prueba del daño acumulado a la pena exigida».

²⁶ Aunque el Código de Comercio no contempla esta posibilidad, si sería de aplicación lo dispuesto en el Código Civil, por el carácter dispositivo de la norma. Sobre el carácter imperativo o dispositivo del artículo 56 de Código de Comercio y la aplicación subsidiaria del Código Civil, vid. GÓMEZ CALERO, *Contratos mercantiles...*, *op. cit.*, pp. 156 y ss.

²⁷ STS de 28 de septiembre de 2006 [RJ 2006/6390].

mente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena²⁸ (sobre este aspecto nos remitimos a lo que expondremos en apartados posteriores).

3.2 Efectos cuando se produce el incumplimiento

El primero de los efectos, y el más habitual, es el indemnizatorio o resarcitorio, ya que establecida la pena en la cláusula, se resarce el interés del acreedor. El segundo de ellos es el penitencial, regulado en el artículo 1153 del Código Civil, en virtud del cual «el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho». Por tanto, en este tipo de pena, se faculta al deudor, siempre y cuando exista pacto expreso, a elegir entre cumplir la obligación o cumplir la pena²⁹. La sustitución del cumplimiento de la obligación principal por la de la prestación en la que consiste la pena convencional satisface los intereses en presencia.

Otro de los posibles efectos es el punitivo, cuando se sanciona el incumplimiento que deriva de la conducta llevada a cabo por el obligado. Este efecto se da, en principio, en los supuestos de pena cumulativa, e incluso de pena sustitutiva cuando la pena pactada sea superior al daño efectivamente producido³⁰. La función persuasiva de la que deriva este efecto, como resulta lógico, dejará de producirse tras el incumplimiento, momento en que pasan a desplegarse todas las consecuencias establecidas en la cláusula³¹.

Igualmente, se puede predicar el efecto de garantía, de aseguramiento del riesgo. Este efecto se produce cuando en la cláusula se ha estipulado la pena para el supuesto en que el incumplimiento se

²⁸ STS de 18 de abril de 1986 [RJ 1986/1860].

²⁹ *Idem ut supra*, GÓMEZ CALERO.

³⁰ En este sentido MARÍN GARCÍA, Ignacio, «La cláusula penal: la facultad moderadora del juez», *Indret*, www.indret.com, enero, 2008, p. 4, «la función coercitiva es aquella estrictamente punitiva, consistente en una agravación del resarcimiento, ya que normalmente la pena estipulada supera el *quantum* exigible conforme a las reglas de la responsabilidad contractual (art. 1101 CC)».

³¹ Respecto a la relación entre el efecto persuasivo y sancionatorio, RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 527, nota al pie núm. 44, afirma que «en realidad, no es el refuerzo de la obligación una función sinónima o idéntica a la sancionadora o punitiva, pero puede considerarse conjuntamente si la oponemos a la función resarcitoria. Esto es, si nos fijamos en el deudor (a quien compelemos, presionamos y eventualmente, sancionamos con la pena) o si nos fijamos en el acreedor (cuyos daños por incumplimiento pretendemos reparar). Ahora bien, por sí solo, el refuerzo de la obligación se produce siempre con la amenaza de sanción o agravación de la responsabilidad del deudor, la sanción se produce únicamente cuando se produce el supuesto determinante de la misma: el incumplimiento imputable al deudor según las reglas (válidas) de distribución del riesgo de cada contrato».

produce por caso fortuito o fuerza mayor, es decir, por una conducta no culpable por parte del deudor³².

4. MODALIDADES DE LA PENA

Según los efectos antes descritos, la doctrina distingue las siguientes modalidades de pena:

4.1 Pena sustitutiva o liquidatoria

Esta tipo de pena es la general o básica, ya que, si no se pacta otra cosa, ésta sería la que debería aplicarse. Establecida en el artículo 1152 del Código Civil y en el artículo 56 del Código de Comercio sustituye a la indemnización de daños y perjuicios y le concede el privilegio al acreedor de no tener que probar los daños y perjuicios ocasionados³³.

La redacción del artículo 1152 del Código Civil («...la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento,...») ha dado a lugar a la interpretación casi unánime por parte de la doctrina de que, exigiéndose la pena, el acreedor no puede reclamar mayor cantidad en concepto de daño aunque este sea superior a la pena estipulada (daño excedente)³⁴. Algún sector doctrinal ha considerado la posibilidad de exigir el daño excedente cuando el incumplimiento es doloso, argumentándose que «de negar esto, la cláusula penal constituiría una renuncia anticipada a la responsabilidad por dolo, prohibida en el artículo 1102 del Código Civil»³⁵. Y, minoritariamente –Rodríguez Tapia– admite la posibilidad de exigir la indemnización por el daño mayor a la pena estipulada «siempre que se prueben derivados del incumplimiento del deudor, incluso no doloso, y que no se haya excluido esa posibilidad»³⁶. Admitiéndose esta posibilidad, el

³² CABANILLAS «Comentario a los artículos 1152-1155 CC», *op. cit.*, p. 159. RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 529.

³³ Vid. las sentencias mencionadas sobre el efecto esencial de la cláusula penal, STS de 12 de enero de 1998 [RJ 1999/36]. SAP de A Coruña 1 de abril de 2005 [AC/2206/225]. Igualmente, DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos...*, T. II, *op. cit.*, p. 465.

³⁴ Según DÍEZ-PICAZO T. II, *op. cit.*, p. 465, «(...) se ha discutido, como hemos visto, si el acreedor puede pedir una mayor indemnización de la estipulada a lo que en términos generales, habrá que contestar negativamente».

³⁵ DÁVILA, *La obligación con cláusula penal*, *op. cit.*, pp. 359 y ss. RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, pp. 571 y ss. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, S.A., 1993, pp. 59 y ss.

³⁶ RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, pp. 572 y ss. «Queda sin sentido una cláusula penal que no conmina al deudor a cumplir porque la pena es inferior a los daños esperados ni cumple función indemnizatoria alguna».

excedente deberá ser probado y cuantificado, no beneficiándose del privilegio de la cláusula penal.

Un supuesto parecido y el debate en el sentido apuntado lo encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁷. En un contrato de arrendamiento de ganado se estableció una cláusula según la cual «el incumplimiento de este contrato por alguna de las partes acarrearía el abono a la parte perjudicada en la cantidad de quinientas mil pesetas». Al finalizar el plazo de arrendamiento, el arrendatario hace entrega del ganado, pero éste se encuentra envejecido, enfermo y malnutrido, no correspondiéndose con el que se había entregado, hasta el punto que parte del ganado falleció al poco tiempo. El arrendador formuló demanda de reclamación de cantidad exigiendo el pago de una cantidad aproximada de diez millones de pesetas, por la pérdida sufrida y el lucro cesante. El juez de primera instancia condenó a los demandados al pago de la cláusula penal y no a la cantidad solicitada. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia estimando la pretensión del demandante al alegar que «(d)esde luego el artículo 1281 del Código Civil, tras decir que ha de estarse al tenor literal de las cláusulas del contrato, si sus términos son claros, añade que si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas. Pues bien, en el presente caso, visto el considerable valor del ganado objeto del arrendamiento, era obviamente previsible que la falta de cumplimiento de dicho contrato podría dar lugar a perjuicios muy superiores a la indemnización fijada en la estipulación: indemnización que, por otra parte, no estimulaba, por ello, la voluntad de cumplimiento, sino todo lo contrario. De ahí que aplicando criterios lógicos hay que concluir que la intención de los contratantes fue sólo la de fijar una indemnización genérica por la simple falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas, sin perjuicio, además, de mantener la exigibilidad de la concreta obligación incumplida».

Los demandados interpusieron el pertinente recurso de casación, por vulneración, entre otros, de los artículos 1152 y 1155 del Código Civil y cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo desestima el recurso alegando que «dada la entidad del incumplimiento acreditado no puede entenderse, como pretende el recurrente, que su liquidación se satisface con la entrega de quinientas mil pesetas, cantidad fijada, como señala la sentencia recurrida, para un cumplimiento menor. Otra interpretación de la repetida cláusula llevaría a que los deudores de la entrega del gana-

³⁷ STS de 18 de diciembre de 2006 [RJ 2007/276].

do quedarían libres mediante el pago de la cantidad señalada, de la entrega total o en gran parte de las cabezas de ganado objeto del arrendamiento; conclusión absurda que no puede recibir respaldo judicial».

Otra cosa distinta es la exigencia de indemnización por el incumplimiento de otras obligaciones. La pena sólo cubriría el incumplimiento de la obligación que garantiza, no del incumplimiento de otras obligaciones. En este último caso, el acreedor podrá reclamar la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por esos otros incumplimientos, rigiéndose estos últimos por las reglas generales de la responsabilidad contractual³⁸.

Por otro lado, y como hemos hecho mención anteriormente, el acreedor debe optar, según el artículo 1153 del Código Civil entre exigir la pena o el cumplimiento de la obligación, pero no las dos conjuntamente, ya que, en caso contrario, existiría pluspetición³⁹, aunque sí es viable establecerla como subsidiaria en el escrito de demanda (salvo de conformidad con el régimen mercantil del art. 56 Código de Comercio). Este sería el supuesto normal para aquellos casos en que exigiéndose el cumplimiento éste no fuere posible, activándose la exigencia de la pena. Pero esto no implica que se pueda pactar la posibilidad de exigir conjuntamente la pena y el cumplimiento, en determinados tipos de incumplimiento.

Por último, interesa hacer referencia a la expresión del artículo 1152 del Código Civil, «(e)l abono de intereses en caso de falta de cumplimiento», y su relación con el artículo 1108 del Código Civil. Como hemos indicado reiteradamente, la pena, si no se estipula lo contrario, «sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses». Por tanto, la pena comprende ambos conceptos, por lo que existiría plus petición si, además de reclamar la pena, se solicitasen los intereses moratorios del artículo 1108, «que tienen carácter indemnizatorio por el incumplimiento contractual, siendo a éstos a los que se refiere el artículo 1152 del Código Civil, para declararlos incompatibles con la cláusula penal»⁴⁰. En conclusión, no se pueden pedir, salvo que expresamente se haya pactado lo

³⁸ CABANILLAS, «Comentario a los artículos 1152-1155 CC», *op. cit.*, p. 158. QUESADA, «Estudio de la Jurisprudencia...», *op. cit.*, p. 2107.

³⁹ QUESADA «Estudio de la Jurisprudencia...», *op. cit.*, p. 2109.

⁴⁰ STS de 13 de abril de 1992 [RJ 1992/3100]. En este mismo sentido la SAP de Murcia de 30 de junio de 2009 [JUR 2009/376092], que afirma que «el artículo 1.152 CC es claro y no admite interpretaciones, de modo que no existiendo una previsión expresa en el contrato sobre abono de intereses con independencia de la cláusula de la (sic) penal, ha de entenderse que la misma sustituye, no debiendo olvidar que la cláusula penal es un resarcimiento tasado convencionalmente, y el artículo 1108 CC considera el pago de los intereses como equivalente a la indemnización de daños y perjuicios cuando el deudor incurriere en mora».

contrario, el pago de los intereses desde el incumplimiento contractual y el pago de la pena.

Otra cosa distinta, perfectamente legítima, es la reclamación de intereses que correspondan a la mora por el impago de la suma correspondiente a la cláusula penal, una vez que ésta es líquida. Así lo ha reconocido la jurisprudencia que declara «que los intereses moratorios debidos a la reclamación judicial del importe de la pena no están comprendidos en el artículo 1152 del Código Civil»⁴¹.

4.2 Pena cumulativa

Este tipo de pena también se recoge en el citado artículo 1152 del Código Civil, pero a *sensu contrario*, es decir, si la regla general establecida es que la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de incumplimiento, si recae un pacto en contrario, la pena no será sustitutiva sino añadida a la indemnización correspondiente por daños y perjuicios, y estaremos ante un supuesto de pena cumulativa.

De esta forma, el acreedor, siempre y cuando se haya pactado expresamente, podrá exigir al deudor, además de la pena estipulada, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados y probados. Y decimos «probados», porque a diferencia de la pena contenida en la cláusula penal, en la que no se exige prueba alguna, la indemnización que se solicita junto a aquella estará sometida al régimen legal correspondiente.

Por último, queremos referirnos, siquiera sucintamente, a la divergencia de opinión existente entre algunos autores a la hora de incluir dentro del supuesto de pena cumulativa la opción del acreedor de exigir conjuntamente el cumplimiento y la pena. Opción que viene recogida en el artículo 1153 *in fine*, en virtud del cual, siempre que se otorgue expresamente⁴², el acreedor «puede exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena» y en el artículo 56 del Código de Comercio, «en el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de Derecho o la pena prescrita; pero utilizando una de esas acciones quedará extinguida la otra a no mediar pacto en contrario».

⁴¹ STS de 2 de abril de 2001 [RJ 2001/3190] y SAP de Alicante de 28 de marzo de 2006 [JUR 2006/193617].

⁴² SSTs de 27 de marzo de 1982 [RJ 1982/1507], 8 de junio de 1982 [RJ 1982/3409] y de 18 de abril de 1986 [RJ 1986/1860].

De esta manera, la doctrina se divide entre aquellos que estiman que la pena se añade a la pretensión de cumplimiento y aquellos otros que consideran que el efecto cumulativo se produce con respecto a la indemnización⁴³. Entre los primeros se encuentra, en realidad, la mayoría de la doctrina, que incluye en la pena tanto el cumplimiento como los daños y perjuicios, señalando conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1969 (R. art. 967) que este tipo de pena merece en sentido estricto el nombre de pena convencional⁴⁴.

Entre los segundos, Rodríguez Tapia afirma, por el contrario, que «llamar sustitutivas o cumulativas a una pena contractual depende de su relación con la pretensión indemnizatoria. Por el contrario, la facultad del acreedor de pedir cumplimiento y pena, que no se presume, *ex* artículo 1153, se refiere tanto a casos de pena sustitutiva como cumulativa, y principalmente a la primera»⁴⁵. Por tanto, es la posibilidad de exigir pena e indemnización lo que distingue ambas modalidades, no la posibilidad de exigir conjuntamente el cumplimiento y la pena.

A este respecto, es interesante mencionar, como desarrollaremos posteriormente, lo establecido en el artículo 1149 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, donde resulta incompatible, en principio, el ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica y la reclamación de la indemnización convenida de los daños y la pena convencional, salvo aquellas que estén estipuladas para el caso de retraso (pena moratoria) o cuando el cumplimiento en forma específica resulte imposible⁴⁶. Como señala con acierto la profesora

⁴³ DE CASTRO VÍTORES, Germán, «La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo», Dykinson, Colección *Monografías de Derecho Civil*, Madrid, 2009, p. 19. En relación con obligaciones mercantiles GÓMEZ CALERO, *Contratos mercantiles...*, *op. cit.*, pp. 164 y ss.

⁴⁴ QUESADA, «Estudio de la Jurisprudencia...», *op. cit.*, p. 2076, «este tipo de pena es la que cumple una función rigurosamente de garantía, punitiva o sancionadora por ser la más gravosa para el deudor, pues acaecido el incumplimiento el acreedor podrá pedir el cumplimiento forzoso en forma específica o por equivalente y la satisfacción de la pena, que independiente de los daños y perjuicios, por lo que el acreedor puede obtener además del importe de los daños la pena estipulada». Según Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, T. II, *op. cit.*, p. 466, «es el sistema de nuestro Código Civil y es perfectamente admisible. Su establecimiento queda a disposición de las partes. En él, la pena convencional tiene un riguroso carácter punitivo, y, por consiguiente, el acreedor puede pedir el cumplimiento de la prestación debida y el pago de la pena». ESPÍN, «La cláusula penal en...», *op. cit.*, p. 161.

⁴⁵ RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, pp. 579 y ss.

⁴⁶ Sobre este aspecto, MARÍN GARCÍA, Ignacio, «La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, www.indret.com, mayo, 2009, pp. 7 y ss. En análogo sentido, el artículo 2 de la Resolución (78) 3 adoptada por el Comité de Ministros el 20 de enero de 1978, durante la 281.ª reunión de los Delegados de los Ministros, relativa a la «Cláusulas Penales en Derecho Civil», que establece: «el acreedor no podrá obtener al mismo tiempo la ejecución de la obligación principal estipulada en el contrato y la cantidad fijada, a no ser que dicha cantidad se

Arana de la Fuente, esta incompatibilidad no impide, como hemos visto en el capítulo dedicado a los remedios legales, que procesalmente se pueda ejercitar la acción de cumplimiento específico y, subsidiariamente, para el supuesto de imposibilidad, ejercitar la reclamación de la cláusula penal⁴⁷ (teniendo en cuenta la particularidad del art. 56 del Código de Comercio).

4.3 Pena facultativa

Esta modalidad, también denominada «pena de arrepentimiento» o «multa poenitentialis»⁴⁸ por la función liberatoria que conlleva, también ha sido objeto de discusión sobre su consideración o no como cláusula penal. La pena facultativa viene regulada en el comienzo del artículo 1153, en virtud del cual «el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho»⁴⁹.

La exigencia de su reconocimiento expreso tiene su fundamento en que si se dejase al arbitrio del deudor el eximirse del cumplimiento de la obligación pagando la pena estipulada, tal conducta contravendría lo establecido en el artículo 1256 del Código Civil.

hubiera acordado por un retraso en la ejecución. Toda estipulación en contrario será nula». Del mismo modo, pero con matizaciones, el artículo 6 de las Normas uniformes sobre cláusulas contractuales por las que se establece una suma convenida en razón de la falta de cumplimiento, ya que «si la suma convenida no pudiera considerarse razonablemente como indemnización por falta de cumplimiento, el acreedor tendrá derecho tanto al cumplimiento de la obligación como a la suma convenida».

⁴⁷ ARANA DE LA FUENTE, ISABEL, «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Indret* 4/2010, pp. 8 y ss., recoge en la obra citada (p. 5) las consideraciones del profesor MARÍN GARCÍA al respecto, «tampoco es la solución socialmente deseable, ya que la solicitud de cumplimiento devuelve al acreedor perjudicado al régimen ordinario de responsabilidad contractual bajo la forma del equivalente pecuniario. En consecuencia, esta solución comportaría los mismos efectos negativos que la medida anterior, aunque en menor grado, porque el acreedor podría exigir la pena desde su inicio.» Sobre el *ius variandi* entre cumplimiento y exigencia de la pena en las obligaciones mercantiles GÓMEZ CALERO, *Contratos mercantiles...*, *op. cit.*, pp. 176 y ss. Sobre la pena y el cumplimiento específico LLAMAS POMBO, Eugenio, *Cumplimiento por equivalente y rescarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Madrid: Trivium, 1999, pp. 44 y ss. MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2006, pp. 55 y ss.

⁴⁸ STS de 23 de octubre de 2002 [RJ 2002/9305]. Según la SAP de Cantabria de 6 de noviembre de 1997 [AC 1997/2302], «no obstante lo anterior, aún cabe considerar si el citado pacto no es una cláusula penal de las denominadas facultativas, de arrepentimiento o penitenciales, esto es, aquellas en que la cláusula penal no cumple en realidad una función de refuerzo de la obligación sino de sustitución de la prestación prevista. La posibilidad de una cláusula de estas características en nuestro derecho se desprende del contenido del artículo 1153.1.º del Código Civil, pero este mismo precepto impone que ha de mediar un pacto expreso; sólo cuando expresamente se haya reservado el deudor la facultad de eximirse de cumplir la obligación pagando la pena podrá hablarse de este tipo de cláusula penal facultativa cuyo régimen es, ciertamente, igual al de la obligación alternativa».

⁴⁹ En este sentido la STS de 13 de junio de 1962 [RJ 3168].

De ahí que la función liberatoria que se le concede al deudor de eximirse del cumplimiento pagando la pena, cuando expresamente se reconoce, ha supuesto para la doctrina su consideración como obligación facultativa y no como cláusula penal⁵⁰, ya que no se está sancionando, propiamente, dicho incumplimiento, sino que se le está permitiendo optar al deudor entre cumplir o pagar.

Por tanto, no estaríamos ante una pena propiamente dicha, sino ante una multa penitencial «que es el dinero de arrepentimiento o desistimiento, que puede haber sido abonado en forma de arras o no, y que permite al penitente apartarse del contrato y extinguir la relación obligatoria»⁵¹.

4.4 Pena moratoria

Se trata de una pena prevista para el supuesto de retraso en el cumplimiento de la obligación que garantiza, típico en el sector de la construcción y en algunos contratos bancarios, ya que lo que se pretende es el cumplimiento en el plazo pactado, estableciéndose, normalmente, penas pecuniarias por cada día de retraso. Este tipo de penas son un ejemplo claro de los distintos grados que puede alcanzar el efecto coercitivo para lograr el cumplimiento, tanto previo como posterior al incumplimiento, ya que, dependiendo de la graduación de la pena (cantidad diaria, porcentaje, fija o incremento gradual por día transcurrido...), el efecto de persuasión es menor o mayor.

Independientemente de ello, la reclamación de la pena cuando se configura como moratoria no implica que no se pueda exigir el cumplimiento de la obligación⁵². De hecho, en la pena moratoria

⁵⁰ RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 581. ARANA, «La pena convencional...», *op. cit.*, p. 1601.

⁵¹ RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, pp. 542 y ss. DÁVILA, *La obligación con cláusula penal*, *op. cit.*, pp. 43 y 44. La STS de 21 de febrero de 1969 [RJ 967] manifiesta «que aunque la cláusula penal en sentido amplio consiste en una estipulación añadida al contrato, por la cual se establece una prestación, generalmente pecuniaria, que el deudor promete para el supuesto de que no cumpla la obligación principal, o cumplirla contravenga su tenor, en sentido estricto sólo merece ese nombre –según la doctrina científica–, cuando se estipula que el acreedor puede pedir el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena– pena conmutativa–, dejando de merecer aquel nombre tanto en el supuesto de que, por pacto expreso se deje al arbitrio del deudor la posibilidad de liberarse del cumplimiento de la obligación pagando la pena –en cuyo caso existe más bien una obligación facultativa con cláusula de sustitución, y surge la pena de arrepentimiento o multa *poenitentialis*–, como en el supuesto de que se le asigne una función liquidatoria o de cubrimiento de riesgo, en el que, en realidad, viene a constituir una anticipada fijación del importe de los daños y perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento, sin necesidad de acudir a un ulterior proceso para tal fijación».

⁵² La reclamación conjunta de pena y cumplimiento ha conllevado que algún autor –ESPIN– la considere como una pena cumulativa conforme al artículo 1153. Otros GÓMEZ CALERO entienden que la compatibilidad de ambas acciones tiene su fundamento en la

se sobreentiende la «acumulación de la pretensión de cumplimiento y la pena (...), pero no en los de incumplimiento definitivo»⁵³.

Esta modalidad de pena se relaciona con los pactos de intereses, discutiéndose entre los autores si ambas figuras son, de hecho, coincidentes. Lo que sí parece claro es que la pena moratoria puede sustituir a la indemnización por mora (en relación con el art. 1108 del Código Civil: «no habiendo pacto en contrario»). De ahí que, cuando los intereses que haya de pagar sean los legales o los habituales del mercado, no estaremos ante una pena moratoria, ya que no implica una agravación para el supuesto del retardo en el incumplimiento. Sólo estaremos ante un supuesto de pena moratoria cuando exceda de esos parámetros, con los límites propios de la usura.

Este tipo también ha sido discutido como modalidad de pena convencional, existiendo como posturas contrapuestas⁵⁴ la de aquellos que la consideran como tal y la de aquellos otros que la consideran, bien como sustitutiva (indemnización por el retraso), bien como cumulativa (pena más indemnización de daños y perjuicios por el retraso), dependiendo de su formulación. Lo normal es que adquiera la condición de sustitutiva y no cumulativa, ya que resulta muy complejo cuantificar los daños⁵⁵.

III. BÚSQUEDA DE UNA BASE LÓGICO-JURÍDICA EN EL RÉGIMEN DE LA CLÁUSULA PENAL DEL CÓDIGO CIVIL EN RELACIÓN CON LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN

1. PUNTO DE PARTIDA: LA NATURALEZA DE LA PRESTACIÓN QUE CONSTITUYE LA PENA

Un aspecto que resulta particularmente llamativo cuando se compara la regulación de la cláusula penal en los distintos textos

propia naturaleza jurídica de la pena moratoria, no en el artículo 1153 del Código Civil, ni en otra norma legal ni de pacto expreso. DÁVILA, *La obligación con cláusula penal*, *op. cit.*, pp. 41 y 42. CABANILLAS, «Comentario a los artículos 1152-1155 CC», *op. cit.*, p. 160. también está de acuerdo con la compatibilidad de la reclamación de la pena moratoria y de la obligación principal, no siendo aplicable la prohibición del artículo 1153.

⁵³ RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 580.

⁵⁴ Entre los autores que entienden que estamos ante una modalidad de pena convencional, DÁVILA, *La obligación con cláusula penal*, *op. cit.*, pp. 38 y ss. Dentro de la postura opuesta, RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 580 nota al pie 205. QUESADA, «Estudio de la Jurisprudencia...», *op. cit.*, p. 2077.

⁵⁵ DÁVILA, *La obligación con cláusula penal*, *op. cit.*, p. 43. Dentro de la postura opuesta, RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 580 nota al pie 205.

legislativos o prelegislativos es el referente a la naturaleza de la prestación en la que consiste la pena.

Cuando se trata de describir la pena «típica» contenida en una cláusula penal, la imagen más clara e inmediata es la de la pena pecuniaria, consistente en el pago de una cantidad de dinero en caso de incumplimiento de la obligación a la que obedece su razón de ser. Aunque, en cierto modo, esta presunción es exacta y responde probablemente a la *praxis* contractual más extendida, ello no quiere decir que la pena no pueda consistir, conforme a diversos ordenamientos jurídicos como el español, en una obligación de hacer, no hacer o dar, como cualquier otra obligación (art. 1088 CC)⁵⁶.

Como consecuencia de esa previsión legal, las partes puedan dotar a la cláusula penal del contenido que estimen más conveniente dentro de los límites generales de la autonomía de la voluntad y de aquellos otros que puedan imponerles legislaciones específicas⁵⁷. Del mismo modo, y como afirma Rodríguez Tapia, «las reglas reguladoras del contrato o de la obligación reforzada por la penal (...) determinan si la pena establecida es admisible o no»⁵⁸.

Por tanto, dentro de estos límites, entre las penas se podría distinguir las configuradas como penas pecuniarias, de aquellas otras que no lo son (p. ej. las que tienen por objeto la retención de algún bien que tenga el acreedor; obligaciones de hacer o de dar, como puede ocurrir con aquellas que prevén, en el ámbito del Derecho de sociedades, determinados efectos sobre las acciones o participaciones sociales titularidad del socio incumplidor⁵⁹, etc.).

⁵⁶ En este sentido, LOBATO DE BLAS, Jesús María, *La cláusula penal en el Derecho español*, Pamplona: EUNSA, 1974, pp. 132 y ss. GÓMEZ CALERO, *Contratos mercantiles...*, *op. cit.*, pp. 129 y ss. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, T. II, *op. cit.*, p. 457. CABANILLAS, «Comentario a los artículos 1152-1155 CC», *op. cit.*, pp. 157 y 158. RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 555. QUESADA, «Estudio de la Jurisprudencia...», *op. cit.*, pp. 2103 y 2104. DÁVILA, *La obligación con cláusula penal*, *op. cit.*, pp. 244 y ss. ARANA, «La pena convencional...», *op. cit.* p. 1590.

⁵⁷ Al respecto, la cláusula penal quedaría sujeta a la Ley de Usura, la legislación sobre consumidores y usuarios, sobre condiciones generales de la contratación, etc. A este respecto, ARANA, «La pena convencional...», *op. cit.*, p. 1638, la validez o nulidad de la cláusula dependerá de: *a*) que pueda ser o no calificada de usuraria o abusiva; *b*) que respete o no los límites generales de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC); y *c*) que carezca o no de causa material o real (no meramente formal) que justifique en su totalidad la atribución patrimonial que el pago de la pena conlleva (art. 1275 CC).

⁵⁸ Por ejemplo, y en palabras de RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 556, «porque constituye un subterfugio para eludir las normas sobre saneamiento, prohibición del pacto comisorio o de forma particular, la legislación de represión de la usura y otras normas sobre negocios pecuniarios, cuando la pena consista en una obligación pecuniaria». En el mismo sentido, CABANILLAS, «Comentario a los artículos 1152 1155 CC», *op. cit.*, p. 158, en relación con la posibilidad de que una cláusula penal encubra un pacto de intereses de carácter usurario, a la cual se le aplicará la Ley Azcárate.

⁵⁹ Así, RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, p. 556, «del examen de las cláusulas penales más frecuentes se pueden recordar (...) pérdida de derechos sociales (...) que inducen al socio a abandonar la entidad que le sanciona». En este mismo sentido GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual...», *op. cit.*, p. 27, «en un contrato

La elección de una u otra, así como la posibilidad de establecer otras modalidades distintas de las mencionadas como típicas, dependerá de la función de la que se le quiera dotar a la cláusula penal y, en gran medida, de la importancia que para los sujetos firmantes tenga la obligación que garantiza la cláusula penal⁶⁰. Lo usual es que la pena tenga carácter pecuniario, sobre todo, cuando la misma sustituye a la indemnización por los motivos que exponemos en el siguiente apartado. Pero si no es sustitutiva, sino puramente penal, entendemos que en este supuesto la pena puede ser tanto pecuniaria como no pecuniaria.

Volviendo otra vez al origen de este apartado, la naturaleza de la pena, podemos comprobar que esta posibilidad de dotar a la pena de carácter pecuniario o no, no es aceptada por otras regulaciones de nuestro entorno. Para observar este fenómeno, más que centrarnos en las actuales legislaciones, vamos hacerlo en las distintas propuestas normativas de ámbito nacional y supranacional que se encuentran en proceso de desarrollo. Entre las normas en proyecto, podemos diferenciar tres grupos: aquellos textos que hacen referencia expresa a la posibilidad de configurar la pena como no pecuniaria; aquellos otros en los que tal posibilidad se puede inferir de su redacción; y finalmente, un tercer grupo de textos que no permiten otra cláusula penal que la pecuniaria.

Entre los primeros podemos destacar el Proyecto de Código Civil Argentino. En el mismo, cuando se refiere al objeto de la cláusula penal (art. 791) se establece que *puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, o cualquier otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero*⁶¹. Por tanto, es claro en este supuesto que la pena puede consistir tanto en la entrega de una suma de dinero como en cualquier otro tipo de prestación.

En el segundo grupo, podemos encontrar la Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos (en adelante la Propuesta), que emplea en su artícu-

parasocial entre accionistas no es infrecuente fijar una cláusula penal que permite a los restantes accionistas de una sociedad mercantil, en caso de incumplimiento del pacto por uno de los socios, comprar las acciones del accionista incumplidor por debajo del precio de mercado o valor económico de las mismas». Desde nuestro punto de vista, algo similar a las penas que se establecen en los estatutos de la sociedad para los supuestos de incumplimiento de obligaciones pactadas e inscritas, que pueden variar desde una simple multa hasta la pérdida de la condición de socio.

⁶⁰ En este sentido, y como regla general, se va a poder deducir la importancia otorgada de la severidad de la pena establecida en la cláusula penal. Por ese motivo, ante obligaciones medulares de la relación, la pena contenida en las cláusulas penales deberá ser extraordinariamente disuasoria, ante un posible incumplimiento.

⁶¹ Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 1991/2011, La Ley, 2012, pp. 131 y ss.

lo 1146 el término amplio de prestación: «la prestación convenida para el incumplimiento o el cumplimiento retrasado...». Conforme a su dicción literal se puede entender que tendría cabida dentro de la cláusula penal cualquier tipo de prestación⁶², ya que no limita el tipo de prestación al pago de una cantidad y, además, hace referencia a la autonomía de la voluntad a la hora de configurarla («convenida»).

Ahora bien, el segundo párrafo del citado artículo hace referencia expresa al pago, de este modo establece que *el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la prestación convenida*. Aunque podría pensarse que se está refiriendo únicamente al pago de una cantidad dineraria, creemos que no debería llegarse a tal conclusión por tres motivos. El primero, de redacción, ya que si hubiera incluido el término «cumpliendo» existiría una reiteración en el uso de esa palabra y probablemente se haya querido evitar ese efecto. El segundo, por el concepto amplio que se le otorga en nuestro derecho a la expresión «pago» entendido como cumplimiento. Tercero, y ante la posible duda, por ser la postura del Tribunal Supremo, la admisión de una pena no pecuniaria, tal y como se desprende del concepto de cláusula penal que establece⁶³.

En el último grupo, aquellos que limitan la naturaleza de la pena a la pecuniaria, podemos destacar los Principios UNIDROIT, los PECL y el DRAFT⁶⁴. Simplemente el título que describe el artículo en cada uno de los textos que lo regula corrobora esta afirmación, si mantenemos un concepto estricto de pago como cumplimiento de una obligación pecuniaria, como se infiere de los propios instrumentos. En los Principios UNIDROIT, su artículo 7.4.13 aparece bajo la rúbrica *pago estipulado para el incumplimiento*. En los PECL, su artículo 9:509 se enuncia como *Indemnización pactada para el caso de incumplimiento*. Del mismo modo, en el DRAFT, § III – 3:712, que sigue la posición de los Principios, *Pago estipulado en caso de incumplimiento*.

Todas estas regulaciones permiten a las partes convenir que, en caso de incumplimiento, una de ellas, la deudora, deba pagar una suma determinada de dinero a la parte acreedora, lesionada por dicho incumplimiento. Como se puede apreciar, en todos los

⁶² En este sentido también, FUENTESECA DEGENEFEE, Cristina, «Diversos matices de la regulación de la cláusula penal en el ordenamiento español y alemán», *Foro, Nueva Época*, núm. 13, 2011, p. 92.

⁶³ «...viene obligado a pagar por lo general una determinada cantidad de dinero» SSTs de 11 de marzo de 1957 [R. Ar. 751] y 17 de noviembre de 1957 [R. Ar. 2872]. En este mismo sentido, la STS de 16 de abril de 1988 [RJ 1988/3173], afirma que «es una obligación accesoria generalmente pecuniaria...».

⁶⁴ En este mismo sentido la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978, relativa a las cláusulas penales en Derecho Civil.

supuestos, se alude únicamente al pago de una suma de dinero, por tanto, la naturaleza de la pena se limita a obligaciones pecuniarias.

Nos preguntamos entonces por la razón que explicaría esta diversidad de criterios entre los textos vigentes y en los proyectos. Entendemos que la naturaleza de la prestación va a ir determinada, por la tradición jurídica en la que se configura legislativamente y, conforme a la función/es que puede cumplir dentro del Ordenamiento jurídico donde se va a aplicar; que se pueden resumir, de forma general, en si la pena cumple una función liquidatoria, o también, puede cumplir una función punitiva.

Efectivamente, si la regulación legal, o en su caso, si la intención de las partes, si la norma lo permite, es establecer una cláusula penal con una función sustitutoria (indemnizatoria), es lógico que la pena sea pecuniaria, ya que de esta forma, como veremos en el siguiente apartado, se obtiene de forma más sencilla el *id quod interest* o en el supuesto de una pena, su satisfacción. Este es el sentido por el que se inclinan los Principios UNIDROIT, PECL y el DRAFT⁶⁵. Por el contrario, si lo que se pretende es alcanzar una función coercitiva-punitiva, la pena podrá consistir en cualquier prestación, ya que su intención no es obtener el *id quod interest*, sino, de forma preliminar, coaccionar al cumplimiento de la obligación que garantiza la cláusula penal, y, posteriormente, penalizar la conducta del incumplidor, como ocurre en nuestro Derecho vigente, al permitir a las partes configurarla en uno u otro sentido.

2. INDEMNIZACIÓN, PENA *E ID QUOD INTEREST*. UNA REFLEXIÓN

La conclusión con la que finalizábamos el anterior apartado nos exige ahora una exposición, al menos esquemática, del régimen de la cláusula penal, en las tradiciones jurídicas principales, para entender la lógica jurídica subyacente cuando la pena se configura como sustitutiva. Para ello vamos a comenzar brevemente por uno de los extremos, el sistema del *Common Law*, para pasar a continuación por un término medio que representa el Derecho Uniforme y, terminando en el extremo contrario con nuestro Ordenamiento y la Propuesta.

⁶⁵ En este sentido, ARANA, «La pena convencional...», *op. cit.*, p. 1594, «la función sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios, sin embargo, es la que parece predominar» en el PECL y el Marco Común de Referencia.

2.1 *Common Law*

En el sistema de *Common Law*, se distingue entre *liquidated damages* y *penalty damages*⁶⁶. Cada una de estas figuras, como su nombre ya sugiere, cumple una función distinta. Mientras que las primeras representan cláusulas de estimación anticipada de los daños y perjuicios, con función compensatoria (indemnizatoria), las segundas son consideradas penas privadas, con función, por tanto, punitiva. Esta distinción en su finalidad última resulta en la admisión de las cláusulas de *liquidated damages* como perfectamente válidas y legítimas, pero en la declaración de nulidad e ineficacia de las consideradas como *penalty damages* por ser contrarias al orden público.

En función de la intención de las partes, esencialmente, y de otros factores concurrentes en cada caso, como la proporción entre la cuantía pactada y los daños previsibles, el juez calificará la cláusula como *liquidated damages* o como *penalty damages* y aplicará las consecuencias que correspondan. Puesto que las cláusulas de *liquidated damages* tienen la función de pre-estimar los daños que han de pagarse en el supuesto en que se produzca el incumplimiento de la obligación, se rigen por el principio de compensación (indemnización)⁶⁷; de modo que la desproporción entre la cantidad anticipada y los daños efectivamente causados llevaría al juez a calificarla seguramente de cláusula de *penalty damages* y estimarla ineficaz. La lógica subyacente en esta opción normativa tiene, como explica la doctrina y la jurisprudencia, un origen histórico que limitaba la libertad de las partes para establecer las condiciones del contratos en lo relativo a los *remedial rights*⁶⁸. No obstante, esta rigurosidad en el tratamiento de las *penalty damages* se ha visto en cierta medida algo aliviada en épocas más recientes y la distinción tradicional entre *liquidated damages* y *penalty damages* se va diluyendo por efecto de una jurisprudencia algo más permisiva, sobre todo, en el ordenamiento estadounidense, que trataba de encontrar elementos en el sistema que permitieran salvar la razonabilidad de los *penalty damages* (previsibilidad de los daños,

⁶⁶ En el *Civil Code de Louisiana*, más próximo al sistema *Civil Law*, con anterioridad a la reforma, las *liquidated damages* se denominaban *Penal Clause* (art. 2117). Tras la reforma se sustituye por *Stipulated Damages* (art. 2005), en primer lugar, porque semánticamente resultaba de difícil comprensión. En segundo lugar, por los problemas de confusión que pudiera existir con las *Penalty Clauses*, dando a entender que Louisiana estaba permitido tal tipo de cláusulas. *Louisiana Civil Code*, 2012 edition, Vol. I, edited by A.N. YIANNOPOULOS, West, 2012, pp. 457 y ss.

⁶⁷ § 356 «Restatement (Second) of Contracts. ICC», *Guide to Penalty and Liquidated Damages Clause*, Paris: ICC Publishing, 1990, p. 11.

⁶⁸ FARNSWORTH, Allan E., *Contracts*, 3rd Ed., New York: Aspen, p. 841.

dificultad de prueba, daños reputacionales), una doctrina que especialmente desde el análisis económico del derecho avalaba la eficiencia económica de las cláusulas penales en todo caso y finalmente una práctica contractual tendente a buscar vías directas o indirectas para salvar la prohibición (*deposit clauses, accelerated clauses, forfeiture clauses*)⁶⁹.

Tomando en cuenta estas consideraciones sobre el tratamiento de las cláusulas referidas en el *Common Law*, se entiende, por un lado, el alcance de la función moderadora del Juez y, por otro, la posibilidad o no de acumular los remedios.

Respecto a la primera cuestión, el Juez debe considerar si la *damage clause* representa una razonable (en el ordenamiento norteamericano) y/o genuina (tradicionalmente en el Derecho inglés) pre-estimación de las pérdidas ocasionadas por el incumplimiento del contrato, ya que en caso contrario la función que pasa a cumplir esta cláusula es punitiva, que la hace ineficaz⁷⁰. El efecto que deriva de esta calificación es que la cláusula si es punitiva no se modera sino que se hace inaplicable y, por tanto, se pueden reclamar los daños efectivamente causados por el incumplimiento. Por el contrario, si la cláusula es una legítima estimación anticipada de los daños, la aplicación de la misma implica que el acreedor, en principio, no pueda pedir su modificación, al alza en este caso, ni reclamar el resto de los daños causados y no cubiertos por la suma pactada. No obstante, alguna jurisprudencia norteamericana ha permitido la reclamación de los daños que exceden de la suma convenida en la cláusula. Estas situaciones se tratan habitualmente como cláusulas válidas de limitación de la responsabilidad entre las partes que se aceptan generalmente. Pero la aplicación más reciente de la normativa sobre cláusulas abusivas (*unfair contract terms* o *unconscionable clauses*)⁷¹ ha incorporado en este panorama otros elementos de juicio que pueden llevar al juez a estimar irrazonable la limitación de responsabilidad pretendida por las partes.

En relación con la segunda cuestión apuntada, la posible acumulación de la indemnización y la acción de cumplimiento específico está muy conectada con las bases que conforman el sistema de remedios contractuales (*remedies*) en el *Common Law*, ya que su

⁶⁹ DE CASTRO VÍTORES, Germán, *La cláusula penal ante la armonización del Derecho contractual europeo*, Madrid: Dykinson, 2009, pp. 42 y ss.

⁷⁰ MCKENDRICK, E. «Comment to Non-performance: Arts 7.4.1-7.4.13 - Damages», VOGENAUER, Stefan & KLEINHEISTERKAMP, Jan (Editors), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. New York: Oxford University Press, 2009, pp. 919 y 920.

⁷¹ UCC 2-718.

principal finalidad es compensatoria no punitiva o disuasoria⁷², y de igual modo, resarcitoria no satisfactoria⁷³. Efectivamente, en el Derecho anglosajón existe una variedad de mecanismos de tutela legales a los que puede acudir el acreedor ante un incumplimiento contractual, denominados *remedies* (en adelante, remedios). Entre los remedios judiciales se encuentra, en lo que aquí interesa, la *specific performance*, que, en Derecho del *Common Law*, significa una orden decretada por el juez en virtud de la cual la parte incumplidora debe cumplir, de forma personal y en sus propios términos, lo que prometió cumplir⁷⁴. En definitiva, y *grosso modo*, lo que significa nuestra acción de cumplimiento.

Pero, a diferencia de nuestro ordenamiento, la concesión de este remedio por parte del juez no es usual y ello es debido a que el remedio por antonomasia en el *Common Law* ante el incumplimiento del contrato es la indemnización de daños y perjuicios (*remedies of damage*)⁷⁵; de modo que el juez declara el cumplimiento en forma específica (*specific performance*) en supuestos muy concretos y de

⁷² § 356 *Restatement (Second) of Contracts*.

⁷³ Para poder entender de forma breve esta prioridad de la tutela resarcitoria frente a la satisfactoria, vid FELIU REY, Jorge, *Los pactos parasociales en la sociedades de capital no cotizadas*, Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 263 y ss.

⁷⁴ CARTWRIGHT, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Portland (Oregon), Hart Publishing, 2007, p. 249. DOBBS, Dan B., *Dobbs Law of Remedies. Damages-Equity-Restitution*, Vol. 3, 2nd edition, St. Paul, Minn: West Publishing co., 1993, pp. 189 y 190. JONES, Gareth & GOODHART, William, *Specific performance*, London, Edinburgh, Dublin: Butterworths, 1996, 2nd edition, p. 1. Conforme al comentario del §357 de los *Restatement (Second) of Contracts*, «an order of specific performance is intended to produce as nearly as is practicable the same effect that the performance due under a contract would have produced. It usually, therefore, orders a party to render the performance that he promised».

⁷⁵ Constancia de este tratamiento lo encontramos en los famosos textos de HOLMES, Oliver Wendell, *The Common Law*, Boston: Little, Brown, 1881, p. 301, «the remedy is an exceptional one. The only universal consequence of a legally binding promise is, that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case it leaves him free from interference until the time for fulfilment has gone by, and therefore free to break his contract if he chooses». O en su archicitado texto, HOLMES, Oliver Wendell, «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, núm. 8, Vol. X, March, 1897, p. 462, «nowhere is the confusion between legal and moral ideas more manifest than in the law of contract. Among other things, here again the so called primary rights and duties are invested with a mystic significance beyond what can be assigned and explained. The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, –and nothing else. If you commit a tort, you are liable to pay a compensatory sum. If you commit a contract, you are liable to pay a compensatory sum unless the promised event comes to pass, and that is all the difference. (...) I have spoken only the common law, because there are some cases in which a logical justification can be found for speaking of civil liabilities as imposing duties in an intelligible sense. These are the relatively few in which equity will grant an injunction, and will enforce it by putting the defendant in prison or otherwise punishing him unless he complies with the order of the court. But I hardly think it advisable to shape general theory from the exception». MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2006, p. 68.

forma ocasional⁷⁶. De ahí que, y con carácter general, el acreedor no puede solicitar el cumplimiento de la obligación, teniéndose que contentar con una compensación económica⁷⁷.

Partiendo de esta particular prelación de remedios en el *Common Law*, si el acreedor ya está resarcido ante el incumplimiento con el cumplimiento de la cláusula de *liquidated damages*, entonces no podría ejercitar la acción de cumplimiento específico, ya que ambas son incompatibles y alternativas.

2.2 Derecho uniforme

El Derecho uniforme, tanto de ámbito internacional como regional-europeo, y las propuestas en curso, por el contrario, sí admiten la posibilidad de acordar cláusulas penales con efecto coercitivo-punitivo y no sólo liquidatorio⁷⁸. Así se infiere, por ejemplo, de los PICC (art. 7.4.13), de los PECL (art. 9:509) y del DRAFT (III.-3:712), al establecer que si el deudor incumple y se pactó la entrega de una suma de dinero en tal caso, el acreedor recibirá el importe pactado con independencia del daño efectivamente causado (en términos de los PECL), del daño sufrido (PICC) o de los daños reales (en la terminología del DRAFT).

Por tanto, la regla general es que las partes pueden pactar estos tipos de cláusulas, y la cantidad acordada no tiene que tener correspondencia con el daño previsto de forma anticipada o el daño efectivo⁷⁹, es decir, puede ser superior o inferior. En este sentido «los tribunales deberán ignorar las pérdidas efectivamente sufridas por el perjudicado y deben resolver otorgando una indemnización que no será de importe superior ni inferior al dispuesto en el contrato»⁸⁰.

Ahora bien, si bien es cierto que esta es la regla general, estos textos y propuestas uniformes establecen un segundo apartado donde se reconoce la potestad de los tribunales para reducir las indemnizaciones claramente excesivas. De esta forma, aun habiendo un pacto en contrario, las cantidades que se acuerden podrán

⁷⁶ Sobre este aspecto, SMITH, Stephen A., *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Oxford: Clarendon Press, 2005, 6th edition, p. 371. CARTWRIGHT, *Contract Law*, *op. cit.*, p. 249.

⁷⁷ SMITH, *Atiyah's Introduction...*, *op. cit.*, pp. 377 y ss.

⁷⁸ Official Commentary PICC 2010. Cmt. 1 to art. 7.4.13.

⁷⁹ *Ibidem*, Cmt. 2 to art. 7.4.13. BONELL, Michael Joachim, *An international restatement of contract law*, New York: Transnational Publishers, 3th edition, 2005, p. 162. MCKENDRICK, E. «Comment to Non-performance...», *op. cit.*, p. 924.

⁸⁰ *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo») Edición: Ole Lando y Hugh Beale*, edición española a cargo de Barrés Benlloch, Pilar, Embid Irujo, José Miguel y Martínez Sanz, Fernando, Madrid: Consejo General del Notariado, 2003, p. 671.

reducirse hasta una cifra más razonable, si aquella resultara exagerada (PECL)⁸¹, notable (PICC)⁸² o manifiestamente (DRAFT)⁸³ excesiva, en proporción al daño ocasionado y en consideración a otras circunstancias concurrentes en el caso.

La finalidad de esta norma es clara, evitar posible abusos. Pero esta capacidad moderadora del órgano judicial no tiende a equiparar la cantidad pactada con los daños ocasionados, ya que de ser así estaríamos ante una mera cláusula indemnizatoria liquidatoria. El Tribunal debe respetar la función coercitiva-punitiva que las partes han querido lograr con el establecimiento de la pena⁸⁴.

Seguindo a Mckendrick⁸⁵, de conformidad, en particular, con el artículo 7.4.13(2) PICC, un conjunto de requisitos ha de concurrir para que el tribunal pueda reducir la cantidad pactada en el contrato. Primero, se debe probar que la cantidad es notablemente excesiva, no basta con que sea superior al daño resultante del incumplimiento. Y es notablemente excesiva, si así resulta con claridad para cualquier persona razonable⁸⁶. Segundo, para determinar si la cantidad es notablemente excesiva se debe comparar con el daño efectivamente ocasionado por el incumplimiento y las demás circunstancias concurrentes. Respecto al primero de los elementos de comparación, el daño ocasionado debe entenderse referido al realmente sufrido por efecto del incumplimiento. Esto es, el daño habrá de determinarse en el momento del incumplimiento y no referirse al momento de conclusión del contrato. Por tanto, no debe tomarse en consideración en este sentido si la parte incumplidora pudo o debió haber previsto razonablemente el daño en la conclusión del contrato. En lo que se refiere, sin embargo, a la comparación de la cantidad pactada con «otras circunstancias», no hay en el comentario oficial una explicación más extensa. Por ello, en opinión de Mckendrick, podría entenderse como una referencia la consideración por parte del órgano judicial de elementos concu-

⁸¹ Artículo 9:509 (2) *Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable si, en proporción al daño provocado por el incumplimiento y en función de las demás circunstancias, su importe resultara exagerado.*

⁸² Artículo 7.4.13(2) *No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.*

⁸³ Artículo III-3:712 (2) *Sin embargo, a pesar de cualquier previsión en el contrato en sentido contrario, la suma estipulada en el contrato o en otro acto judicial, puede ser reducida a una cantidad razonable cuando sea manifiestamente excesiva en relación con los años resultantes del incumplimiento y otras circunstancias.*

⁸⁴ *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II, op. cit.*, p. 672.

⁸⁵ MCKENDRICK, E. «Comment to Non-performance...», *op. cit.*, pp. 925 y 926.

⁸⁶ Official Commentary PICC 2010. Cmt. 3 to art. 7.4.13 *It is moreover necessary that the amount agreed be «grossly excessive», i.e. that it would clearly appear to be so to any reasonable person.*

rrentes en la transacción como el poder de negociación de las partes y la adecuada asesoría jurídica recibida en el proceso contractual. Naturalmente, cuanto mayor sea el equilibrio entre las partes, más reticente será el tribunal a considerar la suma excesiva. Tercero, aun considerando el Tribunal que la suma es notoriamente excesiva, su reducción es una facultad discrecional y, por tanto, aunque sea una consecuencia frecuente, el órgano judicial no está obligado a ordenar en todo caso la reducción de la cantidad pactada. El tenor literal del artículo así lo indica al emplearse el verbo «podrá» en vez de «deberá». Diríamos así que si el tribunal no la reduce es que nos encontramos ante una suma excesiva, pero no notoriamente excesiva. Cuarto, decidida por el Tribunal la reducción de la cantidad pactada, ésta habrá de ajustarse a una suma razonable. No hay definición de qué es una suma razonable pero parece poco probable que la suma razonable pueda ser inferior al daño efectivamente causado y también que se haga necesariamente coincidir con este, pues los textos se refieren a reducir pero no a inaplicar la condición contractual. El margen de discrecionalidad del órgano judicial es, por tanto, amplio para moderar la suma a una cantidad razonable, previsiblemente superior, no obstante, a los daños efectivamente causados. Por último, se limita la libertad de la partes para excluir la jurisdicción del Tribunal para proceder a la moderación de la pena.

La capacidad moderadora del órgano judicial y los requisitos para su ejercicio, que hemos repasado brevemente, se plantean en un contexto transaccional en el que la suma acordada es superior a los daños efectivamente causados por el incumplimiento. Por ello, es interesante plantear aquí la situación contraria en la que la suma pactada por las partes sea, sin embargo, notablemente inferior al daño causado. La previsión de los textos analizados se refiere únicamente a la facultad del tribunal para reducir la suma especificada por las partes, pero no se hace mención a la posibilidad de incrementar la misma cuando sea irrisoria o desproporcionada atendiendo al daño causado por el incumplimiento y a las demás circunstancias concurrentes.

La previsión contractual de una suma apreciablemente inferior a los daños reales debe tratarse desde la perspectiva de las cláusulas de limitación de la responsabilidad en las que se limita el *quantum* de la indemnización. Por ello, para poder ajustar esa cantidad, como sugeríamos, se debe tomar la vía que marcan los artículos 7.1.6 PICC (cláusulas de exoneración), 8:109 PECL (cláusulas de exclusión o limitación de los medios de tutela) y III.- 3:105 (Cláusulas excluyendo o limitando remedios). En virtud de estas

disposiciones, las cláusulas que limiten o excluyan los medios de protección del crédito en caso de incumplimiento son válidas y eficaces en la medida en que su invocación no sea manifiestamente desleal en atención a la finalidad del contrato (PICC) o contraria a la buena fe (PECL y DRAFT).

2.3 Nuestro Ordenamiento

2.3.1 RÉGIMEN VIGENTE

En nuestro Derecho, se parte de la regla general de que la cláusula penal sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento (art. 1552.I) de la obligación que garantiza, no pudiendo exigirse conjuntamente la pena más la indemnización que corresponda, ni el cumplimiento de la obligación garantizada y la satisfacción de la pena (art. 1154 y 56 CCo), como tampoco eximirse el deudor de cumplir la obligación pagando la pena.

La razón de ser de esta específica regulación está relacionada con la función liquidatoria de la pena o, en la terminología de la Propuesta de la «indemnización convenida». Es decir, si la cláusula cumple una función valorativa, liquidatoria o sustitutoria, estableciendo de antemano el *quantum* indemnizatorio en el supuesto de un futuro incumplimiento, la misma estará haciendo referencia, en principio, al *id quod interest*⁸⁷. En este sentido debemos reiterar que la pena hace referencia única y exclusivamente, por su especificidad, a la obligación que garantiza no al resto de las obligaciones que conforman el contrato, por lo que respecto de estas otras el «acreedor conserva sus pretensiones indemnizatorias conforme a las reglas generales»⁸⁸.

Recordemos que el remedio de cumplimiento en forma específica tiene como finalidad la de obtener del deudor la prestación incumplida del mismo modo que debió y no fue llevada a cabo. Obtenido el título ejecutivo donde se condene al deudor al cumplimiento de la obligación, y haciendo éste caso omiso del mismo, se establecen en nuestro ordenamiento jurídico una medidas ejecuti-

⁸⁷ En este sentido, ARANA, «La pena convencional...», *op. cit.*, p. 1582, afirma que «la doctrina canonista sólo admitió la validez de las penas convencionales que estipularan una valoración anticipada de los daños derivados incumplimiento y cuyo importe no superara el doble del *id quod interest*». En Alemania esta limitación permaneció hasta el siglo XIX, FUENTESECA DEGENEFEE, Cristina, «Diversos matices de la regulación de la cláusula penal», *op. cit.*, p. 103.

⁸⁸ ARANA, «La pena convencional...», *op. cit.*, p. 1597.

vas tendentes al cumplimiento específico de lo establecido en el título en aras de obtener la satisfacción del acreedor-ejecutante.

Pero puede ocurrir que el cumplimiento *in natura* no se pueda obtener, por devenir la prestación imposible (imputable al deudor), sustituyendo el cumplimiento o la ejecución en forma específica por su equivalente pecuniario (el valor de la prestación). Este equivalente pecuniario es lo que se ha denominado por la dogmática jurídica *aestimatio rei* (aunque a veces también se recurre al término *id quod interest*⁸⁹).

El problema que se plantea, y que no es baladí, es el de determinar si este «equivalente pecuniario» es autónomo e independiente de la indemnización de daños y perjuicios o si es una pieza integrante de la misma. En palabras de Llamas Pombo⁹⁰, las posturas se agrupan en dos claras posiciones. De un lado, la de aquellos que defienden la tesis de la «autonomía del cumplimiento por equivalente» consistente en que el valor de la prestación (equivalente pecuniario) es algo previo e independiente de la indemnización. De otro lado, la de aquellos otros que defienden la tesis del «concepto integral de indemnización», en virtud de la cual el equivalente pecuniario forma parte, como un componente más, de la indemnización de daños y perjuicios, como consecuencia de que la no prestación constituye un daño en sí misma.

Aunque no queremos adentrarnos en esta disputa, por existir obras que lo tratan en profundidad⁹¹, sí nos queremos detener en la postura de los defensores de la tesis del «concepto integral de indemnización». Los mismos parten de que la responsabilidad contractual es únicamente indemnizatoria⁹², no cumpliendo ni una

⁸⁹ Dependiendo de la postura doctrinal, se diferencia, se engloba o se confunde este concepto con el de *aestimatio rei*. Para los primeros, sólo designa el resarcimiento de daños y perjuicios; para los segundos, engloba la indemnización y el valor de la prestación; para los terceros designa el cumplimiento por equivalente. Sobre este tema, entre otros, LLAMAS, *Cumplimiento por equivalente...*, *op. cit.*, p. 64. En relación con la pretensión de cumplimiento y la pretensión indemnizatoria, vid. la excelente obra del profesor MORALES, *La modernización...*, *op. cit.*, pp. 55 y ss.

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 19 y ss.

⁹¹ Sobre esta materia, las distintas argumentaciones y sus antecedentes históricos, vid LLAMAS, *Cumplimiento por equivalente...*, *op. cit.*

⁹² Como manifiesta PANTALEÓN, «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate), *Anuario de Derecho Civil*, t. XLIV, fascículo III, julio-septiembre, 1991, pp. 1020 y 1021, «la función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatoria. No tiene función preventivo-punitiva: no trata de castigar los incumplimientos para así desincentivarlos. Tampoco tiene, ni siquiera en los casos de imposibilidad sobrevvenida de la prestación, una función de «reintegración, por equivalente, del derecho de crédito lesionado» (*rechtsverfolgende Funktion*): la indemnización a pagar por el deudor responsable no es, ni en todo (*id quod interest*) ni en parte (*aestimatio rei*), un subrogado de la prestación devenida imposible; el pago de aquella al acreedor no es un «cumplimiento por equivalente» de la obligación originaria —a la que la lógica (¿y el art. 1.156. III CC?) exige considerar extinguida—, sino cumplimiento, sin más, de la obligación de resarcir (en su caso, *in natura*) los daños causados al acreedor, nacida *ex novo* del supuesto de hecho de

función preventiva ni resarcitoria, ni teniendo una función de reintegración, por equivalente, del derecho de crédito lesionado⁹³.

A diferencia de la anterior postura, al devenir imposible el cumplimiento de la prestación originaria en forma específica, ésta no se transforma en un cumplimiento por equivalente, sino que aquélla se extingue, y surge la obligación de resarcir *in natura* los daños causados al acreedor. De ahí que la *aestimatio rei* forme parte de la indemnización, del *id quod interest*⁹⁴. Al dotarle de naturaleza indemnizatoria, ya no se ejercita el mismo a través de un remedio de cumplimiento, sino a través, como denomina Pantaleón, de un remedio de responsabilidad contractual (categoría incluida dentro de los remedios indemnizatorios)⁹⁵, el cual queda «condicionado a que el incumplimiento dañoso sea imputable al deudor».

Efectivamente, el acreedor, mientras que la prestación originaria pueda cumplirse, podrá ejercitar frente al deudor la correspondiente pretensión de cumplimiento. El supuesto de hecho de esta pretensión es el incumplimiento y la posibilidad de que pueda cumplirse, independientemente de que cause o no daño al deudor, y que le pueda ser imputado. Pero si ésta deviene imposible, el supuesto de hecho cambia, ya que habrá que comprobar si es por causa imputable o no al deudor. El deudor queda liberado de la prestación cuando la misma deviene imposible por caso fortuito o fuerza mayor, extinguiéndose la obligación. Pero cuando tal imposibilidad es imputable al deudor, surge la responsabilidad contractual, no quedando el mismo liberado. Como se puede apreciar, se produce una identidad en el supuesto de hecho, quedando englobado el resarcimiento *in natura* dentro del supuesto de hecho del remedio de responsabilidad contractual, siendo éste el remedio ejercitable al haber devenido imposible la prestación principal.

Independientemente de la postura que adoptemos, a efectos de la cláusula penal, la indemnización que se contempla se correspon-

la responsabilidad contractual». VERDERA, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1995, pp. 66 y ss.

⁹³ LLAMAS, *Cumplimiento por equivalente...*, *op. cit.*, pp. 85 y 86.

⁹⁴ Conforme con DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, T. II, *op. cit.*, pp. 780 y 781, «no hay, por consiguiente, más que indemnización, y no se puede separar el régimen de la llamada *aestimatio rei* del de los restantes daños».

⁹⁵ Los medios de tutela de los que a juicio de PANTALEÓN, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVI, fascículo IV, octubre-diciembre, 1993, *op. cit.*, pp. 1727 y 1728, ha de disponer el acreedor pueden clasificarse en: a) Pretensión de cumplimiento, incluyéndose la reparación de los vicios o defectos o la sustitución del objeto, y cualquier otra forma de corregir la prestación defectuosa; b) Remedios sinalagmáticos: resolución del contrato, reducción de precio y *exceptio inadimpleti contractus*, pudiéndose añadir la resolución anticipada del contrato y la que denomina excepción de riesgo de incumplimiento; c) Remedios indemnizatorios, diferenciando la responsabilidad contractual y la indemnización de los gastos del contrato; d) Pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado obtenido por el deudor a costa del acreedor.

dería con el *id quod interest*, bien en un concepto autónomo o bien en un concepto integral (englobando el equivalente pecuniario de la prestación junto con la indemnización). Por ese motivo, la posibilidad de exigir conjuntamente la acción de cumplimiento de la obligación garantizada con la pena (en el sentido que le estamos dando, el indemnizatorio) se convertiría en una incongruencia, ya que se estaría pidiendo doblemente el cumplimiento de la prestación objeto de la cláusula penal, una en forma específica otra en su equivalente pecuniario, o ante una imposibilidad de cumplimiento, doblemente el equivalente pecuniario.

De ahí que, si se pudiera ejercitar la acción de cumplimiento y la exigencia de la pena, esta misma no estaría cumpliendo una función liquidatoria sino punitiva. Efectivamente, la exigencia de una pena en este sentido (diferente a la indemnizatoria) tiene como finalidad *ex ante*, coercitiva, *ex post*, punitiva, y puede consistir en cualquier tipo de prestación, no solo dineraria. De esta forma, se puede solicitar el cumplimiento de la obligación principal y el cumplimiento en forma específica de la prestación en la que consiste la pena.

Esta argumentación hace comprensible la regulación del artículo 1149 de la Propuesta, recogiendo lo afirmado por la doctrina y la jurisprudencia, que en los supuestos de pena moratoria se puedan ejercitar conjuntamente la acción de cumplimiento específico y la solicitud de la pena, ya que en este supuesto la indemnización o la pena no sustituye la prestación, sino que está pensada para indemnizar o penar el retraso en el cumplimiento⁹⁶. De igual modo, para el supuesto de que el cumplimiento en forma específica resulte imposible, se podría exigir de forma subsidiaria la indemnización de los daños y la pena convencional, ya que la primera se correspondería con el equivalente pecuniario (con la particularidad ya vista del art. 56 CCo).

Siendo esta la regla general, qué ocurre con la particular. Esta última, hace referencia a la posibilidad de que las partes pacten la posibilidad de acumular. Es decir, por un lado, que la pena no sea sustitutoria a la indemnización de daños y al abono de intereses (art. 1152 CC); por otro lado, la exigencia conjunta del cumplimiento y la pena (art. 1153 *in fine*)⁹⁷. Conforme a ella, se apuntala el argumento desarrollado anteriormente. De esta modo, en el primer supuesto, que no sea sustitutoria a la indemnización de daños y

⁹⁶ A este respecto, MARÍN, «La cláusula penal en la Propuesta de...», *op. cit.*, p. 8, manifiesta sus reservas a esta redacción, «aclaración poco acertada, porque permite conjeturar que la mencionada acción no es compatible con la reclamación de penas que cubran partidas indemnizatorias distintas a la mora, y que serían igualmente exigibles a causa del incumplimiento».

⁹⁷ Sobre las diversas teorías *vid.* el apartado relacionado con la pena acumulativa.

al abono de intereses, las partes, pactan la indemnización como pena y además se añade la posibilidad de exigir los daños y perjuicios ocasionados y probados. Por ese motivo, la pena que no sustituye no tiene relación con el *id quod interest*, es un «castigo» al deudor incumplidor. De igual manera ocurre con la acumulación del remedio contractual de cumplimiento en forma específica. Al poder exigirse ambos, la pena ya no estaría relacionada con aquel, teniendo ésta una función no liquidativa. En caso contrario se estaría solicitando doblemente el *id quod interest*.

2.3.2 LA PROPUESTA PARA LA MODERNIZACIÓN

Esta argumentación que distingue entre indemnización y pena, y su relación con la posibilidad de acumular resulta más clara en la Propuesta. Así, en el primer artículo del capítulo IV «De las cláusulas penales», el 1146, establece que *la prestación convenida para el incumplimiento o el cumplimiento retrasado o defectuoso sustituirá a la indemnización de daños sin necesidad de probarlos (...)*, apuntando que *salvo que las partes le hubiesen asignado sólo carácter penal*.

Como se puede apreciar en este artículo de la Propuesta y del resto de la regulación que propone, se distingue dentro del concepto de cláusula penal entre «indemnización pactada» o «indemnización convenida» y «pena convencional»⁹⁸. De este modo, se lleva a cabo una diferenciación con distintas consecuencias, ya que se está separando la pena con función liquidatoria o sustitutoria (indemnizatoria), que sería la genérica, de aquella otra, que debe estar expresamente pactada, con función puramente punitiva (la penal).

Entre esas consecuencias se encuentra, por un lado los requisitos de exigibilidad, y por otro, la posibilidad o no de acumular la

⁹⁸ Me uno a la consideración de ARANA, «Algunas precisiones...», *op. cit.*, p. 8, en virtud de la cual, «pese a lo que a primera vista pudiera parecer, entiendo que esta dualidad no constituye una repetición superflua de expresiones equivalentes. (...) En suma, dentro del concepto general de cláusula penal, la Propuesta diseña dos especies y establece ciertas diferencias en sus respectivas regulaciones». Esta diferenciación es criticada por el profesor MARÍN, «La cláusula penal en la Propuesta de...», *op. cit.*, pp. 6, 7 y 9, manifestando al respecto, «queda patente una diferenciación artificial en nuestro Derecho entre *indemnización previamente convenida* y *pena convencional*, que arranca del *common law* y que se repetirá en las disposiciones posteriores, si bien su régimen jurídico se bifurca solamente aquí: los títulos de imputación que hacen exigible la *indemnización previamente convenida* difieren de lo que hacen exigible la *pena convencional* (...). En ambos párrafos, el artículo 1149 de la Propuesta reitera una diferenciación terminológica extraña en nuestro Derecho como es distinguir entre *pena convencional* e *indemnización convenida*, o *indemnización pactada*, sin ningún motivo aparente, puesto que el término jurídico al uso en Derecho español es *cláusula penal*, con independencia de que no haya agravación de la responsabilidad por incumplimiento del deudor».

pretensión de cumplimiento en forma específica con la reclamación de la pena.

Respecto a la primera de ellas, cuando es una indemnización convenida, el artículo 1148 de la Propuesta, requiere que el incumplimiento sea imputable al deudor, con arreglo a criterios objetivos. Mientras que si nos encontramos ante un supuesto de «pena convenida», para exigir la misma se requiere la culpa del deudor.

En relación con la segunda de las consecuencias, la posibilidad de acumular o no la pretensión de cumplimiento en forma específica con la reclamación de la pena, se produce una desviación de lo establecido en la legislación vigente. Como hemos hecho mención reiteradamente, el artículo 1153 del Código Civil permite la acumulación de la cláusula penal y la acción de cumplimiento en forma específica. Pero la Propuesta en una primera lectura, en su artículo 1149, no contempla tal supuesto. Permitiría, conforme a esa primera lectura, únicamente la acumulación en los supuestos en que los daños y la pena convencional se hubieran estipulado para el caso de retraso o que el cumplimiento en forma específica resulte imposible. Esta es la dirección propuesta por la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978, donde en su artículo 2 prohíbe la acumulación, excepto en el supuesto en que se hubiera acordado para un retraso en la ejecución. Aunque debemos manifestar, que el artículo 6.2 de las Normas Uniformes⁹⁹ establece que *si la suma convenida no pudiera considerarse razonablemente como indemnización por la falta de cumplimiento, el acreedor tendrá derecho tanto al cumplimiento de la obligación como a la suma convenida*.

Esta sería la interpretación conforme a una primera lectura y la que mantienen algunos autores¹⁰⁰. Desde nuestro punto de vista, y para dotarle del sentido lógico que estamos exponiendo en este apartado, entendemos que se podría acumular conforme al razonamiento anteriormente expuesto. Si la indemnización pactada equivale al *id quod interest*, entonces resulta lógico que no se pueda acumular. Por el contrario, cuando nos encontramos con un supuesto de pena pactada, al no tener una función liquidatoria, se podría acumular, ya que no habría incompatibilidad entre ambas pretensiones, la de cumplimiento y la de la pena.

De igual modo, si continuamos con el tenor literal del artículo 1149, el mismo establece que *el ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica impide al acreedor reclamar la*

⁹⁹ Normas uniformes sobre cláusulas contractuales por las que se establece una suma convenida en razón de la falta de cumplimiento (A/38/17, anexo I) (A/CN.9/243, anexo I).

¹⁰⁰ De este modo, ARANA, «Algunas precisiones...», *op. cit.*, pp. 8 y 9.

indemnización convenida de los daños y la pena convencional... Conforme a esta redacción, y desde nuestro punto de vista, lo que impide, o debería impedir el artículo, es acumular la pretensión de cumplimiento + indemnización convenida + pena convencional. En este supuesto sí se estaría produciendo una incompatibilidad entre acción de cumplimiento e indemnización convenida de daños. Por tanto, o se exige la indemnización de daños y la pena convencional, o se opta por la acción de cumplimiento y la pena convencional.

Ahora bien, el problema radica es saber qué ocurre si la indemnización pactada no corresponde, bien por ser más baja, bien por ser mucho más alta, con la pretensión incumplida. Se plantearía entonces la cuestión de la posible moderación judicial.

3. MODERACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN Y DE LA PENA

Uno de los aspectos más discutidos en relación con el régimen de la cláusula penal está en relación con la posible moderación de la pena por parte del juez. Creemos que este aspecto es muy trascendente para valorar la función que debe cumplir la pena en cada supuesto concreto. Para ello vamos a analizar la regulación actual, para comprender la llevada a cabo en la Propuesta, pudiendo así finalizar con nuestra opinión.

3.1 Regulación actual

Conforme a la legislación vigente, el artículo 1154 del Código Civil establece que «el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor». Esta norma, de naturaleza imperativa¹⁰¹, tiene su fundamento en la equidad que tiende a la proporcionalidad de las prestaciones, no tanto por la excesividad de la pena, sino porque la misma está estipulada en relación con un determinado incumplimiento total¹⁰². Así lo tiene establecido la jurisprudencia

¹⁰¹ Sobre el carácter imperativo y siguiendo a JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil*, Madrid: Civitas, 1992, p. 194, «el control judicial *ex artículo* 1154 CC, no puede ser válidamente excluido por las partes del contrato a que se opone la penalización convencional (...). Debe considerarse, por tanto, nulo, como no puesto (nulidad parcial de éste, no del entero contrato), el pacto entre el comprador y vendedor por el que se excluye, en el ámbito del su contrato, la aplicación del artículo 1.154 CC, y lo mismo vale para una renuncia del comprador que tenga tal contenido».

¹⁰² CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentario a los artículos 1152-1155 CC», *op. cit.*, p. 160. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, T. II, *op. cit.*, p. 468.

del Tribunal Supremo: «el artículo 1154 del Código Civil prevé la moderación con carácter imperativo (SSTS de 6 octubre de 1976, 20 de octubre de 1988 [RJ 1988, 7592], 2 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8364] y 9 de octubre de 2000 [RJ 2000, 8139]) para el caso de cumplimiento parcial o irregular, por lo que no es aplicable cuando se da un incumplimiento total (SSTS de 28 de junio 1995 y 30 de marzo de 1999 [RJ 1999, 1719]), o cuando se trata de un retraso en el supuesto de cláusula penal moratoria (STS de 29 noviembre 1997 [RJ 1997, 8441]», (STS de 7 de febrero de 2002 y, en el mismo sentido, entre otras, STS de 21 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 10269])¹⁰³.

Es decir, si la pena estipulada corresponde a un incumplimiento total, no sería equitativo que se condenase al deudor a la satisfacción íntegra de la pena cuando el incumplimiento llevado a cabo por el mismo sea parcial, debiendo el juez proceder a adecuar la pena al cumplimiento realizado. Cuestión distinta es que, conforme al criterio jurisprudencial, la cláusula penal esté establecida para un caso de incumplimiento parcial, un cumplimiento defectuoso o irregular; en tal supuesto no cabría la moderación, ya que «aplicar aquella facultad [moderadora] cuando la cláusula está prevista para un determinado incumplimiento parcial, sería ir contra el principio de autonomía de la voluntad, que proclama el artículo 1255 del Código Civil y el principio de *lex contractus* del artículo 1091 del mismo Código: ambos consagran el principio básico del derecho de obligaciones, *pacta sunt servanda*, que no pueden ser sustituidos por el órgano jurisdiccional»¹⁰⁴. Pero esto no es óbice para que el juez pueda revisar la pena a través de otros cauces distintos al artículo 1154 del Código Civil¹⁰⁵.

Respecto a la aplicación de la moderación de la pena, y según el tenor literal del artículo 1154 del Código Civil, será *ex officio* por

¹⁰³ STS de 31 de marzo de 2010 [RJ 2010/123425]. Aunque existe algún fallo que admite la moderación «no sólo en los supuestos de cumplimiento parcial o defectuoso, sino también cuando resulten desorbitados sus efectos en determinados casos». SSTS de 5 de noviembre de 1956 [R. Ar. 3805]; 1 de octubre de 1990 [RJ 1990/7460]; y 2 de diciembre de 1998 [RJ 1998/9701].

¹⁰⁴ Entre otras, STS de 10 de mayo de 2001 [RJ 2001/6191]: «Cuando la cláusula penal está prevista específicamente para un determinado incumplimiento parcial (o cumplimiento irregular o defectuoso, que es lo mismo) no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial».

¹⁰⁵ A este respecto, QUESADA, «Estudio de la Jurisprudencia...», *op. cit.*, pp. 2126 y ss. Sin embargo, el profesor Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, T. II, *op. cit.*, p. 468, manifiesta que «(...) ningún precepto del Código ni de Ley alguna determinan o imponen una aplicación de oficio. Perteneciendo la materia al campo estricto de los intereses de las partes, de los intereses privados, rige respecto de este tema el principio dispositivo, que impide una actuación de oficio. A la misma conclusión se puede llegar a partir del artículo 24 de la Constitución, que impide una tutela judicial no solicitada».

los órganos jurisdiccionales, no siendo necesario su invocación por la parte interesada. Serán los Tribunales de Instancia los que procederán del tal modo. El Tribunal Supremo no podrá proceder a su revisión en casación, a no ser que tal moderación no haya sido aplicada por el Juez de primera instancia cuando debió hacerlo o, al revés, aplicándolo cuando no debía hacerlo, en contravención así en ambos sentidos de una disposición imperativa¹⁰⁶. Esta regla, contenida en el artículo 1154 del Código Civil, es aplicable tanto a los contratos civiles como a los mercantiles con cláusula penal¹⁰⁷.

A pesar de la redacción del Código Civil y el criterio jurisprudencial y doctrinal mayoritario, algunos autores son partidarios de aplicar esta moderación también para el supuesto de incumplimiento total, a partir de una interpretación finalista y no literal del artículo 1154 del Código Civil, es decir, «corregir-reducir todas las cláusulas penales que sean abusivas o desproporcionadas para el deudor incumplidor»¹⁰⁸. Conforme a este criterio, es indiferente si el incumplimiento es total o parcial, lo importante es la desproporción o el abuso en la aplicación de cláusula. No niegan que la pena sea superior a la indemnización que le correspondería por el incumplimiento, lo cual es lícito, pero eso no quiere decir que se deban amparar situaciones abusivas.

3.2 Regulación en la propuesta y crítica

Esta última, la moderación por razones de equidad, es la tendencia que adopta la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, equiparándose esta opción con la de los Ordenamientos jurídicos de nuestro entorno¹⁰⁹, al establecer que «el Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones con-

¹⁰⁶ CABANILLAS, «Comentario a los artículos 1152-1155 CC», *op. cit.*, p. 161. JORDANO, *La resolución por incumplimiento...*, *op. cit.*, pp. 195 y ss. De igual manera, ARANA, «La pena convencional...», *op. cit.*, p. 1615, «salvo interpretaciones irracionales, ilógicas, absurdas o carentes de toda base (SSTS de 28 de septiembre y 12 de diciembre de 2006) o cuando no concurren los requisitos legales exigidos, como declara la STS de 10 de marzo de 2009».

¹⁰⁷ En este sentido, GÓMEZ CALERO, *Contratos mercantiles...*, *op. cit.*, pp. 149 y ss.

¹⁰⁸ JORDANO, *La resolución por incumplimiento...*, *op. cit.* En este mismo sentido, para RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», *op. cit.*, pp. 582 y ss., «es la desproporción el verdadero presupuesto objetivo de la modificación judicial de la pena».

¹⁰⁹ ARANA, «Algunas precisiones...», *op. cit.*, pp. 9 y ss. MARÍN, «La cláusula penal en la Propuesta de...», *op. cit.*, p. 9. En textos internacionales, artículo 9:509 (2) de los Principios de Derecho Europeo de Contratos; artículo 7.4.13 Principios UNIDROIT de los Contratos Comerciales Internacionales; artículo 7.1 de la Resolución (78) 3 adoptada por el Comité de Ministros el 20 de enero de 1978, durante la 281 reunión de los Delegados de los Ministros, relativa a la «Cláusulas Penales en Derecho Civil».

venidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido»¹¹⁰.

Aunque esta regulación por razones de equidad se acerca a la seguida en los países de nuestro entorno y a la de los instrumentos uniformes de ámbito internacional o comunitario, en relación con estos últimos no es idéntica¹¹¹, ya que éstos se inclinan por un criterio más amplio al incluir, además del daño provocado u ocasionado, la consideración de otras circunstancias.

Este cambio de orientación, desde nuestro punto de vista, coincidente con parte de la doctrina, no es del todo acertado. Y ello por varios motivos.

El primero, porque se debe distinguir a efectos de moderación, conforme a lo expuesto hasta ahora, en relación con la Propuesta, entre *indemnización convencional* y *pena pactada*. Si la primera tiene relación con el incumplimiento de la prestación en los términos descritos en el anterior apartado, podemos entender que la misma debe corresponderse en cierta medida con aquella¹¹². Esto se induce de la literalidad del artículo 1150 de la Propuesta *-notoriamente desproporcionadas-*, admitiéndose acertadamente como hace el Código Civil Francés¹¹³, la moderación bien porque es excesiva, bien porque es irrisoria en relación con un único criterio de referencia: *el daño efectivamente sufrido*. Este único criterio de referencia no nos parece del todo acertado, ya que se deberían incluir, siguiendo el Derecho uniforme: *otras circunstancias*. De esta forma el Juez puede tener en cuenta otros criterios valorativos, no únicamente el daño efectivamente producido, alcanzando así un juicio valorativo más preciso.

Del mismo modo, y en relación con esto último, la posibilidad de moderación del juez de la indemnización convencional nos lleva a plantearnos el problema de la prueba del daño y la consideración

¹¹⁰ Sobre este aspecto, MARÍN, «La cláusula penal en la Propuesta de...», *op. cit.*, pp. 9 y ss., que aclara que, según su opinión, la omisión al incumplimiento parcial no es deliberada, «y se debe a un olvido de la Comisión General de Codificación, por lo que versiones futuras del texto harán referencia a ella sin perturbar su contenido actual.» En este sentido, el artículo 9:509 (2) de los Principios de Derecho Europeo de Contratos: «Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias».

¹¹¹ En este sentido MARÍN, «La cláusula penal en la Propuesta de...», *op. cit.*, p. 10.

¹¹² Es interesante a este respecto lo recogido por Díez-PICAZO, Luis, «Cláusula penal y resolución de contrato», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. I, Madrid, 2006, pp. 396, en relación con los principios que reglan la materia de la cláusula Penal según POTHIER, así «la pena estipulada para el caso de inexecución de la obligación puede ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva. Esta regla procedía de una opinión de DUMOULIN en su Tratado *De eo quod interest*, fundándola en la idea de que la naturaleza de la pena es suplir los daños y perjuicios (...).» POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires: Atalaya, 1947, pp. 212 y ss.

¹¹³ ARANA, «La pena convencional...», *op. cit.*, pp. 1586 y 1631.

de esta cláusula más que como una cláusula penal como una cláusula de liquidación anticipada del daño. Efectivamente, si la cláusula no es más que una pre-estimación del daño, careciendo del efecto coercitivo-punitivo, ajustándose en cierta medida a la realidad de aquel (por ser la cantidad igual a la pérdida real)¹¹⁴, podríamos entrar entonces en la discusión doctrinal de si estamos ante una cláusula penal o ante una cláusula preventiva del daño¹¹⁵, no estando esta última sujeta a la moderación judicial¹¹⁶.

Por otro lado, si nos encontramos con una *pena pactada*, coincidimos con los argumentos críticos que expone una parte de la doctrina¹¹⁷ en relación con la posibilidad de moderación judicial. En este sentido, si la pena, tal y como nos permite nuestro Ordenamiento a diferencia de otros, puede ser punitiva, cumpliendo una función coercitiva no liquidatoria, nos parece que una posible moderación basada en el *daño efectivamente sufrido* desvirtúa la función de esta figura jurídica, ya que la posibilidad de moderar la

¹¹⁴ En este sentido, *Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II*, op. cit., p. 672, donde se aclara que la potestad moderadora del juez «deberá respetar la intención de las partes de disuadir de los impagos o del incumplimiento y, en consecuencia, el fallo no debería reducirse al importe de las pérdidas efectivas. El tribunal ha de fijar una cifra intermedia».

¹¹⁵ Sobre esta distinción, DÍEZ-PICAZO, «Cláusula penal y resolución de contrato», op. cit., pp. 399 y ss. RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la Cláusula Penal...», op. cit., pp. 537 y ss. ARANA, «La pena convencional...», op. cit., p. 1597.

¹¹⁶ DÍEZ-PICAZO, «Cláusula penal y resolución de contrato», op. cit., pp. 400 y ss.

¹¹⁷ Según MARÍN, «La cláusula penal en la Propuesta de...», op. cit., pp. 10 y ss., «(...) la moderación de la pena por razones de equidad no encaja en nuestro ordenamiento, pues choca con la rigidez extrema en la revisión de los contratos por cambios de circunstancias. Por ello, permitir la moderación de la pena por razones de equidad distorsiona el principio de *pacta sunt servanda* (1258 CC) al debilitarlo única y exclusivamente cuando se trata de una cláusula penal. (...) La entrada en vigor del artículo 1150 de la Propuesta supondría extender a personas distintas de los consumidores y usuarios una protección que, para colmo, sería más favorable para el deudor que la hasta ahora reservada a estos sujetos en virtud del artículo 85.6 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias». Por otro lado manifiesta la profesora, ARANA, «Algunas precisiones...», op. cit., pp. 10 y ss.: «en definitiva, no tengo clara la conveniencia de modificar en este sentido el vigente artículo 1154 del Código Civil. Ahora bien, todo ello no impide reconocer la existencia de razones de peso favorables a la regla contenida en el artículo 1150 de la Propuesta». En este trabajo, la citada profesora recoge la opinión del profesor MARÍN GARCÍA al respecto, el cual manifiesta que «la regla de la inmutabilidad de la pena (art. 1154 CC) es preferible a la moderación judicial de la pena por razones de equidad (art. 1150 de la Propuesta), puesto que las cláusulas penales persiguen finalidades económicas legítimas que con frecuencia pasan desapercibidas a los jueces. El Derecho español y el resto de los ordenamientos comunitarios disponen de mecanismos alternativos a la revisión judicial de la pena para la protección de aquellos intereses dignos de protección, entre otros, el de los consumidores y la defensa de la libre competencia. Por ello, la moderación judicial de la pena por razones de equidad sería innecesaria y, además, distorsionaría la contratación entre privados por sus efectos sobre la litigación y la formación del contrato, sin mencionar la pérdida de las ganancias de eficiencia asociadas a este remedio». En relación con esto, CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «Disposición Adicional Primera. 6.3.», en MÉNENDEZ MÉNENDEZ, Aurelio y DÍEZ-PICAZO, Luis (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid: Civitas, 2002, pp. 1020 y ss.

pena solo tiene sentido cuando se trata de lo que la Propuesta denomina «indemnización convencional». Del mismo modo, si se admite la acumulación de la indemnización convencional y la pena, en muchos supuestos, la cuantía resultante podría ser excesiva. Si lo que se pretende es proteger a determinados sujetos ante los excesos de otros, ya existen normas específicas que cumplen tal cometido, no creemos que la regulación de la cláusula penal deba ser el lugar que se emplee para tal reequilibrio de posiciones¹¹⁸.

Igualmente, si la pena es configurada precisamente para «coaccionar» el cumplimiento del hipotético incumplidor, resultándole más ventajoso cumplir que incumplir, y la misma debe ser moderada conforme a la Propuesta bajo el grado *manifiestamente excesiva* teniendo como punto de referencia únicamente el *daño efectivamente sufrido*, nos preguntamos qué pasaría cuando el incumplimiento de la obligación que garantiza sea difícil de probar, pero, sobre todo, de cuantificar. En este supuesto, la pena siempre sería manifiestamente excesiva, debiendo el juez entrar a moderar y por consiguiente, beneficiando al incumplidor, disminuyendo, por no decir anulando, la función coercitiva. Además, de este modo, se está limitando la autonomía de la voluntad de las partes que quieren dotar a la cláusula de función puramente penal. No encontramos, en estos casos, justificable recurrir a la moderación judicial, cuando otras normas ya garantizarían el posible desequilibrio entre las partes.

Ejemplo de ello lo encontramos en determinados contratos, como por ejemplo en los pactos parasociales o en los contratos de software, donde este tipo de cláusulas juega un papel fundamental. ¿Cómo se valoran los daños derivados de un cambio de política en la gestión de la compañía, resultante del incumplimiento de un pacto parasocial? Desde mi punto de vista, en línea con la opinión de algunos autores, resulta bastante improbable la posibilidad de acreditarlos y cuantificarlos¹¹⁹ satisfactoriamente. Por tanto, qué criterios seguirá el Juez para moderar la pena.

¹¹⁸ Aunque se podría adoptar el criterio alemán, donde se impide la moderación judicial para el supuesto de que un comerciante se obligue a pagarla con ocasión de su actividad mercantil (§ 348 HGB).

¹¹⁹ Así, PÉREZ MORIONES, *Los sindicatos de voto...*, op. cit., pp. 436 a 438. PAZ-ARES, «El enforcement de los pactos parasociales», *Actualidad jurídica Uría y Menéndez*, 2003, núm. 5, pp. 21 y 22, quien afirma que «una vez producido el incumplimiento de la obligación asumida por parte del sindicato, el resto de los cosindicados goza, en principio, de la posibilidad de exigir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del primero. No obstante, existen ciertos obstáculos de carácter práctico que impiden una admisión sin condiciones de esta solución, dadas las graves dificultades que se pueden llegar a suscitar tanto en el momento de la prueba de la existencia de tal perjuicio, como en el momento de la determinación de la cuantía a satisfacer por parte del sindicato que ha violado el acuerdo, puesto que resulta sumamente complejo valorar el daño derivado de la adopción de un determinado acuerdo con el voto favorable y determi-

Otro de los motivos en conexión con el anterior es que al poder moderarse la pena, la inmediatez y eficacia en la exigibilidad de la misma también puede ser mermada. La posibilidad de que en un juicio se pueda a entrar a debatir sobre el carácter o no excesivo de la pena provocaría problemas en relación con el binomio discrecionalidad-litigiosidad, con la celeridad, la inseguridad jurídica, etc. Efectivamente, si con la actual regulación, el acreedor está liberado de probar los daños, conoce de antemano la suma a percibir y le permite agilizar el cobro de esta¹²⁰, con la posibilidad de moderación, estas tres características quedarían limitadas.

Para terminar, y como cuestión práctica, si se admite la posibilidad de configurar la pena como no pecuniaria, cómo va a poder el juez llevar a cabo la moderación¹²¹. Deberá valorar tanto el daño efectivamente sufrido, como la prestación no pecuniaria establecida como pena. Cuestión distinta, que nos gustaría advertir, es que, si la pena consiste en una prestación no pecuniaria, nos podemos encontrar con el problema del cumplimiento de la misma en forma específica, por los límites propios en la satisfacción de ese remedio, añadiéndose además las orientaciones del Derecho Uniforme, tanto internacional como comunitario¹²².

IV. EFECTIVIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL: SU CONFIGURACIÓN COMO TÍTULO EJECUTIVO

A efectos prácticos, y en conexión con el anterior apartado, la cláusula penal, por sí sola, no es un mecanismo jurídico suficiente para la satisfacción del interés del acreedor; como tampoco lo es para obtener un efecto coercitivo y disuasorio del incumplimiento, ya que el acreedor lo que desea es que, ante un incumplimiento del deudor, la pena se haga efectiva de forma inmediata, al igual que

nante de algún miembro del sindicato que se había comprometido a abstenerse en la votación o de la imposibilidad de haber tomado un determinado acuerdo de especial trascendencia para la vida societaria, ocasionado por el incumplimiento por parte de un miembro de aquél de la obligación de ejercitar el voto atendiendo a la orientación establecida en el sindicato». De igual modo, ERLAIZ COTELO, Iñigo, «Las etapas de inversión y su regulación contractual en los distintos tipos de operaciones (*buy-outs* y capital desarrollo), en ALVAREZ ARJONA, José María (Dir.) y ERLAIZ COTELO, Iñigo (coord.), *Capital Riesgo (Private Equity). Aspectos Regulatorios, Mercantiles, Financieros, Fiscales y Laborales*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2006, p. 452.

¹²⁰ ARANA, «La pena convencional...», *op. cit.*, p. 1597.

¹²¹ Sobre este aspecto *vid.* FUENTESECA DEGENEFEE, Cristina, «Diversos matices de la regulación de la cláusula penal...», *op. cit.*, pp. 95 y ss.

¹²² A este respecto, artículo 9:102 PECL o 7.2.2 PCCOM y artículo III.- 3:302 DCFR; donde se establecen los límites en el ejercicio del remedio de cumplimiento en forma específica.

también desea que el deudor sea consciente de ello ante un hipotético incumplimiento llevado a cabo por él, que es en definitiva lo que se produce con el efecto coercitivo.

Por ese motivo, es muy importante proceder a una cuidada redacción de la cláusula penal y de la instrumentalización de la exigencia de la pena, al igual que al establecimiento de garantías para el cumplimiento de aquélla.

Efectivamente, si sólo se establece que el incumplidor deberá pagar al acreedor una cantidad dineraria o, por ejemplo, en relación con cláusulas frecuentes en el ámbito societario, proceder a la entrega de unas determinadas acciones o participaciones sociales, hasta que se haga efectiva la misma, si finalmente se consigue, va a transcurrir mucho tiempo. Por eso, es necesario redactar con especial esmero este tipo de cláusulas y, en su caso (la mayoría) acompañarlas de garantías suficientes o de métodos que aseguren su cumplimiento inmediato, evitando en la medida de lo posible juicios largos y costosos.

Al margen de estas garantías que tienen como finalidad asegurar el cumplimiento de la cláusula penal, deberíamos plantear la posibilidad de obtener el mismo objetivo de una forma expeditiva e inmediata, sin necesidad de una garantía. En definitiva, mediante la posibilidad de acudir a un juicio ejecutivo que, en palabras de Guasp, es *la vía más expedita con que cuentan los acreedores que gozan de un título fehaciente para obtener la satisfacción de sus derechos sin acudir a la vía más larga, costosa y complicada de los juicios declarativos ordinarios incluso de los procesos abreviados o sumarios por razones de cantidad*¹²³.

Efectivamente, si la pena consiste en la entrega de una cantidad de dinero, se produce el incumplimiento de la obligación principal, y el deudor se niega a pagar, deberá el acreedor ejercitar la oportuna reclamación de cantidad por un procedimiento declarativo, y en su caso, solicitar la ejecución forzosa de la sentencia, con lo que todo ello implica en términos de tiempo y recursos. Pero si pudiéramos acudir directamente a la vía ejecutiva, por lo menos, lograríamos un significativo ahorro de tiempo, y conseguiríamos, sin duda, un mayor efecto coercitivo. La cuestión, entonces, que debemos plantearnos es cómo podemos articular esta figura para tener acceso directo a la vía ejecutiva. Aunque no hemos observado esta solución en la práctica profesional (no queremos decir que no exista), queremos analizar con qué viabilidad contaría.

¹²³ GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Revisada y adaptada por ARAGONESES, Pedro, 4.ª edición, Madrid: Civitas, 1998, p. 145.

Conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 517), para ejercitar la acción ejecutiva es necesario que el título lleve aparejada ejecución. Por tanto, para que pueda llevarse a cabo la ejecución es requisito *sine qua non* la existencia de un título ejecutivo (*nulla executio sine titulo*). Es imprescindible, entonces, preguntarse qué es el citado título. El título ejecutivo es una declaración, un acto jurídico, que consta en un documento¹²⁴. Una declaración que expresa la voluntad de «que se cumpla por el momento un actividad o prestación sea o no debida.»¹²⁵ Por tanto, es el título lo que provoca la acción ejecutiva, de ahí que el despacho de ejecución esté en consonancia con el título [«...el título no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título» (art. 551 LEC)].

Ahora bien, no todo título es ejecutivo; sólo aquellos reconocidos por ley, que como *numerus clausus*, no pueden ser ampliados salvo que el legislador por razones de oportunidad política así lo desee. Tales títulos tienen naturaleza procesal¹²⁶, tienen tal carácter, ejecutivo, precisamente por ser fundamento del proceso, de la causa de pedir. El Derecho les reconoce tal característica dentro del proceso, no fuera de él. Al igual que ocurre con otros procesos, como el monitorio, al que puede acudir quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad máxima determinada por la Ley, cuando la deuda de esa cantidad se acredite según los documentos que el artículo 812 de la LEC relaciona. Por tanto, es la Ley Procesal la que determina qué documentos son los pertinentes para poder acudir al citado proceso.

De la enumeración que hace la Ley sobre los títulos ejecutivos (art. 517 LEC), nos vamos a centrar en aquella declaración contractual a la que la Ley le reconoce acción ejecutiva, por lo que su

¹²⁴ Distingue CHIOVENDA, Jose, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Traducción de CASAIS Y SANTALÓ, José, Tomo I, Madrid: Reus, 2000, p. 304, entre el significado sustancial y formal del título ejecutivo. En el primer caso, sustancial, el título jurídico es la declaración en base a la cual se consagra la declaración. En significado formal, es el documento en el cual se consagra la declaración.

¹²⁵ CHIOVENDA, *Principios...*, *op. cit.*, pp. 303 y 304. MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 18.ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 538 y 539.

¹²⁶ Conforme con MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, *op. cit.*, pp. 539 y 540, «la tipicidad supone que no se pueda dar un concepto abstracto de título ejecutivo y partiendo del mismo buscar en la realidad jurídica documentos que se acomoden a ese concepto. (...) Un concepto atípico o general carece de utilidad. (...) Fuera del proceso de ejecución los documentos no operan como títulos ejecutivos. En este proceso el documento típico es presupuesto legal de la actividad jurisdiccional y son normas procesales las que lo rigen, y, por tanto, lo que importa no es tanto su noción (abstracta e inútil) sino la función que se cumple en el proceso».

presentación determinará el inicio de las actividades ejecutivas tendentes a la obtención de la prestación establecida en la citada declaración. Nos estamos refiriendo a las escrituras públicas (art. 517.2.4 LEC), la modalidad más lógica para el supuesto de hecho que contemplamos.

Conforme a Chioventa, la razón o el fundamento de la consideración de este tipo de título como ejecutivo no procede tanto de la cualidad del notario como fedatario público, ni del hecho de que el deudor se someta expresamente a la ejecución. La razón estriba, según este autor, «en la particular certeza que en estos casos presenta el crédito; por eso hay fundamento para estimar que la sentencia correspondería al contenido del acto público, que si bien esto no ocurre a veces, el derecho, de ordinario, en el interés general, prescinde de la posibilidad de estas anomalías»¹²⁷. Esta certeza vamos a discutirla en párrafos posteriores.

En relación con los requisitos legales que debe revestir el documento, en el presente caso la escritura pública, la Ley de Enjuiciamiento Civil manifiesta que debe ser primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes (art. 517.2.4 LEC). La finalidad de esta norma es evitar diferentes ejecuciones con copias del mismo título. Pero también se deberá tener en cuenta las normas relacionadas con el régimen notarial, en concreto la Ley Orgánica del Notariado y el Reglamento Notarial¹²⁸. En relación con los mismos hay que destacar, entre otros, el artículo 17 de la Ley¹²⁹ y artículo el 233 del Reglamento¹³⁰ por sus modificaciones recientes,

¹²⁷ CHIOVENTA, *Principios...*, *op. cit.*, pp. 312 y 313. Según GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, *op. cit.*, p. 150, «el juicio ejecutivo (...) destinado a recoger pretensiones dotadas de cierta autenticidad o fehaciencia, no tendría por qué excluir, por su generalidad, a ninguna clase de reclamaciones, con tal que se agrupan en la categoría general que justifica su tratamiento privilegiado».

¹²⁸ Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado. Decreto de 2 de junio de 1944 [RCL 1945/57].

¹²⁹ Por las modificaciones realizadas por el artículo 6 de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, entre las cuales se encuentra la realizada en el apartado 1 artículo 17 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, en concreto y en lo que aquí interesa, «A los efectos del artículo 517.2.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considerará título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con tal carácter». Por tanto, conforme a la Ley, y según la modificaciones realizadas, en la copia de toda escritura que contenga obligación exigible en juicio, deberá hacerse constar si se expide o no con eficacia ejecutiva y, en su caso y de tener este carácter, que con anterioridad no se le ha expedido copia con eficacia ejecutiva. Sobre este aspecto, *vid.* JORQUERA GARCÍA, Luis, «La ejecución judicial de los documentos notariales en función de la fecha de su otorgamiento», *Diario La Ley*, N.º 7389, Sección Tribuna, 27 abril, 2010, Año XXXI. En este sentido el Auto de la AP de Madrid, de 8 de abril de 2010 [JUR 2010/219047].

¹³⁰ Artículo 233 del Reglamento, modificado por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero [RCL 2007/148], que establece que «a los efectos del artículo 517.2.4.º de la Ley

que establecen a los efectos que nos interesa que «a los efectos del artículo 517.2.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil se considera título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se le expida con tal carácter». Esta modificación permite, en palabras de Jorquera García, «que sea el propio interesado el que decida cuándo desea tener una copia con eficacia ejecutiva, sin que le quite esa posibilidad el hecho de que se hayan expedido para él otras copias anteriores, siempre que no tuvieran carácter ejecutivo, o, teniéndolo, exista la conformidad de las partes (por ejemplo otorgada en la propia escritura a la que se refiere la copia), aun con las dudas que sobre la validez de este tipo de cláusulas expresaron las RRDGRN de 2 septiembre 2005 y 20 de mayo de 1987»¹³¹.

Por tanto, «la ejecución judicial de esos documentos notariales está regulada por dos tipos de normas. Por un lado las propias normas notariales, en cuanto a la forma de otorgamiento y de circulación de esos documentos. Por otro las normas procesales que, en coordinación con las notariales, regulan los requisitos para el despacho de ejecución, basándose en los propios documentos y en otros que los complementan»¹³².

Esto respecto al título como forma. Respecto a su contenido, ya hemos mencionado a lo largo de este apartado que en la ejecución de títulos no judiciales y arbitrales sólo se despachará ejecución por cantidad determinada que exceda de 300 euros, en dinero efectivo, o en cosa o especie computable en dinero (art. 520 LEC).

Esta cantidad de dinero debe ser cierta, líquida y vencida¹³³, añadiendo nosotros exigible. Cierta o incondicionada (conforme a Chioventa) significa que la misma debe estar determinada, que no

1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considera título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se le expida con tal carácter. Expedida dicha copia el notario insertará mediante nota en la matriz su fecha de expedición e interesado que la pidió. En todo caso, en la copia de toda escritura que contenga obligación exigible en juicio, deberá hacerse constar si se expide o no con eficacia ejecutiva y, en su caso y de tener este carácter, que con anterioridad no se le ha expedido copia con eficacia ejecutiva. Expedida una copia con eficacia ejecutiva sólo podrá obtener nueva copia con tal eficacia el mismo interesado con sujeción a lo dispuesto en el de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se expidiese si tal requisito segunda o posterior copia de escritura que contuviere tal obligación, se hará constar en la suscripción que la copia carece de efectos ejecutivos. Con excepción del juicio ejecutivo y de la regulación del Timbre, todas las copias expedidas por Notario competente se considerarán con igual valor, sin más limitación que la derivada del artículo 1220, del Código Civil cuando fueren impugnadas en el juicio declarativo correspondiente, por los trámites de los artículos 597 y 599 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». SAP de Madrid, de 8 de abril de 2010 [JUR 2010/219047].

¹³¹ JORQUERA «La ejecución judicial de los documentos notariales...», *op. cit.*, p. 12.

¹³² *Ibidem*, p. 1.

¹³³ GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, *op. cit.*, pp. 150 y 151. Los requisitos sustanciales para CHIOVENTA, *Principios...*, *op. cit.*, pp. 312 y 313, son que la declaración sea definitiva, completa e incondicionada.

esté sometida a ningún tipo de condiciones, a ningún término¹³⁴. Líquida o completa (Chiovenda), como consecuencia de la determinabilidad, significa su necesaria conversión numérica; por ejemplo, en las obligaciones que no sean dinerarias implica su computación en dinero. Por último, vencida implica que haya concluido el plazo de cumplimiento de la obligación. Y añadimos nosotros, exigible; no cabe la condena de futuro.

Hecha esta breve exposición, apliquémosla a un supuesto general para lograr la efectividad ejecutiva de la cláusula penal. Respecto a la declaración contenida en el documento las partes acordarían en escritura pública que en el supuesto en que una de las partes incumpla una obligación concreta le será exigible una cantidad determinada de dinero en concepto de cláusula penal. Recordemos que el documento, para que sea ejecutivo, debe reunir unas determinadas características (art. 517.2.4 de la LEC, artículo 17 de la Ley Orgánica del Notariado y 236 del Reglamento Notarial, entre otros).

Respecto al contenido, lo importante aquí es determinar el tipo de incumplimiento, ya que cualquiera no servirá a los efectos que queremos lograr. Debe ser un incumplimiento que sea fácilmente demostrable y constatable, sin que el Tribunal deba indagar en el fondo del asunto.

Respecto a los otros requisitos, cierta, líquida, vencida y exigible, hemos de hacer las siguientes consideraciones. La cantidad de dinero está determinada en la cláusula penal, y la misma, conforme al criterio jurisprudencial actual antes expuesto, no está sometida a moderación judicial. Por tanto, está determinada y es líquida. Por otro lado, el vencimiento y la exigibilidad de la pena se produce en el momento del incumplimiento (recordemos que no cualquiera), no estando la declaración condicionada. Siguiendo a Chiovenda en relación con las condiciones propias y verdaderas, «al verificarse la condición *suspensiva*, la acción ejecutiva existe o deviene pura; ni para esto se exige una declaración solemne de su verificación, ni sentencia, ni acto público; en cambio, al verificarse la condición *resolutiva* no existe acción ejecutiva para las restituciones»¹³⁵. Por ese motivo, como el vencimiento se produce con el incumplimiento, tal hecho debe ser constatable para el órgano judicial, con la correspondiente prueba.

¹³⁴ Según CHIOVENDA, *Principios...*, *op. cit.*, p. 320, «si la preservación de la acción ejecutiva requiere un cierto acto como protesto, éste debe ser realizado. Si hay obligación de prestar caución, debe presentarse antes de pedir la ejecución. (...) Si hay términos, deben haber vencido».

¹³⁵ CHIOVENDA, *Principios...*, *op. cit.*, pp. 320 y 321.

En conclusión, para algunos supuestos concretos, y siempre que el criterio de moderación judicial se mantenga como hasta ahora para los incumplimientos totales (donde no cabe esa moderación), entendemos que sería posible acudir a la vía ejecutiva para exigir la pena establecida en una cláusula penal en la forma y con las condiciones que hemos planteado en este apartado¹³⁶.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARANA DE LA FUENTE, Isabel, «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, www.indret.com, octubre, 2010, pp. 1-19.
- «La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria», *Anuario de Derecho civil*, Tomo LXII, fasc. IV, pp. 1579-1686.
- BONELL, Michael Joachim, *An international restatement of contract law*, New York: Transnational Publishers, 3th edition, 2005.
- BONET SÁNCHEZ, José Ignacio, «La cláusula penal como instrumento jurídico de protección de la posición contractual del acreedor», en Nieto Carol, Ubaldo y Bonet Sánchez, José Ignacio, (coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Tomo I, Madrid: Civitas, 1996, pp. 887-974.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «Comentario a los artículos 1152-1155 CC», en Paz-Ares, Cándido, Díez Picazo, Luis, Bercovitz, Rodrigo y Salvador, Pablo (dirs.), *Comentarios al Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 157-162.
- CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «Disposición Adicional Primera. 6.3.», en Méndez Menéndez, Aurelio y Díez-Picazo, Luis (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid: Civitas, 2002, pp. 1021-1031.
- CARTWRIGHT, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Portland (Oregon), Hart Publishing, 2007.
- CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Traducción de Casais y Santaló, José Tomo I, Madrid: Reus, 2000.
- Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 1991/2011, La Ley, 2012.
- DÁVILA GONZALEZ, Javier, *La obligación con cláusula penal*, Madrid: Editorial Montecorvo, 1992.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, S.A. 1993.

¹³⁶ Para el supuesto en que cupiera la moderación judicial tal y como plantea la Propuesta, se abren nuevos interrogantes. ¿Sería admisible en el juicio ejecutivo la moderación, ex officio o por excepción de pluspetición?, o ¿debería admitirse la demanda ejecutiva y posteriormente, plantear la pretensión en juicio declarativo?

- DE CASTRO VÍTORES, Germán, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, Dykinson, Colección Monografías de Derecho Civil, Madrid, 2009.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, «Cláusula penal y resolución de contrato», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. I, Madrid, 2006, pp. 396, — *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. II, 6.ª Edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.
- DOBBS, Dan B., *Dobbs Law of Remedies. Damages-Equity-Restitution*, Vol. 3, 2nd edition, St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1993.
- ERLAIZ COTELO, Íñigo, «Las etapas de inversión y su regulación contractual en los distintos tipos de operaciones (*buy-outs* y capital desarrollo), en Álvarez Arjona, José María (Dir.) y Erlaiz Cotelo, Íñigo (coord.), *Capital Riesgo (Private Equity). Aspectos Regulatorios, Mercantiles, Financieros, Fiscales y Laborales*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2006.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. E., «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», *Revista de Derecho Privado*, núm. 348, marzo, 1946, pp. 145-169.
- FARNSWORTH, Allan E., *Contracts, 3rd Ed.*, New York: Aspen, 1999.
- FELIU REY, Jorge, *Los pactos parasociales en la sociedades de capital no cotizadas*, Madrid: Marcial Pons, 2012.
- FUENTESECA DEGENEFEE, Cristina, «Diversos matices de la regulación de la cláusula penal en el ordenamiento español y alemán», *Foro, Nueva Época*, núm. 13, 2011, pp. 61-110.
- GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Madrid, 1968.
- GÓMEZ CALERO, Juan, *Contratos mercantiles con cláusula penal*, 2.ª edición, Madrid: Civitas, 1983.
- GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Revisada y adaptada por Aragonés, Pedro, 4.ª edición, Madrid: Civitas, 1998.
- HOLMES, Oliver Wendell, «The Path of the Law», *Harvard Law Review*, núm. 8, Vol. X, March, 1897, p. 457-478.
— *The Common Law*, Boston: Little, Brown, 1881.
- ICC, *Guide to Penalty and Liquidated Damages Clause*, Paris: ICC Publishing, 1990.
- JONES, Gareth & GOODHART, William, *Specific performance*, London, Edinburgh, Dublin: Butterworths, 1996, 2nd edition.
- JORDANO FRAGA, Francisco, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código Civil*, Madrid: Civitas, 1992.
- JORQUERA GARCÍA, Luis, «La ejecución judicial de los documentos notariales en función de la fecha de su otorgamiento», *Diario La Ley*, N.º 7389, Sección Tribuna, 27 abril, 2010, año XXXI, pp. 1-13.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Madrid: Triivium, 1999.
- LOBATO DE BLAS, Jesús María, *La cláusula penal en el Derecho español*, Pamplona: EUNSA, 1974.
- Louisiana Civil Code*, 2012 edition, Vol. I, edited by A. N. Yiannopoulos, West, 2012.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio, «La cláusula penal: la facultad moderadora del juez», *Indret*, www.indret.com, enero, 2008, pp. 1-13.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio, «La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Indret*, www.indret.com, mayo, 2009, pp. 1-22.

- MCKENDRICK, E. «Comment to Non-performance: Arts 7.4.1-7.4.13 - Damages», Vogenauer, Stefan & Kleinheisterkamp, Jan (Editors), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. New York: Oxford University Press, 2009, pp. 864-926.
- MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 18.^a edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2006.
- Normas uniformes sobre cláusulas contractuales por las que se establece una suma convenida en razón de la falta de cumplimiento (A/38/17, anexo I) (A/CN.9/243, anexo I)-Official Commentary PICC 2010.
- PANTALEÓN, «El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, t. XLIV, fascículo III, julio-septiembre, 1991, pp. 1019-1091.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVI, fascículo IV, octubre-diciembre, 1993, pp. 1719-1745.
- PAZ-ARES, «El enforcement de los pactos parasociales», *Actualidad jurídica Uría y Menéndez*, 2003, núm. 5, pp. 19-43.
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu, *Los sindicatos de voto para la Junta General de Sociedad Anónima*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- POTHIER, R. J., *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires: Atalaya, 1947, pp. 212 y ss.
- Principios de Derecho Contractual Europeo. Partes I y II (Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo») Edición: Ole Lando y Hugh Beale*, edición española a cargo de Barrés Benlloch, Pilar, Embid Irujo, José Miguel y Martínez Sanz, Fernando, Madrid: Consejo General del Notariado, 2003.
- QUESADA GONZÁLEZ, Corona, «Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional», *Aranzadi Civil*, 2003, Vol. II, T. XII, pp. 2071-2135.
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, «Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVI, Fascículo II, abril-junio, 1993, pp. 511-587.
- RUIZ MUÑOZ, Miguel, «Introducción a la contratación mercantil», *Actualidad Civil*, núm. 3, 2003, pp. 785-812.
- SMITH, Stephen A., *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Oxford: Clarendon Press, 2005, 6th edition.
- VERDERA, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1995.

La Sección Segunda de la Comisión General de Codificación ha elaborado lo que se ha denominado después una «propuesta sobre un código mercantil». Los autores de esta propuesta han aumentado exponencialmente el contenido y el número de preceptos del Código de comercio, y han creado un texto que produce algún tipo de conflicto por la indefinición de los límites que presenta con el resto del Derecho privado.

Aunque la dirección de esta revista ha pretendido mantener su neutralidad, nos ha parecido que debíamos dar cuenta de la polémica que ha suscitado y de las que puedan suscitar con posterioridad.

ALEGACIONES A LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL HECHAS POR EL GRUPO ACTUALIZA

Para contribuir a la construcción de un Derecho patrimonial español moderno, acorde con las exigencias de la sociedad actual y homologable con el de los ordenamientos de nuestro entorno, el grupo de investigación ACTUALIZA (Grupo para la Reforma y Actualización del Derecho Privado en España), compuesto por profesores de Derecho Civil de distintas universidades españolas y representado por los firmantes de este documento, considera necesario mostrar su parecer sobre la Propuesta de Código Mercantil presentada al Ministerio de Justicia por la Sección de lo Mercantil de la Comisión General de Codificación.

Con tal propósito presenta este documento de alegaciones, en el que se explican las razones, las ideas básicas en las que se sustenta y las propuestas del grupo en relación con el texto sometido a información pública.

Razones de la alegación

Se trata de una Propuesta contraria a las modernas tendencias del Derecho de contratos (Convención de Viena, Principios de

Derecho Europeo de Contratos, DCFR, CESL), los cuales prescinden de la diferencia civil/mercantil.

Contradice a la mejor doctrina mercantilista española (Garrigues, Girón Tena, Aurelio Menéndez, Vicent Chuliá, Beltrán Sánchez, e incluso Alberto Bercovitz) que en su día argumentaron ampliamente la necesidad de unificar la materia de Obligaciones y Contratos.

Escudándose en la «unidad de mercado», concepto cuya oportunidad no se discute, aporta una solución inadecuada para resolver problemas de política jurídica y es contraria a la distribución constitucional de competencias legislativas.

No responde al concepto moderno de Código porque no vertebrada coordinadamente las materias que regula, asemejándose más a una mera refundición asistemática de las normativas sectoriales más variadas.

La noción de lo mercantil que acoge es singular y no tiene parangón en el ámbito comparado.

Pretende imponer un triple estatuto normativo distinguiendo entre operadores del mercado, consumidores y particulares que, curiosamente, no actúan en el mercado. Esta aproximación es contraria a las líneas del Derecho de contratos moderno que distingue las relaciones entre empresarios (B2B), entre empresarios y consumidores (B2C) y particulares entre sí. En este sentido, debe recordarse que la tendencia actual en el ámbito comparado es la de incluir las normas de consumo en los textos civiles.

Establece una relación entre el Derecho mercantil y el Derecho de consumidores absolutamente incomprensible. Mientras por un lado estas relaciones se califican como mercantiles, por otro se dejan fuera del Código Mercantil las normas destinadas a su protección, al mismo tiempo que, contradiciendo lo anterior, se regulan algunos contratos de consumo, de nuevo calificados como mercantiles. Tal «singularidad» carente de sentido y de similitud con cualquier ordenamiento de nuestro entorno, conduce a una situación de insoportable inseguridad jurídica.

La Propuesta es técnicamente deficiente. Utiliza expresiones y conceptos superados y es sumamente incorrecta en aspectos básicos de la capacidad de las personas, del Derecho de obligaciones, de los Derechos reales y del Derecho registral.

Provoca una descoordinación con otros textos centrales del ordenamiento, al introducir innovaciones en materias nucleares del Derecho patrimonial privado, e incurre en antinomias y lagunas.

No respeta ni la atribución competencial en materia de bases de las obligaciones contractuales, ni la distribución de competencias

legislativas contenidas en la Constitución. Es por tanto inconstitucional.

Por todo ello, con toda probabilidad será fuente continua de conflictos y creará una fuerte inseguridad jurídica que tendrá importantes costes económicos.

Ideas clave

1. La Propuesta está basada en un concepto de lo «mercantil» obsoleto, contradictorio y tan expansivo que no deja prácticamente margen para el hipotético Derecho civil patrimonial, pues con el concepto general que se deriva de los arts. 011-1 a 001-5, combinado con otros como los arts. 211-1, 511-1, 521-1, 531-1, 534, 541-1, 573-1, 573-13, 578-1 y 579-3 –combinación no siempre fácil de hacer– prácticamente toda la materia contractual deviene mercantil.

– Es obsoleto porque aunque sea parcialmente y mezclándolo con una «clase de actividades» para ampliar al máximo su campo de actuación, sigue apelando a una «clase de personas» como destinataria de sus normas, concepto decimonónico sin sentido en la realidad actual; extiende ese concepto de clase a actividades como la agricultura, la artesanía, las intelectuales, científicas, o artísticas cuyos bienes se destinen al mercado, en una expansión sin parangón.

– Es un concepto contradictorio, pues por un lado lleva prácticamente todas las relaciones económicas al ámbito mercantil y por otro se sigue calificando como Derecho especial, lo cual significa que el Derecho general carece prácticamente de campo de actuación. En cualquier caso, esta concepción invierte la relación entre Derecho general y Derecho especial el cual, por definición, es el que se aparta del general por exigir una normativa diversa impeditiva de la aplicación de la norma general, lo que es incompatible con la normativa duplicada.

– Es tan expansivo que abarca «todo lo que se mueve en el mercado»; no obstante, deja fuera las relaciones patrimoniales de los particulares entre sí, lo que lleva a preguntarse dónde están este tipo de relaciones. Por añadidura, deja al menos parcialmente fuera de su ámbito las relaciones entre empresarios y consumidores, pues aunque en teoría las incluye como parte de la materia mercantil, excluye expresamente la normativa de protección de los consumidores. Esta inclusión parcial y la calificación de estas relaciones como mercantiles, parece significar que en lo que no sea normas de protección de los consumidores estas relaciones quedarán sometidas

das al Derecho mercantil, lo que contradice la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, como mucho y sin haber entrado en detalles, apela en la materia tanto al 149.1.8^a como al 149.1.6^a.

2. La Propuesta no tiene una idea clara de lo que es un Código, ni en el sentido tradicional del término ni en su acepción más moderna. Aunque pueda compartirse una técnica legislativa que permita una modificación más ágil del Código, no por ello debe dejar de ser un texto ordenador de principios y reglas con una cierta vocación de estabilidad. Esta Propuesta mezcla cuestiones estructurales con otras mucho más contingentes que previsiblemente mudarán rápidamente. Tampoco es acertado que en algunas materias se limite a trasladar al nuevo cuerpo legal prácticamente el mismo articulado que existe en leyes especiales que eventualmente pueden ser más contingentes y reglamentistas.

A pesar de calificarse de mercantil, la propia Exposición de Motivos reconoce que recoge normas de naturaleza administrativa, y por tanto de Derecho público, en general poco afines al espíritu codificador. Parece más un texto de Derecho del Mercado (*Wirtschaftsrecht*) en el que se mezclan todo tipo de normas de Derecho privado y público, que un texto de Derecho Mercantil, cuando es bien sabido que en el ámbito comparado el mencionado Derecho del Mercado carece de cuerpos normativos autónomos.

Tampoco resulta adecuado que, tratándose de un Derecho especial como se reconoce en su propia Exposición de Motivos, ignore prácticamente la existencia del Derecho civil como Derecho privado general del que, por definición, esta Propuesta parte y se desgaja por necesidades especiales y distintas.

Abusa de conceptos jurídicos indeterminados y de expresiones obsoletas, poco técnicas y escasamente compatibles con las exigencias de precisión del lenguaje jurídico, como por ejemplo «incapacitados» (art. 111-1 PCM), «Derecho común» (Exposición de Motivos VI-134), «efectos consiguientes» (art. 140.5), o «voluntad efectiva» (art. 213-27.1.a).

Algunas cuestiones, como las relativas al Registro Mercantil o las normas sobre capacidad o prescripción son técnicamente muy deficientes. Asimismo, en la materia de las obligaciones y contratos hace una selección de temas que considera dignos de regulación que es en realidad totalmente caprichosa y arbitraria, muchas veces repetitiva de la norma general y en bastantes ocasiones técnicamente inapropiada.

3. El objetivo confesado a lo largo de toda la Exposición de Motivos es atraer para el ámbito del art. 149.1.6^a CE la legislación de obligaciones y contratos, con la pretensión de asegurar la com-

potencia estatal exclusiva en esta materia, huyendo de la vía menos segura que representa el art. 149.1.8ª que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de «bases de las obligaciones contractuales». Tal opción por el cobijo en el art. 149-1.6ª se hace apelando a la CE y al concepto de «unidad de mercado» que ni está en ella, ni se impone por la ley fundamental. Esta opción a nuestro juicio es inconstitucional por las siguientes razones:

a) vacía de contenido la competencia del art. 149.1.8ª CE, más cuando la propia Propuesta confiesa que contiene solo disposiciones fundamentales o básicas en materia de obligaciones y contratos (entre otros lugares, I-31 de la Exposición de Motivos dice que «se regulan solo las cuestiones fundamentales»; el V-1 dice que «El Libro IV, comprende, pues, los aspectos generales de la contratación moderna», y el punto V-2 señala que el Título I «Disposiciones Generales» contiene «las normas básicas en materia de obligaciones y contratos mercantiles», en el punto V-12, en materia de condiciones generales de la contratación);

b) ni el legislador estatal ni el autonómico pueden imponer una interpretación unilateral sobre el contenido de cada materia constitucional con pretensión de generalidad y de que se imponga sobre el resto de los poderes públicos, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, entre otras, en SSTC 76/1983 y 247/2007. Por ello, carecen de sentido afirmaciones como la contenida en el punto VI-32 de la Exposición de Motivos «la nueva disciplina nace con vocación de aplicación general en todo el territorio nacional, incluido el atribuido a las Comunidades Autónomas con legislación civil propia»;

c) no es cierto que una misma norma pueda ser civil y mercantil al mismo tiempo, a diferencia de lo que afirma la Exposición de Motivos (V-3- p. 72, «su posible coincidencia con otras de ámbito civil no les priva de su carácter mercantil»): si se mantiene el interés de la división, por razones técnicas estructurales, la norma tiene que tener una única calificación, por más que las líneas de separación entre ambos sectores del Derecho privado hayan sido y sigan siendo discutidas; o es una cosa o es otra, pero no las dos al mismo tiempo;

d) el legislador estatal no puede, a través de un concepto *ex post* de lo mercantil, alterar el reparto de competencias hecho por la CE, la cual meridianamente reconoce a las CCAA con competencias en Derecho civil capacidad legislativa en materia de obligaciones contractuales que no sea básica; el legislador estatal no puede privar a las CCAA de competencias constitucionalmente

reconocidas, ni expulsarlas, como parece pretender, del mercado o de la regulación de este.

e) incluye normas de conflicto en algunas materias, cuando este tipo de normas están constitucionalmente residenciadas en el art. 149.1.8ª del CE y no en el art. 149.1.6ª.

En atención a lo expuesto, el grupo ACTUALIZA hace las siguientes propuestas:

1. Revisar la conveniencia y oportunidad de mantener la dualidad entre el Código civil y el Código mercantil, al menos en lo relativo al Derecho de Obligaciones y Contratos. Si se opta por mantener la diferencia, se debe delimitar con criterios técnicos precisos la materia general o civil, de la especial o mercantil sin subvertir el significado de estos términos. En todo caso, esto conllevaría la retirada del texto de la Propuesta del Código o alternativamente la eliminación de los Libros IV, V y VII, por ser propios del Código civil y no de un Código mercantil.

2. En el caso español lo que parece más adecuado es la modernización del Derecho de obligaciones del Código civil siguiendo la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos presentada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación en 2009. Propuesta que integra las normas de protección de los consumidores y deja para el Código mercantil las normas especiales que, por las necesidades del tráfico mercantil, se aparten del Derecho privado general, tal como se ha hecho en algunos de los países más avanzados de nuestro entorno. En ningún caso las normas sobre capacidad de las personas y sobre prescripción y caducidad deben incluirse en un Código mercantil.

3. Para la consecución de este fin, consideramos imprescindible la colaboración de las Secciones de lo Civil y lo Mercantil en la reforma global de un Derecho patrimonial moderno y homologable al de los ordenamientos de nuestro entorno. Dicha reforma habría de ir precedida por serios trabajos preliminares y un amplio diálogo, que si bien técnicamente admite matices, requiere en todo caso respetar el sistema de atribución de competencias entre el Estado y las CCAA establecido en la Constitución.

Cualquier texto legal, incluido el que nos ocupa, ha de tener en cuenta que según la Constitución, las bases de las obligaciones contractuales son materia civil.

4. Se debe seleccionar lo estructural y permanente que ha de ser el objeto de la codificación, dejando las leyes especiales para las cuestiones más contingentes y variables, a fin de no perder la

idea de centralidad del Código y de su valor como referente para el resto de las normas legales y reglamentarias.

5. En la elaboración de normas de Derecho privado especial la utilización de los conceptos, términos, instituciones y figuras de Derecho privado general debe hacerse con la necesaria precisión técnica y con rigor sistemático. En consecuencia, resulta imprescindible el trabajo coordinado de las Secciones Civil y Mercantil de la Comisión, a fin de mejorar la regulación de instituciones de tanta trascendencia como, por ejemplo, el Registro Mercantil.

Firmantes del documento, en representación del Grupo ACTUALIZA

Ana Cañizares Laso, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Málaga.

María Paz García Rubio, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

María del Carmen Gete-Alonso y Calera, Catedrática de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Francisco J. Infante Ruíz, Profesor Titular de Derecho civil de la Universidad Pablo de Olavide.

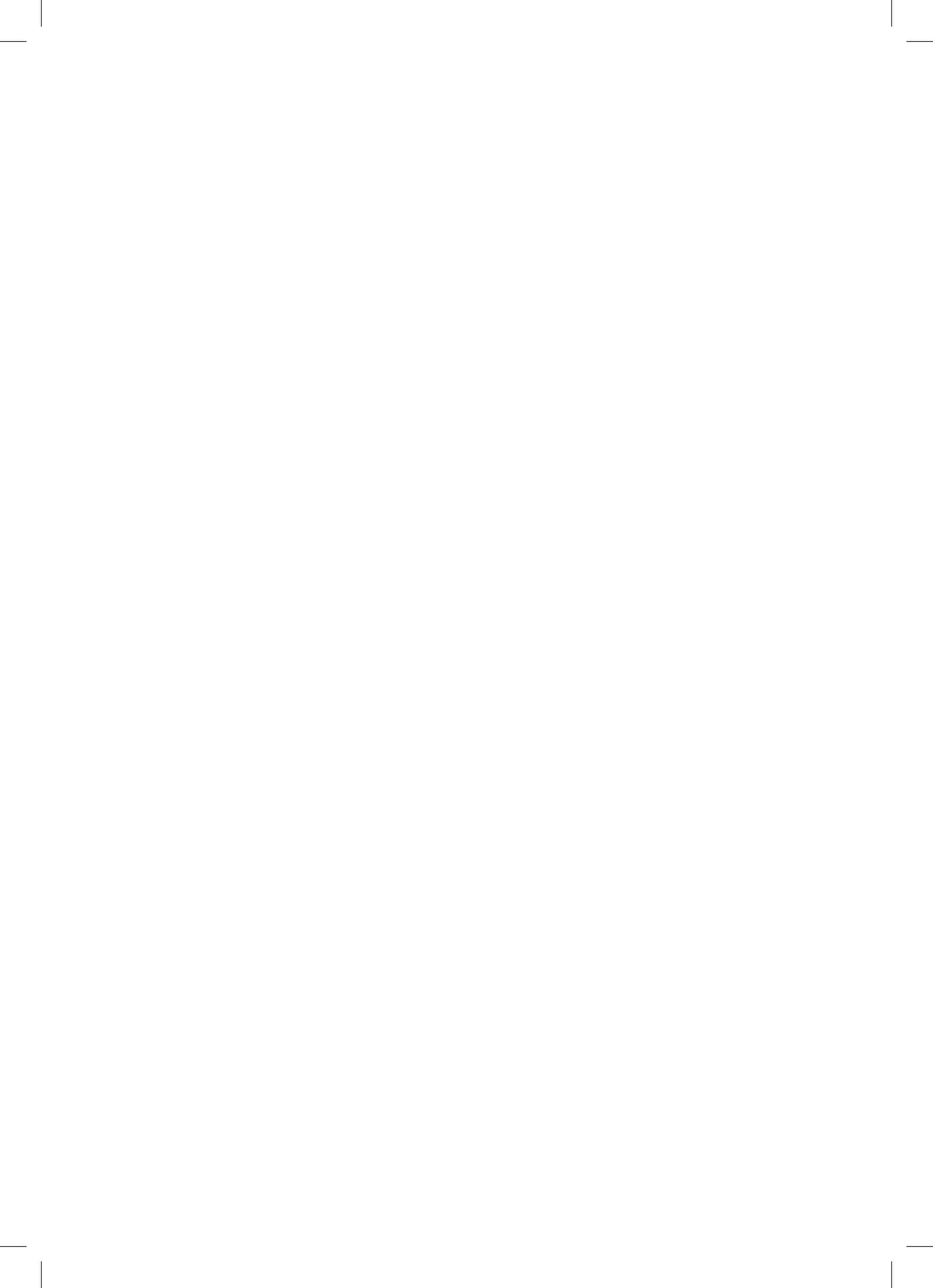
Miquel Martín Casals, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Girona.

Francisco Oliva Blázquez, Profesor Titular de Derecho civil de la Universidad Pablo de Olavide.

Judith Solé i Resina, Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Teodora Torres García, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Valladolid.

Madrid, 11 de noviembre de 2013.



Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación

ANTONIO-MANUEL MORALES MORENO*

Catedrático Emérito de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos pretenden, por el momento, ofrecer un marco comparativo común del derecho de contratos de los diferentes ordenamientos latinoamericanos y un instrumento para su modernización. Este artículo explica el origen y el proceso de elaboración de estos Principios; y, asimismo, ofrece, como anexo, su versión actual. Esta versión ha sido sometida a debate en unas jornadas celebradas recientemente en Santiago de Chile y Valparaíso, con participación de un amplio número de especialistas latinoamericanos y de algunos europeos. De algunas de las cuestiones tratadas en esas jornadas da cuenta este trabajo, insertándolas en el debate actual sobre algunas de las grandes cuestiones que plantea la modernización del derecho de la contratación.

PALABRAS CLAVE

Principios latinoamericanos de derecho de los contratos, anulabilidad del contrato, incumplimiento del contrato, indemnización.

ABSTRACT

The Principles of Latin-American Contract Law aims to offer, at the moment, a comparative common frame and an instrument for the modernisation of Contract law. This article explains its origin and elaboration proce-

* Este trabajo se inserta en el Proyecto de investigación DER 2011-24293.

ture, and also offers, as an Annex, its current text. This version has been discussed in an international meeting celebrated recently in Santiago de Chile and Valparaíso. This article reports about some of the questions discussed there, and takes into consideration the main questions of modernizing Contract Law.

KEYWORDS

Principles of Latin-American Contract Law, avoidance of the contract, non-performance of the contract, damages.

SUMARIO: I. Presentación.–II. Algunas orientaciones del debate.–III. La responsabilidad precontractual.–IV. Los vicios del consentimiento.–V. La anulabilidad del contrato.–VI. Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria.–VII. El daño indemnizable en caso de incumplimiento.–VIII. Consideración final.

I. PRESENTACIÓN

1. En Santiago de Chile y Valparaíso, en los días 19 y 20 de noviembre de 2013, han tenido lugar unas jornadas¹ que bajo el título, *El derecho de los contratos. Formación, cumplimiento e incumplimiento*, han estado dedicadas al debate del borrador de los «Principios latinoamericanos de derecho de los contratos» [en ade-

¹ EL DERECHO DE LOS CONTRATOS. FORMACIÓN, CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO: MARTES 19 DE NOVIEMBRE – AULA MAGNA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES.– Primer módulo (moderador: prof. Carlos Pizarro Wilson. Universidad Diego Portales) *Responsabilidad precontractual. Fundamento, daños indemnizables y función de la buena fe*: Prof. Sebastián Picasso (Universidad Nacional de Buenos Aires), Prof. Denis Mazeaud (Université Paris II, Panthéon-Assas), Prof. Marcelo Barrientos Zamorano (Pontificia Universidad Católica de Chile).– Segundo módulo (moderador: prof. Íñigo de la Maza. Universidad Diego Portales): *Vicios del consentimiento y su sanción ¿remedio?*: Prof. Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid), Prof. Edgar Cortés (Universidad Externado de Colombia), Prof. Hernán Corral Talciani (Universidad de los Andes – Santiago).– Tercer módulo (Moderador: prof. Álvaro Vidal Olivares): *Nulidad, anulabilidad. ¿Judicial o extrajudicial?*: Prof. Jorge Baraona González (Universidad de los Andes – Santiago), Prof. Fabricio Mantilla Espinosa (Universidad del Rosario – Bogotá), Prof. Juan Ignacio Contardo (Universidad Andrés Bello).– MIÉRCOLES 20 DE NOVIEMBRE – SALÓN DE HONOR DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO: Primer módulo (Moderador: prof. Claudia Bahamondes Oyarzún. Universidad Diego Portales): *Preeminencia a la ejecución forzada. Hacia un sistema articulado de remedios*: Prof. Denis Mazeaud (Université Paris II, Panthéon-Assas), Prof. Andrés Mariño (Universidad de la República – Montevideo), Prof. Alfredo Ferrante (Universtitat de Girona). Segundo módulo (Moderador: prof. Bruno Caprile Biermann. Universidad del Desarrollo – Concepción): *La resolución del contrato. ¿Por una resolución por notificación? ¿Qué queda de la resolución judicial?*: Prof. Enrique Barros Bourie (Universidad de Chile), Prof. Thomas Genicon (Université Rennes I), Prof. Francisca Barrientos Camus (Universidad Diego Portales).– Tercer Módulo (Moderador: prof. Álvaro Vidal Olivares. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso): *Indemnización de perjuicios y exoneración de responsabilidad*: Prof. Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid), Prof. M.ª Graciela Brantt Zumarán (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), Prof. Carmen Domínguez Hidalgo (Pontificia Universidad Católica de Chile).

lante PLDC]. De las grandes cuestiones consideradas en ellas pretendo dar cuenta en esta crónica; pues, aun estando ceñidas al actual borrador de los PLDC (que se inserta, como Anexo), han dado ocasión para reflexionar sobre algunas de las grandes cuestiones que plantea la formación y el incumplimiento en el moderno derecho de contratos.

En la sesión inaugural, la presentación corrió a cargo del profesor Carlos Pizarro (Universidad Diego Portales, Santiago de Chile) quien, junto con los profesores Álvaro Vidal Olivares (Universidad Católica de Valparaíso) e Íñigo de la Maza (Universidad Diego Portales, Santiago de Chile), ha sido promotor de estos Principios. De su intervención, cuyo texto amablemente me ha proporcionado, podemos extraer las claves de la iniciativa de los PLDC. La información que recojo a continuación, así como las citas textuales que realizo, están tomadas del documento del Profesor Carlos Pizarro.

2. «El origen del proyecto está en el trabajo desarrollado por un grupo de profesores de distintos países de Latinoamérica: Argentina, Brasil, Uruguay, Chile, Colombia, Paraguay y Venezuela». Esta iniciativa se desarrolla bajo la cobertura de las respectivas universidades de los miembros del grupo y cuenta con el valioso apoyo de la *Fondation pour le droit continental*. Los trabajos hasta ahora realizados, cuyos resultados se ofrecen, se han desarrollado durante tres años.

«Todo comenzó con una propuesta que [el mismo Pizarro] le hiciera al profesor Michel Grimaldi, quien en las postrimerías de su presidencia en la *Association Henri Capitant* y el inicio de su nuevo desafío en la *Fondation pour le droit continental*, creyó en el trabajo que desembocaría en unos *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*.»

«Uno de los primeros trabajos que realizamos –según Pizarro– fue un diagnóstico acabado, a partir de un cuestionario, del estado de la doctrina y jurisprudencia de cada país. Un insumo valioso, pero insuficiente, pues las diferencias entre los autores, y la inconsistencia de los fallos, no alentaban una búsqueda de coherencia por esos meandros...». El resultado de esta indagación está plasmado en el libro, coordinado por el propio profesor Carlos Pizarro, titulado, «*El derecho de los contratos en Latinoamérica (Bases para unos principios de derecho de los contratos)*», Santiago de Chile, 2012.

3. En lo que se refiere a la inspiración de los PLDC, Carlos Pizarro, en su presentación, nos explica las opciones que los redactores tuvieron a la vista.

«A diferencia del siglo XIX, en que la influencia del derecho francés y aun más del código civil francés era incontestable, hoy, las influencias son plurales y el panorama del derecho de los con-

tratos en la región es bastante disímil». En esta situación emerge el fantasma de los PECL [*Principles of European Contract Law*] y de otros trabajos de armonización. Y la primera cuestión que se plantean los redactores de los PLDC fue, ¿de qué manera el trabajo que iban a llevar a cabo debería apartarse de la uniformidad de esos textos de compromiso entre dos familias del derecho de los contratos: el *Common law* y el Derecho continental?

La respuesta a esta cuestión estaba enlazada con otro interrogante, relativo a la supuesta identidad del derecho de contratos de Latinoamérica. Esa identidad, según Pizarro, «ha sido esquiva, en el sentido de que los Códigos civiles de la región, e incluso los más recientes, o un proyecto fresco, como el argentino, se inspiran en distintas influencias del derecho europeo».

Un ingrediente añadido, en la determinación del modelo de inspiración, ha sido la «diferente formación académica de los profesores [que han participado en este proyecto], quienes han obtenido sus doctorados en distintos países, Italia, Holanda, Francia, España en lo fundamental».

4. Los Principios están redactados —como señala Pizarro— buscando un compromiso, entre la supuesta identidad del derecho de los contratos en Latinoamérica y la innovación: «Esa tensión en la búsqueda de un trabajo original, que no sea una simple copia de los PECL, ha sido un fantasma que nos ha acompañado. Hemos tratado de avanzar en un texto auténtico, que recoja nuestra tradición, y en aquellos aspectos en que lo hemos estimado necesario innovar, nos hemos inspirado en variados modelos que van desde la propuesta de reforma española al derecho de las obligaciones, el proyecto de código civil argentino, la propuesta de reforma de contratos dirigida por el profesor François Terré y, por cierto, instrumentos de *soft law* como los citados PECL [y] Unidroit [Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales]».

II. ALGUNAS ORIENTACIONES DEL DEBATE

5. Esta crónica no pretende dar cuenta, con detalle, de todas las ponencias e intervenciones de las jornadas; sólo intenta reflejar los aspectos esenciales de las mismas, sobre las grandes cuestiones que plantea la modernización del derecho de la contratación. Las opciones que se tuvieron a la vista no son muy distintas de las que, en su momento, en España, consideró la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, al elaborar la «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos» (2009). Lo cual no es extraño, si se tiene en cuenta que los Códigos civiles latinoamericanos tienen una fuerte influencia francesa, como el español de 1888.

6. En síntesis, se puede afirmar que las grandes alternativas de principio ante las que se situó la discusión fueron éstas: conservación de una supuesta identidad latinoamericana, frente a innovación; y prevalencia de una concepción ética del derecho de contratos, frente a una concepción economicista (considerada, en ocasiones, como más propia del derecho angloamericano).

La aspiración a conservar la identidad de los sistemas latinoamericanos afloró en algunas ponencias y debates; particularmente al tratar del papel de la voluntad en el contrato y de los vicios del consentimiento, de la pretensión de cumplimiento, del cumplimiento por equivalente (aunque en la versión actual de los PLDC haya desaparecido), o del daño indemnizable en la responsabilidad contractual.

La visión ética fue invocada, por ejemplo, al definir el papel de la voluntad en la perfección del contrato y el significado de los vicios del consentimiento; la exigencia de respeto a la palabra dada (*pacta sunt servanda*) y sus consecuencias en la articulación del sistema de remedios del incumplimiento: la prioridad de la pretensión de cumplimiento y consiguiente consideración de la indemnizatoria como remedio subsidiario.

Estas exigencias, fundamentalmente teóricas, fueron contrastadas con la necesidad de hacer del contrato un instrumento útil en la sociedad actual; lo que impone alcanzar un punto de equilibrio entre lo ideal y lo razonable o conveniente. La búsqueda de ese equilibrio fue, permanentemente, un hilo conductor de los debates de estas jornadas.

III. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

7. Los PLDC regulan la responsabilidad durante la «negociación del contrato». Tipifican dos supuestos: la ruptura de las negociaciones («retiro contrario a la buena fe») y el incumplimiento del deber de confidencialidad. En ambos casos, establecen el deber de indemnizar los daños causados; en el segundo, además, el de «restituir los beneficios obtenidos». Los PLDC no indican cuál es el interés indemnizable en este caso; sólo establecen, para la ruptura de las negociaciones, que «en ningún caso se indemnizará la pérdida de los beneficios esperados del contrato no celebrado», excluyendo la indemnización del interés en el cumplimiento del contrato (interés positivo). Pero esta regla no debería impedir la indemnización en la medida del beneficio (cierto), cuando frustrar su obtención fue la intención del responsable.

Cabe preguntarse: ¿en qué medida es necesario regular la responsabilidad precontractual? Como se recordó (citando al profesor Pantaleón) la cláusula abierta que define el daño extracontractual en los Códigos latinos (a diferencia del § 823 BGB) permite fundamentar la indemnización de este tipo de daños. Su tipificación legal no tiene propiamente una función fundamentadora de la responsabilidad, sino de concreción de ciertas conductas dañosas en la fase de formación del contrato.

IV. LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

8. En las jornadas se pusieron de manifiestos dos grandes concepciones de los vicios del consentimiento: una *formal* que resalta en ellos el defecto de la voluntad, y justifica así la nulidad (relativa) del contrato, y otra *funcional*, que más bien destaca el efecto que produce un vicio del consentimiento sobre el contrato celebrado, en su organización de los intereses. Contemplado el problema en su dimensión funcional, el remedio de la anulación resulta insuficiente, y se muestran oportunos otros remedios, como la indemnización y la adaptación del contrato. Estos últimos deben ser articulados con la anulabilidad y tal vez constituir un sistema precontractual de remedios, en el espacio tradicionalmente asignado a los vicios de la voluntad.

En realidad, el concepto formal de vicio del consentimiento, reflejado en los Códigos civiles decimonónicos, no existe en Derecho romano; es una elaboración iusnaturalista, que al construir el moderno concepto de contrato fundado en la voluntad, considera al vicio de la voluntad como un defecto que la invalida. En Derecho romano, el dolo, la violencia y el miedo son, ante todo, actos ilícitos (lo que justifica la *restitutio in integrum* que ofrece el Pretor) y el error tiene un ámbito de aplicación muy restringido.

En las jornadas también se pusieron de manifiesto los dos tipos de problemas que subyacen en los vicios del consentimiento: la falta de libertad al contratar, presente en la intimidación y, seguramente también, en el aprovechamiento desleal de la situación en que se encuentra el otro contratante, pues aunque no esté forzado no tiene otra alternativa que contratar, y la defectuosa información sobre hechos o circunstancias relacionados con el contrato, que subyace en el error e, incluso, en el dolo (dejando de lado la ilicitud que el mismo supone). El error y dolo son cauces para la distribución, entre los contratantes, del riesgo de defectuosa información al contratar.

9. Los problemas de información contractual tienen especial relevancia en el derecho actual. Tradicionalmente, la información

que un contratante debía suministrar al otro, al contratar, estaba escasamente tipificada por la ley y se concretaba conforme a las exigencias del principio de buena fe. Hoy, por el contrario, son frecuentes los deberes de información que impone la ley a un contratante con respecto del otro, particularmente en relaciones asimétricas. La infracción de tales deberes suele tener sus propias consecuencias, previstas en la norma que los impone. Pero, a pesar de ello, la figura del error (vicio del consentimiento) no ha perdido su función. Ofrece un sistema subsidiario de protección, complementario del previsto en la ley especial. En cuanto al dolo, el reconocimiento del dolo omisivo (reticencia dolosa) ha obligado, de otro lado, a establecer los límites del deber de información.

10. Los PLDC reflejan, en buena medida, una idea funcional de los vicios del consentimiento, parecida a la de los PECL; pues, aunque cada uno de los vicios se defina como supuesto de anulabilidad del contrato, se combina la anulabilidad con la indemnización; y, en algunos casos, se contempla la adaptación del contrato (como remedio, o como vía para impedir la anulación). Pero los PLDC, a diferencia de los PECL, que admiten la indemnización en casos en que el error no es esencial (no es vicio del consentimiento), sólo la reconocen en caso de error esencial. Los PLDC no tienen una regla parecida a la del artículo 4:106 PECL, que imputa a un contratante el riesgo de transmitir información incorrecta al otro contratante, sin intención de engañar, aunque provoque error esencial, por no ser dicha información determinante para contratar. Los PLDC sólo contemplan la indemnización cuando el error es esencial, es decir, constituye vicio del consentimiento: «Pueden demandarse los perjuicios *originados en una causal de nulidad*, sin que ésta sea una condición de procedencia».

Si admitimos que un contratante debe asumir el riesgo del daño que puede causar al otro la información que le suministra, aunque no tenga intención de engañarle, ¿por qué limitar el derecho a pedir indemnización a los casos en que la información sea determinante para contratar (error esencial), y no extenderlo a todos los casos en los que la confianza en la información recibida cause un daño (por ejemplo: un contrato lesivo)?

V. LA ANULABILIDAD DEL CONTRATO

11. Fue también objeto de consideración el sistema de anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento, seguido por los PLDC.

En una de las ponencias se recordó el sistema tradicional de anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento. Dicho sistema coincide con el que corresponde al Código Civil español según Castro y Delgado Echeverría, aunque no toda la doctrina española comparte este criterio. Se caracteriza del siguiente modo: El contrato es inicialmente nulo, aunque puede ser confirmado por el contratante legitimado para invocar la nulidad. La declaración de nulidad (en cuanto tal) no está sometida a plazo. Por eso, si el contrato todavía no se ha consumado («re integra»), la nulidad del mismo puede ser opuesta, como excepción, sin límite temporal (*perpetua sunt ad excipienda*), cuando el otro contratante exija el cumplimiento. Sólo si el contratante legitimado para invocar la nulidad ejecuta su prestación (el contrato se ha consumado) existe un límite temporal para, invocando la nulidad, poder obtener la restitución de lo pagado. Lo que prescribe es la acción de restitución.

En los PLDC la regulación de la anulabilidad no sigue este sistema sino otro, inspirado en el BGB y utilizado por los PECL (arts. 4:113 (1), 4:112, 4:114), según el cual el contrato es inicialmente válido, aunque anulable. Los PLDC contienen las reglas de anulabilidad que a continuación indico. El derecho a anular el contrato debe ejercitarse por el contratante legitimado dentro de «un plazo razonable, según las circunstancias»; plazo que se «contabilizará desde que hayan cesado las circunstancias que [al sujeto legitimado] le impedían» ejercitar ese derecho. El ejercicio del derecho a anular el contrato puede realizarse «mediante notificación a la otra parte, con expresión de las razones en que se funde»; sin excluir, que pueda también hacerse «por demanda judicial». La nulidad (la decisión de anular el contrato) «también podrá oponerse como excepción frente a la demanda de cumplimiento» del contrato. Pero, lógicamente, sólo si el contratante legitimado conserva todavía el derecho a anular el contrato, porque no ha transcurrido el tiempo de ejercicio de ese derecho, ni ha renunciado a él (de forma expresa o tácita), ni ha confirmado el contrato.

Debido a la diferente manera de funcionar la anulabilidad en los dos sistemas expuestos (el tradicional y el del BGB, los PECL y los PLDC), no parece necesario que los PLDC mencionen la posibilidad de oponer la excepción de nulidad, no siendo ya *perpetua*.

12. Los PLDC permiten la anulación extrajudicial, mediante notificación. En las jornadas se cuestionó que tal regla fuera conveniente, teniendo en cuenta que la anulación no sólo produce efectos *inter partes* sino frente a terceros. Frente a esta objeción, que

muestra preferencia por el ejercicio judicial del derecho a anular el contrato, se pueden hacer dos observaciones. Primera: mientras que en el sistema tradicional de la anulabilidad, en el que el contrato es inicialmente nulo, es imprescindible ejercitar una acción, *alegando* la nulidad (declarativa) para pedir la restitución (condena) de lo ya dado sin que esto impida ejercicio aislado de una acción puramente declarativa de la nulidad, en el sistema seguido por los PLDC, en el que contrato es inicialmente válido, la voluntad de anularlo puede expresarse por vía extrajudicial, no requiere del ejercicio de una acción. Segunda: puesto que la nulidad, en el modelo de los PLDC, tiene que ser pedida dentro de un plazo, imponer el ejercicio judicial de este derecho potestativo obligaría al legitimado (incluso al que ha padecido el dolo o amenazas) a tener que iniciar un pleito para poderse desvincular del contrato, aunque el contrato no haya sido consumado por su parte. Evitar este inconveniente es una razón poderosa para que la anulación del contrato pueda ser extrajudicial.

13. En algunos de los presentes surgió una duda: ¿Es adecuado que una medida de protección del contratante que padece un vicio del consentimiento, como es la anulabilidad del contrato, despliegue siempre efectos frente a terceros, y no solo en algunos casos en los que vicio pueda revestir mayor gravedad (violencia)? Y así, por ejemplo, en un caso de falta de autenticidad de un cuadro vendido, no parece razonable que el error, por ser un vicio del consentimiento, justifique que la anulación del contrato (remedio protector de un contratante) tenga efectos frente a terceros, y la resolución del contrato por incumplimiento no tenga ese efecto.

VI. **PRETENSIÓN DE CUMPLIMIENTO Y PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA**

14. La segunda parte de las jornadas se dedicó al cumplimiento del contrato y el incumplimiento del contrato y sus consecuencias. En lo que se refiere al incumplimiento, una de las cuestiones debatidas fue la relación existente entre la pretensión de cumplimiento y la indemnizatoria. En una de las ponencias se destacó el papel esencial que tiene la pretensión de cumplimiento en la tradición jurídica continental y francesa. La defensa de esta idea fue escenificada con un ejemplo. Imagínense ustedes –dijo el ponente– que, ayer, cuando me encontraba en el aeropuerto de Orly, la compañía aérea me hubiera informado de que no disponía de una plaza para volar a Santiago de Chile en el vuelo concertado y me hubiera ofrecido, a cambio, una indemnización. Yo en ese

momento –añadió– hubiera respondido que no me interesaba ser indemnizado, sino el cumplimiento del contrato en sus propios términos, para poder estar hoy con ustedes.

La defensa de la supremacía de la pretensión de cumplimiento frente a la indemnizatoria, fue justificada en la propia esencia del contrato, el respeto a la palabra dada (*pacta sunt servanda*), principio básico en la tradición continental y francesa. Y en la prevalencia de la concepción ética del contrato, propia del derecho continental, frente a la puramente economicista, propia del derecho angloamericano.

El ejemplo propuesto sirve, también, para poner de manifiesto cómo, en ocasiones, resulta más conveniente que el acreedor obtenga la satisfacción de su interés por medio de un tercero, con cargo al deudor, que por la espinosa vía de tener que exigir el cumplimiento al deudor, renuente a hacerlo. La solución razonable en este caso sería que la compañía aérea, que ha incumplido su promesa, pague al pasajero el coste de un pasaje similar en otra compañía. Para que, en casos como éste, la pretensión de cumplimiento pudiera tener efectividad jurídica, deberíamos contar con un sistema procesal tan ágil, que permitiera satisfacer, de inmediato, el derecho del pasajero. Pero esto no es posible.

Sin menospreciar el sustrato ético en el que se apoya el derecho de la contratación, hemos operado con cierto pragmatismo. Es muy deseable que todo deudor cumpla lo que prometió; pero de no ser así, lo importante es que el acreedor logre satisfacer su interés *in natura* a costa del deudor, por una vía alternativa.

15. ¿Cómo solucionan los PLDC este caso? El problema no aparece directamente contemplado en ellos, aunque sí indirectamente. Lo procedente para hacer efectivo el derecho del pasajero es: (i) bien permitir a éste resolver el contrato, si se cumplen los requisitos de la resolución, y realizar una operación de reemplazo, con indemnización del posible mayor costo del pasaje, o, (ii) sin resolver el contrato, poder optar por la indemnización (el coste de un pasaje en otra compañía) en lugar del cumplimiento del contrato (como permite el § 281 BGB). Los PLDC regulan la resolución del contrato (que en este caso sería posible por ser el incumplimiento esencial; y estaría facilitada al poderse ejercitar mediante comunicación escrita, en lugar de judicialmente), pero no disponen de una regla, parecida a la del § 281 BGB, que fije el límite del derecho del deudor a ejecutar la prestación y permita al acreedor pedir indemnización en lugar del cumplimiento del contrato. Convendría valorar si no sería provechosa introducir una regla parecida a ésta.

VII. EL DAÑO INDEMNIZABLE EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

16. El contenido complejo que se asigna a la vinculación contractual en el moderno derecho de contratos, integrado no sólo por deberes de prestación, sino por garantías (por ej.: autenticidad del cuadro, estado financiero de una empresa) y deberes de protección o de cuidado, tiene como consecuencia que la indemnización haya pasado de ser un remedio subsidiario a asumir una función muy relevante en el sistema de remedios del incumplimiento. Los PLDC, de algún modo, reflejan ese papel: «La indemnización de los daños podrá ejercitarse de manera autónoma, o en conjunto con los demás medios de tutela».

«*Incumplimiento* es –según los PLDC– la falta de *ejecución* de la *prestación* en la forma pactada». Y, a su vez, «el *cumplimiento imperfecto* comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor». Estas definiciones del incumplimiento y del cumplimiento imperfecto parecen estar pensando, tan sólo, en un aspecto de la vinculación contractual: los deberes de prestación. Por ello creo que debería ser revisada. Más que de incumplimiento de obligaciones, convendría referirse al incumplimiento del contrato, entendido como la falta de ejecución (realización) del mismo.

17. El concepto de daño contractual fue también considerado en las jornadas. Los PLDC, en su actual redacción, no determinan, suficientemente, cuáles son los daños indemnizables, en caso de incumplimiento del contrato. Podemos comprobarlo recordando la redacción de los artículos que regulan esta materia:

Indemnización de daños: «En todos los casos en los que el incumplimiento cause daños, y siempre que no concurra una causa de exoneración, el acreedor insatisfecho podrá pedir su indemnización».

Daños indemnizables: «La indemnización de daños comprende el daño patrimonial y el no patrimonial».

De la previsibilidad del daño indemnizable: «El deudor responderá de los daños *previsibles* al tiempo de la celebración del contrato».

Los PLDC, en su actual redacción, identifican el daño indemnizable en la responsabilidad contractual con el previsible al tiempo de la celebración del contrato. Esta regla, por sí sola, o es desmesurada, e impropia de los Ordenamientos latinos, si, como en el derecho angloamericano, imputa al deudor cualquier daño previsible en ese momento, cuya indemnización no fuera por la autonomía de la voluntad, o resulta insuficiente e imprecisa, si sólo se pretende imputarle aquellos daños que correspondan al fin de pro-

tección del contrato. Este segundo criterio es el más adecuado en los sistemas latinos. Por eso, en este caso, la regla de la previsibilidad del daño debe ir precedida de otra regla que establezca el criterio general de determinación de los daños indemnizables en la responsabilidad contractual.

Esa regla no está formulada, como tal, en los Códigos civiles latinos; quizás porque se entendió, en su momento, que estaba contenida en la regla de la previsibilidad, entendida conforme a la idea de Pothier. Tampoco la encontramos en la Convención de Viena (art. 74 CISG). La CISG se limita a establecer las manifestaciones del daño indemnizable; nos indica que «la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento», con el límite de la imprevisibilidad del daño, al tiempo de contratar. Sí podemos encontrarla, en cambio, en los PECL. Los PECL contienen dos reglas: la que determina, de modo general, el daño indemnizable en la responsabilidad contractual (art. 9:502) y la de la previsibilidad (art. 9:503). La segunda recorta, en cada caso concreto, la indemnización debida conforme a la primera regla.

18. Los PECL formulan así la regla general de indemnización en la responsabilidad contractual: «La medida general del daño indemnizable es aquella suma que permita colocar al contratante insatisfecho, lo más cerca posible, en la posición en que se hubiera encontrado si el *contrato* hubiera sido *cumplido debidamente...*» (art. 9:503 PECL). Esta regla está recogida en términos parecidos en el artículo III.-3:702 DCFR, y en el artículo 160 del CESL [*Common European Sales Law* que forma parte de la «*Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*», Bruselas 11.10.2011]: «El cálculo de la indemnización por pérdidas ocasionadas por el incumplimiento de una obligación se hará de forma que el acreedor quede en la posición en la que se habría encontrado si se hubiera cumplido debidamente la obligación, o, de no ser posible, en una posición lo más parecida».

En los PECL, el DCFR y el CESL el daño indemnizable resulta de la diferencia entre dos estados: aquel en que se encuentra el acreedor insatisfecho, tras el incumplimiento del contrato, y aquel otro en el que se debería haber encontrado, de haberse cumplido *debidamente* la obligación (el contrato). El término *debidamente*, referido a cómo debería haberse cumplido el contrato, nos proporciona la pauta para determinar el daño que en cada caso deba ser indemnizado.

El BGB utiliza este mismo criterio, propio de la denominada teoría de la diferencia, pero lo hace de modo más genérico. El § 249 BGB, aplicable tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual, menciona, como elemento de comparación, el estado en el que dañado se habría encontrado de no haberse producido el *hecho o circunstancia causante del daño*. La referencia al hecho causante del daño no aporta un criterio normativo delimitador del daño indemnizable. Los PECL, el DCFR y el CESL sí lo aportan. En los artículos antes citados toman en consideración el estado en que el contratante dañado debería haberse encontrado de *haberse cumplido el contrato*. El contrato (el interés protegido por él que debería haber quedado satisfecho de haberse cumplido), es el que determina el daño indemnizable, comparando las exigencias del mismo con la situación creada por incumplimiento.

19. La exigencia de previsibilidad del daño indemnizable es una regla complementaria de la anterior, en la delimitación del daño contractual indemnizable. Está recogida en el artículo 9:503 PECL así como en el DCFR (art. III.- 3:703) y en el CESL (art. 162). En el marco del interés protegido por el contrato (primera regla), el deudor sólo es responsable si el daño causado por el incumplimiento era previsible al tiempo de contratar.

20. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, sería recomendable que los PLDC antepusieran a la exigencia de previsibilidad del daño (regla de alcance más concreto) una regla parecida a la más arriba expuesta de los PECL, el DCFR, o el CESL, que exprese el criterio general de determinación del daño indemnizable. Podrían hacerlo utilizando el modelo de los estos textos normativos, precisando incluso más el estado en que el acreedor debería haberse encontrado si se hubiere cumplido el contrato. Indicando, por ejemplo, que el acreedor debe quedar *en la posición en la que debería haberse encontrado, conforme al [fin de protección del] contrato...* si el contrato hubiera sido adecuadamente cumplido.

El daño indemnizable en caso de incumplimiento del contrato proviene de la lesión, en algunas de sus manifestaciones, del interés protegido por el mismo. El interés protegido por el contrato tiene estas manifestaciones típicas: (i) el interés en el cumplimiento de los deberes de prestación surgidos del contrato; (ii) el interés en la efectividad de lo garantizado por el contrato (existencia de hechos o circunstancias presentes; consecución de los resultados garantizados, como es propio de ciertos contratos de servicios), que se satisface por medio de la indemnización; y, por fin, (iii) el interés de conservación, consistente en no sufrir daño en los bienes

personales o patrimoniales, en el desarrollo del contrato. Debemos tener en cuenta que el contrato supone una *justificada* puesta en riesgo de los bienes personales y patrimoniales de los contratantes.

VIII. CONSIDERACIÓN FINAL

La iniciativa de elaborar unos Principios latinoamericanos de derecho de los contratos merece una valoración positiva, tanto desde la perspectiva latinoamericana como desde la europea. El mero proceso de preparación, con el estudio comparativo que requiere, aporta materiales valiosos. En este caso ya ha dado lugar a la aparición de un libro en el que se compara el derecho de contratos de diferentes países latinoamericanos; es el libro al que más arriba me he referido. Y, una vez concluida la tarea de elaboración de los Principios, éstos constituirán un buen marco común comparativo. Es deseable que en el proceso de elaboración de estos Principios participen juristas que representen un amplio espectro de sistemas latinoamericanos. Y, al mismo tiempo, que el trabajo de los profesores sea contrastado con la opinión de abogados y prácticos del Derecho.

La iniciativa emprendida, que nos recuerda a la que en su día se acometió en Europa, y que todavía no ha sido definitivamente cerrada, es también para nosotros, europeos y españoles, una buena ocasión para seguir reflexionando sobre las grandes cuestiones que hoy plantea el derecho de contratos. Por ello, creo, que desde Europa debemos apoyarla y felicitar a quienes han tenido la idea de emprenderla: a Carlos Pizarro y a los profesores Álvaro Vidal Olivares e Íñigo de la Maza, a los que, al principio me he referido. A ellos y a todos los profesores que han colaborado en este proyecto debemos darles especialmente las gracias.

ANEXO

Este Anexo contiene el texto de los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos, en el estado actual de elaboración. Este texto fue objeto de debate en las jornadas a las que se refiere esta crónica. Consta de dos partes: una primera referida a los principios generales y a la formación del contrato, y una segunda relativa al cumplimiento e incumplimiento del contrato.

PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS DE DERECHO DE LOS CONTRATOS

PRIMERA PARTE

Título I. Principios generales

*Artículo ** [Libertad de contratación]

Las partes son libres para celebrar contratos y para determinar su forma y contenido, siempre que no sea contrario al orden público y las buenas costumbres.

*Artículo ** [Fuerza obligatoria]

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes.

*Artículo ** [Buena fe]

Las partes deben comportarse de acuerdo con las exigencias de la buena fe. Las limitaciones convencionales contrarias a la buena fe se tienen por no escritas.

Título II. Del contrato y sus elementos

*Artículo **

El contrato es un acuerdo de dos o más partes por el cual crean, modifican o extinguen un vínculo jurídico.

Título III. Negociación del contrato

*Artículo * [De la libertad de negociación]*

Las partes son libres de negociar los términos del contrato y de retirarse de dichas negociaciones.

*Artículo * [Del retiro contrario a la buena fe]*

El daño causado por el retiro contrario a las exigencias de la buena fe debe ser indemnizado.

En ningún caso se indemnizará la pérdida de los beneficios esperados del contrato no celebrado.

Está especialmente obligado a esta reparación el que ingresa en una negociación o se mantiene en ella sin ánimo o posibilidad de contratar.

*Artículo * [Deber de confidencialidad]*

La información confidencial que se haya obtenido en virtud de las negociaciones del contrato no podrá usarse o ser revelada por quien la recibe.

El incumplimiento de este deber obliga a indemnizar los daños y a restituir los beneficios obtenidos.

*Artículo * [De la voluntad de las partes]*

La voluntad de obligarse se manifiesta por declaraciones u otras conductas.

*Artículo * [De la oferta]*

La propuesta de celebrar un contrato constituye oferta si revela la voluntad del proponente de quedar obligado en caso de aceptación y resulta suficientemente precisa para producir efectos en caso de que sea aceptada.

La oferta puede ser dirigida a una o más personas determinadas, o al público en general.

*Artículo * [Efecto y retiro de la oferta]*

La oferta produce efectos desde que llega a su destinatario.

La oferta puede retirarse hasta antes de que llegue al destinatario.

*Artículo * [Revocación de la oferta]*

La oferta puede revocarse hasta que el destinatario haya enviado su aceptación.

En los casos en que la aceptación consista en una conducta diversa de la declaración, puede revocarse hasta el perfeccionamiento del contrato.

*Artículo * [Oferta irrevocable]*

La oferta es irrevocable si el oferente le ha atribuido ese carácter, o ha fijado un plazo para la aceptación y el oferente no se reserva expresamente la facultad de revocarla.

Tampoco puede revocarse la oferta si el destinatario ha podido confiar, conforme a la buena fe, en que la oferta era irrevocable.

*Artículo * [Caducidad de la oferta]*

La oferta caduca, aun si es irrevocable, en los siguientes casos:

1. Si fue rechazada por el destinatario, en el momento en que el rechazo llega al oferente.

*2. Si la respuesta del destinatario contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones de conformidad con el artículo **.*

3. Si el oferente fallece o se incapacita antes de la recepción de la aceptación.

Si se aceptó en ignorancia de la muerte o incapacidad, y a consecuencia de la aceptación hubo gastos, el aceptante tiene derecho a la reparación.

4. Si no es aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, en ausencia de plazo, dentro de aquel esperable conforme a la buena fe.

*Artículo * [De la aceptación]*

Constituye aceptación toda declaración u otra conducta del destinatario que indique conformidad con la oferta.

Las modificaciones a la oferta hechas por el destinatario comportan la propuesta de un nuevo contrato.

*Artículo * [El silencio como aceptación]*

El silencio o la inacción por sí solos no constituyen aceptación, excepto en los casos en que la ley, la voluntad de las partes, los usos y prácticas, o los comportamientos precedentes de las partes, le otorguen tal carácter.

*Artículo * [La oportunidad de la aceptación]*

La aceptación, cualquiera sea su forma, produce efectos si llega al oferente dentro del término fijado; a falta de plazo, dentro de aquel que resulte conforme a la buena fe, atendidas las circuns-

tancias de la negociación y los medios de comunicación empleados por el oferente.

La aceptación de las ofertas entre presentes debe ser inmediata, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

*Artículo * [La aceptación tardía]*

La aceptación tardía produce efectos cuando el oferente, sin demora, hace llegar su conformidad al destinatario.

Asimismo, produce efectos si de la comunicación escrita que contiene la aceptación tardía se desprende que debería haber llegado al oferente dentro del plazo.

*Artículo * [El retiro de la aceptación]*

La aceptación puede ser retirada hasta el momento en que produce efectos.

*Artículo * [El perfeccionamiento del contrato]*

El contrato se entiende perfeccionado desde que la aceptación llega al oferente.

Si la aceptación consiste en una conducta, el contrato se entiende perfeccionado desde que el oferente la conoce.

Título IV. De los vicios del contrato

*Artículo * [El error]*

El error consiste en la ignorancia o falso concepto de los hechos o del derecho, de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente distintos.

*Artículo **

El error anula el contrato:

- 1. Cuando es provocado por información suministrada por la otra parte.*
- 2. Cuando la otra parte lo conoció o debió conocerlo y no lo informó, contrariando la buena fe.*
- 3. Cuando ambas partes han padecido el mismo error.*

En estos casos no hay nulidad si el error es inexcusable o el riesgo de su existencia fue o debe ser asumido por quien lo padece.

*Artículo **

La parte que incurre en error no puede anular el acto si la otra ofrece ejecutarlo con las modalidades y el contenido que aquélla entendió celebrarlo.

*Artículo * [Error en la declaración o en la transmisión]*

Las disposiciones de los artículos anteriores son aplicables al error en la declaración de voluntad y en su transmisión.

*Artículo * [El dolo]*

El dolo es la inducción fraudulenta a la celebración del contrato, por acción u omisión.

*Artículo **

El dolo anula el contrato cuando aparece claramente que sin él las partes no habrían contratado y no ha habido dolo recíproco.

*Artículo **

El autor del dolo debe indemnizar los perjuicios causados. La parte que al tiempo de la celebración del contrato tuvo conocimiento del dolo de un tercero, responde solidariamente.

*Artículo * [Intimidación]*

Una parte puede anular el contrato si fue inducida a celebrarlo mediante la amenaza antijurídica de un mal inminente y grave.

*Artículo **

Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, al género, a la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad.

*Artículo **

La amenaza del ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial no anulan el contrato.

*Artículo * [Excesiva desproporción]*

Una parte puede demandar la adaptación del contrato o de cualquiera de sus cláusulas, o su nulidad si otorgan a la otra una ventaja excesiva contraria a las exigencias de la buena fe.

*Artículo **

Para calificar esa ventaja se deben tomar en cuenta todas las circunstancias, especialmente la dependencia de la parte que sufre

el perjuicio, las extraordinarias dificultades económicas que la aquejan, la apremiante urgencia de sus necesidades, su ignorancia o falta de experiencia.

Igualmente, deberá considerarse la relación de confianza existente entre las partes y la naturaleza y finalidad del contrato.

*Artículo **

A solicitud de la parte agraviada, el juez puede adaptar el contrato a fin de ajustarlo al acuerdo que habrían alcanzado las partes conforme a la buena fe.

La parte a quien se notifica la nulidad puede, igualmente, solicitar su adaptación en los términos del inciso precedente, siempre y cuando haga saber inmediatamente esta decisión a la otra parte.

*Artículo * [Terceros]*

También puede anular el contrato la parte que ha sufrido el error, el dolo, la intimidación o el perjuicio a que se refieren los artículos anteriores, cuando hayan sido provocados por un tercero de cuyos actos responda o tenga conocimiento el otro contratante.

*Artículo **

La facultad de anular el contrato puede ejercerse extrajudicialmente, mediante notificación a la otra parte, con expresión de las razones en que se funde o por demanda judicial. También puede oponerse como excepción frente a la demanda de cumplimiento.

*Artículo * [La oportunidad de la notificación]*

La notificación de nulidad no produce efectos a menos de que sea realizada dentro de un plazo razonable según las circunstancias. Dicho plazo se contabiliza desde que hayan cesado las circunstancias que le impedían realizar la notificación.

*Artículo * [Nulidad parcial]*

La nulidad de una cláusula no afecta a las otras, a menos que el contrato no pueda subsistir sin cumplir su finalidad, atendidas las circunstancias del caso.

*Artículo * [Confirmación]*

La anulación del contrato no produce efectos cuando la parte facultada para anularlo lo confirme expresa o tácitamente a partir del momento desde el cual se contabiliza el plazo para la notificación de la nulidad.

*Artículo * [Efectos retroactivos]*

Declarado nulo o anulado el contrato, los contratantes deben restituirse recíprocamente las prestaciones que hubieran recibido en virtud del mismo. Si la devolución en especie no es posible deberá restituirse su valor.

*Artículo **

Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba.

*Artículo * [Indemnización de perjuicios]*

Pueden demandarse los perjuicios originados en una causal de nulidad sin que ésta sea una condición de procedencia.

La acción indemnizatoria se rige conforme a las reglas generales.

*Artículo * [Remedios por incumplimiento]*

La parte que tenga derecho a anular el contrato y, al mismo tiempo, pueda ejercer alguno de los remedios por incumplimiento, puede optar entre aquella y éstos.

SEGUNDA PARTE

Capítulo 1. Cumplimiento de las Obligaciones Contractuales

*Artículo * [Concepto de cumplimiento]*

Cumplimiento es la ejecución de la prestación en los términos en que fue acordada.

Artículo [Lugar del cumplimiento]*

La obligación debe cumplirse en el lugar determinado en el contrato o que sea determinable conforme a éste.

El lugar de cumplimiento puede ser establecido por acuerdo de las partes, de manera expresa o tácita.

Si la regla precedente no resulta aplicable, lugar de cumplimiento es:

- 1. El domicilio del acreedor, para las obligaciones dinerarias.*
- 2. El lugar en que se encontraba la cosa al tiempo de constituirse la obligación, para las obligaciones cuyo objeto es una especie o cuerpo cierto.*

3. *El domicilio del deudor, para los demás casos.*

Si el deudor se muda, el acreedor tiene derecho a exigir el pago en el domicilio actual o en el anterior. Igual opción corresponde al deudor, cuando el lugar de pago sea el domicilio del acreedor.

*Artículo * [Momento del cumplimiento]*

La obligación debe cumplirse en el momento determinado en el contrato o que resulte de éste, de su naturaleza, los usos o la buena fe.

Si no fuere posible establecer el momento de cumplimiento de acuerdo con esas pautas, se estará a las siguientes reglas:

1. *Si puede ejecutarse inmediatamente, su cumplimiento tendrá lugar en el más breve plazo posible desde que se contrajo.*

2. *Si por su naturaleza supone necesariamente un lapso para su ejecución, su cumplimiento tendrá lugar en el más breve plazo posible desde que se contrajo.*

*Artículo * [Cumplimiento anticipado]*

El deudor puede anticipar el cumplimiento, a menos que perjudique gravemente los intereses de la otra parte. El cumplimiento anticipado de una obligación no afecta la ejecución de la obligación recíproca.

El acreedor puede renunciar al plazo establecido en su favor.

*Artículo * [Exigibilidad anticipada de la obligación]*

El cumplimiento de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, excepto:

1. *Al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia.*

2. *Al deudor que no ha constituido las garantías prometidas o que disminuye por hecho imputable las seguridades otorgadas.*

3. *Cuando el plazo esté establecido sólo en favor del acreedor.*

*Artículo * [Cumplimiento por un tercero]*

La prestación también puede ser ejecutada por un tercero, excepto que se hayan tenido en cuenta las condiciones especiales del deudor, o hubiere oposición conjunta del acreedor y del deudor. Tercer interesado es la persona a quien el incumplimiento del deudor puede causar un menoscabo patrimonial y puede pagar contra la oposición individual o conjunta del acreedor y del deudor.

Artículo * [Gastos]

Salvo acuerdo en contrario, cada parte debe soportar los gastos del cumplimiento de su obligación.

Si el acreedor ha incurrido en mora corresponde a éste soportar los gastos que deriven de ella.

Capítulo 2. Incumplimiento de las obligaciones contractuales

Sección 1.^a Del incumplimiento en general

Artículo * [Concepto de incumplimiento]

Incumplimiento es la falta de ejecución de la prestación en la forma pactada.

El cumplimiento imperfecto comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor.

El incumplimiento del deudor comprende el hecho de las personas que emplee para ejecutar su prestación.

Artículo * [Carácter esencial del incumplimiento]

Se entiende que el incumplimiento es esencial cuando:

1. *Las partes así lo han acordado respecto de obligaciones determinadas o de supuestos específicos de incumplimiento.*

2. *El incumplimiento es doloso.*

3. *La conducta del deudor incumplidor, hace perder razonablemente al acreedor la confianza en el cumplimiento posterior del contrato.*

4. *Prive sustancialmente al acreedor de aquello que podía esperar de acuerdo con lo que era previsible para las partes, al momento de celebrarse el contrato.*

Artículo * [Acción u omisión del acreedor]

El acreedor no puede invocar el incumplimiento que tiene causa en su propia acción u omisión.

Artículo * [Fuerza mayor o caso fortuito]

Fuerza mayor o caso fortuito es un hecho ajeno al control del deudor que, sin ser un riesgo a su cargo, le impide cumplir la obligación, temporal o definitivamente, y cuyo acaecimiento y efectos no ha podido resistir.

Sección 2.^a Medios de tutela del acreedor*Artículo * [De los medios de tutela del acreedor]*

En caso de incumplimiento, el acreedor podrá ejercer, a su elección y según proceda, alguno de los siguientes medios de tutela:

- 1. Cumplimiento específico;*
- 2. Reducción del precio;*
- 3. Resolución del contrato;*
- 4. Excepción de contrato no cumplido, e*
- 5. Indemnización de daños.*

La indemnización de los daños podrá ejercerse de manera autónoma, o en conjunto con los demás medios de tutela.

*Artículo * [Comunicación en los cumplimientos imperfectos]*

En caso de cumplimiento imperfecto, el acreedor deberá comunicar la disconformidad en un plazo razonable contado desde el momento en que debió tener conocimiento.

A falta de comunicación, el acreedor no podrá exigir el cumplimiento, ni resolver el contrato.

*Artículo * [Cumplimiento específico]*

El cumplimiento específico procede siempre en las obligaciones dinerarias.

Tratándose de obligaciones no dinerarias, el cumplimiento específico se sujeta a las limitaciones siguientes:

- 1. No procede cuando el cumplimiento sea imposible. Sin embargo, el acreedor puede exigir al deudor la cesión de las acciones y derechos que tuviere contra terceros.*
- 2. Aun siendo posible el cumplimiento específico, éste no procede cuando resultare extremadamente gravoso para el deudor, teniendo en cuenta que el acreedor puede satisfacer su interés con otro medio de tutela.*
- 3. No procede tampoco cuando se trate de una obligación inherente a la persona.*

*Artículo * [Reparación y sustitución en los cumplimientos imperfectos]*

Tratándose de cumplimientos imperfectos, el cumplimiento específico comprende, con las mismas limitaciones del artículo

anterior, la reparación o la corrección de la falta de conformidad o la sustitución.

La sustitución requiere siempre el incumplimiento esencial.

*Artículo * [Reducción del precio]*

En caso de cumplimiento imperfecto, el acreedor puede aceptarlo y reducir el precio en proporción a la diferencia entre el valor que la prestación ejecutada tenía al tiempo en que se realizó y el que habría tenido en ese mismo momento, si hubiere existido cumplimiento.

La reducción del precio es incompatible con la indemnización del menor valor de la prestación.

En todo caso, el acreedor puede demandar la indemnización de cualquier otro daño.

*Artículo * [Resolución por incumplimiento]*

Cualquiera de las partes de un contrato puede resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento esencial.

El incumplimiento recíproco no obsta la resolución del contrato.

La resolución opera mediante comunicación escrita a la otra parte, la que producirá efectos desde su recepción.

*Artículo * [Resolución parcial]*

El acreedor podrá resolver parcialmente el contrato, salvo cuando no sea posible, habida consideración a la naturaleza del contrato o el interés de las partes.

*Artículo * [De los efectos de la resolución]*

La resolución libera a las partes de sus obligaciones pendientes de cumplimiento. Así y todo, no afectará las cláusulas que las partes hayan previsto para la resolución de controversias o las relativas al incumplimiento mismo, tales como cláusulas penales, exonerativas o limitativas de responsabilidad, de confidencialidad o de no competencia.

*Artículo * [Efectos restitutorios]*

Resuelto el contrato, deberán restituirse, de manera simultánea, las prestaciones ya ejecutadas, junto con los frutos percibidos.

En caso de que la restitución no sea posible, deberá restituirse el valor que tenían a la época de la imposibilidad.

No habrá lugar a la restitución del valor si la parte que resolvió el contrato prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo a pesar de haber actuado con la debida diligencia.

En caso de imposibilidad, la parte que no puede obtener la restitución en naturaleza tendrá siempre derecho a exigir a la otra la cesión de derechos o acciones que tuviere en contra de terceros respecto de la destrucción o pérdida del objeto.

*Artículo * [Los efectos de la resolución en los contratos de ejecución sucesiva]*

En los contratos de ejecución sucesiva no habrá lugar a restituciones, salvo que no exista la correspondiente reciprocidad de intereses de acuerdo al contrato en su conjunto.

*Artículo * [Cláusulas resolutorias]*

Las partes podrán incorporar al contrato cláusulas que confieran al acreedor la facultad de resolverlo, siempre y cuando especifiquen los incumplimientos que darían lugar a esta resolución.

Estas cláusulas no privan al acreedor de la posibilidad de optar por cualesquiera de los otros remedios.

*Artículo * [Excepción de contrato no cumplido]*

Cada parte puede negarse a ejecutar su prestación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para el cumplimiento.

Asimismo, puede negarse cuando, antes de la fecha de cumplimiento, aparece claramente que la otra parte no cumplirá la prestación recíproca.

La suspensión no procede cuando el incumplimiento de la otra parte sea mínimo.

*Artículo * [Indemnización de daños]*

En todos los casos en que el incumplimiento cause daños, y siempre que no concurra una causa de exoneración, el acreedor insatisfecho podrá pedir su indemnización.

Son causa de exoneración las circunstancias que constituyen caso fortuito, cuyos efectos sean permanentes o temporales.

*Artículo * [Daños indemnizables]*

La indemnización de daños comprende el daño patrimonial y no patrimonial.

*Artículo * [De la previsibilidad del daño indemnizable]*

El deudor responderá de los daños previsibles al tiempo de celebración del contrato y que provengan del incumplimiento.

En caso de dolo, el deudor responderá de todos los daños que el incumplimiento ocasione.

*Artículo * [Contribución del acreedor a su daño]*

La indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor, con su acción u omisión, contribuyó al incumplimiento.

*Artículo * [Mitigación de las pérdidas]*

La indemnización queda sujeta a reducción si el acreedor omitió adoptar las medidas que, de acuerdo con la buena fe, eran razonables para mitigar las pérdidas. La reducción corresponderá a la cuantía en que hubiere podido mitigarse el daño.

Sección 3.^a Pactos relativos a la responsabilidad por incumplimiento

*Artículo * [Cláusula penal]*

Las partes pueden estimar los perjuicios mediante la incorporación al contrato de una cláusula penal, la cual libera al acreedor de la prueba del daño.

A petición de parte o de oficio, el juez podrá moderar el monto de la pena, cuando éste resulte excesivo.

El acreedor podrá escoger entre demandar la pena o la indemnización de los daños.

En todo caso, la pena será compatible con los remedios establecidos para el incumplimiento distintos de la indemnización de daños.

*Artículo * [Arras]*

Las partes pueden acordar que, al tiempo del contrato, se entregue una cosa para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones.

Mediante este pacto real también se estiman anticipadamente los perjuicios que se puedan derivar del incumplimiento y se libera al acreedor de la carga de probar la existencia y el monto del daño.

Si el que ha dado las arras incumple, las perderá, y si incumple quien las recibió, deberá restituirlas dobladas.

Si no se presenta incumplimiento, las arras se imputarán al precio si la naturaleza de la prestación lo permite y, en caso contrario, se restituirán.

El acreedor no puede demandar a un tiempo las arras y la indemnización de los daños, sino cualquiera de las dos.

*Artículo * [Cláusulas que limitan o excluyen la responsabilidad]*

Pueden las partes incorporar al contrato cláusulas que limiten o excluyan su responsabilidad, sujetas a las limitaciones siguientes:

- 1. No pueden exonerarse por los incumplimientos dolosos o por culpa grave.*
- 2. No puede exonerarse de responsabilidad por los daños derivados de la lesión a la persona del acreedor.*
- 3. No puede excluirse o limitarse el derecho a reclamar la prestación, ni su valor.*
- 4. No serán válidas las cláusulas que contraríen la buena fe, considerando para ello especialmente el precio y la naturaleza del objeto del contrato en que se incorporan.*

BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**

Libros*

AGUILERA RULL, Ariadna: *Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 381 pp.

El libro que recensionamos, «*Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios*», es el resultado de la tesis doctoral de la Dra. Ariadna Aguilera Rull que ha publicado la editorial Tirant lo Blanch. Ello aporta al trabajo la profundidad y atemporalidad de una investigación clásica sobre la teoría general del derecho a la igualdad y la aplicabilidad que supone el estudio de casos concretos que se han dirimido en los tribunales. En efecto, el estudio doctrinal y jurisprudencial del derecho americano, alemán, español y del derecho europeo pone de manifiesto la utilidad teórico-práctica de este trabajo de investigación. Sin duda, estamos ante una obra de referencia del derecho antidiscriminatorio que todo lector interesado debe conocer.

La monografía aborda la resolución del conflicto entre el derecho a no ser discriminado y la libertad de contratación. Para ello, la autora analiza la clásica discusión alemana relativa a la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales así como las Directivas antidiscriminación 2000/43/CE y 2004/113/CE y su trasposición al ordenamiento jurídico español y alemán.

En la primera parte del libro se analiza el marco teórico y constitucional de la protección frente a las discriminaciones acaecidas entre particulares. Así, una primera tesis defiende la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en tanto que principios por lo que no sería necesario la actuación de un poder público para que los particulares quedaran vinculados por ellos. La eficacia horizontal de la prohibición de discriminar puede suponer un conflicto con la libertad de contratación de otro particular en el cual debe prevalecer la prohibición de discriminar.

Sin embargo, a esta teoría se le ha objetado que tanto la Constitución alemana como la española, declaran expresamente que sólo los poderes públicos están vinculados por los derechos fundamentales, que dificulta la posibilidad de que los particulares renuncien a sus derechos y que, si el texto constitucional impone obligaciones y derechos entre los particulares, de alguna forma se relegaría la utilidad del poder legislativo a un segundo plano.

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

De ahí que se formulara la teoría de la eficacia mediata según la cual los particulares quedarían vinculados a los principios constitucionales en la medida en que sus actos se rigen por el derecho privado que es consecuencia de la actuación del poder legislativo.

La tesis que mejor explica, en opinión de la autora, la incidencia de los derechos fundamentales en el tráfico privado es la de su doble naturaleza. Por una parte, suponen prohibiciones de injerencia de forma que garantizan una esfera de libertad a los particulares frente a intervenciones estatales y por otra, conllevan un mandato de protección que obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias para garantizar el disfrute del derecho por los particulares. Parece que esta tesis ha sido acogida por el Tribunal Federal alemán y, aunque no se ha pronunciado claramente sobre ella, también por el Tribunal Constitucional español si bien la doctrina española sigue discutiendo en términos de mediatez o inmediatez en la aplicación de los derechos fundamentales. En cambio, la autora se posiciona claramente a favor de la tesis de la naturaleza de mandato de protección de los derechos fundamentales.

La discriminación entre particulares puede manifestarse a través de actos vulneradores de derechos fundamentales cuya motivación es discriminatoria y a través de la negativa a contratar con alguien o a hacerlo en las mismas condiciones que con otros debido a su sexo u origen étnico. El problema que se ha planteado en relación a la dificultad que entraña imponer no sólo la obligación de abstenerse de dañar a otro sino también una actuación positiva de contratar en la medida en que podría poner en peligro el principio de autonomía privada y de libertad de contratación, no es irresoluble si entendemos que no se trata de obligar a un sujeto a establecer una relación con otro sino de prohibir que, al negarse a reconocerle la condición de contratante, le excluya de un ámbito común.

En caso de desequilibrio entre las partes contratantes, los resultados del proceso de negociación contractual o del proceso de mercado no pueden ser asumidos por el ordenamiento como incuestionables. Pero la libertad de contratación no sólo admite la revisión de un contrato celebrado en casos de desequilibrio negocial sino que, en ciertos supuestos, su garantía admite una obligación de contratación. Para encontrar un equilibrio entre la libertad de contratación y la prohibición de negativas discriminatorias a la contratación deberá aplicarse el principio de proporcionalidad.

En la segunda parte del trabajo se analiza la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

La discriminación directa se describe en las directivas como la diferencia de trato no justificada. La discriminación estadística basada en el sexo del asegurado es un fenómeno común en diferentes contratos de seguros en base a la necesidad de garantizar que las primas que paga el asegurado estén en relación con la probabilidad de que se produzca el daño frente al que está asegurado. La autora, tras un análisis de la cuestión, sostiene que el *risk rating* o diferenciación estadística no puede ser considerado una mera diferencia de trato justificable sino que es una discriminación que atenta contra el principio de igualdad en la medida en que un individuo concreto puede ser tratado de forma más perjudicial que otro tan sólo debido a su sexo. Sin embargo, la Directiva 2004/113/CE faculta a los Estados miembros a autori-

zar la diferencia de primas en función del sexo cuando éste fuera un factor determinante en la evaluación del riesgo según datos estadísticos si bien se excluyen de dicha previsión los costes de las primas relacionados con la maternidad o el embarazo.

Además se aborda la figura de la discriminación indirecta en la contratación de bienes y servicios que regulan las directivas. El análisis de la jurisprudencia laboral lleva a la autora a afirmar que para asegurar la funcionalidad de la figura de la discriminación indirecta en el ámbito de la contratación de bienes y servicios sería recomendable llevar a cabo un test de justificación de las medidas con impacto dispar y adoptar un estándar de escrutinio estricto como en el ordenamiento norteamericano. Así, el empresario debería probar que las habilidades exigidas al candidato obedecen a una necesidad primordial de la empresa y del puesto de trabajo a ocupar y que existe una relación manifiesta entre dichas habilidades y la ejecución de la tarea. Además no deberían existir cualidades alternativas menos discriminatorias que permitan al candidato ejecutar su trabajo.

En la última parte del trabajo se aborda el estudio de la trasposición de dichas directivas en el ordenamiento alemán (Ley General de Igualdad de Trato de 29 de junio de 2006) y español (Ley 62/2003, de 30 de diciembre, y Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo). Especial atención merece el tratamiento de las consecuencias jurídicas previstas para los supuestos de discriminación.

En relación a la aplicación del artículo 512 CP, aunque no se exige la existencia de una intención discriminatoria, se percibe una cierta reticencia por parte de los tribunales a imponer una sanción penal a conductas que no estén claramente motivadas por un ánimo discriminatorio por lo que algunas actuaciones basadas en estereotipos o discriminaciones estadísticas no se sancionan. Sin embargo, la sanción penal de la negativa de profesionales a prestar servicios a cualquiera que tenga derecho a ellos por motivos de sexo u origen étnico se considera adecuada al principio de proporcionalidad y a la consecución de la prevención de dichas conductas.

El artículo 49.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, se definen las conductas discriminatorias en el acceso a bienes y servicios como infracciones en materia de defensa de consumidores y usuarios que podrán ser sancionadas con multas por la administración. Ello presenta algunas ventajas respecto de las medidas penales pues el derecho penal viene limitado por el principio de última ratio, no le es aplicable la inversión de la carga de la prueba, depende de la existencia de denuncia de la víctima, el discriminador puede asegurarse frente a la responsabilidad civil,...

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2007 prevé la nulidad de los actos o cláusulas negociales discriminatorias por razón de sexo, la indemnización y sanción de las mismas. Además podrá exigirse la cesación de la perturbación actual.

La indemnización comprenderá no sólo los daños patrimoniales sino también los morales de forma preventiva. Cuando la discriminación se produce en fase precontractual y tiene como consecuencia la no celebración del contrato, la víctima tendrá derecho a una indemnización del interés contractual positivo (*expectation damages*) mientras que, si la causalidad es incierta, deberá compensarse meramente la pérdida de una oportunidad.

Aunque no lo prevean expresamente ni el ordenamiento jurídico alemán ni el español, se defiende en la monografía la posibilidad de imponer una obligación de vender o prestar condicionada a que la víctima siga interesada

en el bien o la prestación, no se trate de una prestación personal, exista una relación de causalidad entre la conducta discriminatoria y la no celebración del contrato, el contenido del contrato esté suficientemente determinado y la celebración sea todavía posible. Se considera que la injerencia en la libertad de contratación del oferente es adecuada, necesaria y proporcional.

Alejandra DE LAMA AYMÁ
Profesora Agregada Interina de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: *Derecho privado romano*, Iustel, Madrid, 2013, 679 pp.

Tal vez pueda resultar sorprendente que una obra con el título de este libro y el contenido que anuncia aparezca reseñada en una publicación como esta. Sin embargo, ello no debería sorprender tanto, y precisamente a justificar esta afirmación vamos a dedicar lo fundamental de este comentario.

En primer lugar, que una obra se titule «Derecho privado romano» no quiere decir que sea una obra ajena al Derecho civil. Todo lo contrario. Aun cuando el Derecho romano como tal tenga su autonomía científica desde hace muchas décadas y haya alcanzado un alto grado de madurez científica en un campo muy vasto de disciplinas de tipo jurídico, histórico y filológico –como ya destacó en su día Franz Wieacker–, ello no invalida el hecho de que la ciencia del Derecho privado romano sigue estando imbricada en el núcleo duro, en el *hard disk* diríamos ahora, de la ciencia civilista. Y no decimos esto por un mero sentimiento de admiración y respeto hacia una tradición histórica, que como tal sería muy aceptable y digno de consideración, pero que no significaría otra cosa que una pura manifestación de nostalgia por un pasado que ya se fue para siempre. No es así. Lo decimos con pleno conocimiento de causa y con absoluta convicción: el Derecho romano sigue estando en el centro de los debates jurídicos contemporáneos (al menos, en el ámbito de la civilística), y defender y sostener esto es lo que constituye la sabia del libro que comentamos. Pero es obvio que para los lectores escépticos esta afirmación podría no pasar de constituir una petición de principio, así que hay que adentrarse en un excursus que pueda explicar razonablemente la afirmación anterior.

En efecto, ya desde hace unos cuantos años viene dándose, sobre todo en el seno de la romanística y la historiografía jurídica germánicas, pero también en otros lugares del continente europeo, un interesante debate, a veces muy ácido y enconado, en torno al significado de la Historia del Derecho –y, particularmente, la del Derecho privado– en este momento histórico de transformación económica, política y social y de cambio de paradigma jurídico en Europa como consecuencia del desarrollo del fenómeno de la Unión Europea. Las posturas enfrentadas son las que, a grandes rasgos, podrían calificarse de, por un lado, una visión «anticuaria», «puramente historicista» o «estetizante» de la Historia jurídica, y, por otro, de una «modernizante» o «neopandectista»; o, por no utilizar esta terminología algo peyorativa empleada por los respectivos adversarios de cada una de ellas, de una visión «contemplativa» de la Historia frente a otra «aplicativa» de la misma (puede

verse un buen resumen de esta discusión en un artículo de Klaus Luig publicado en el número 5 de la *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, de 1997). La primera es la que ha venido sosteniéndose en Europa durante todo el siglo XX –principalmente desde la introducción del BGB, que privó definitivamente de vigencia al Derecho romano en el núcleo del continente europeo–, pero sólo se ha definido teóricamente por oposición a la segunda, aparecida recientemente, a finales del siglo pasado, como consecuencia de la creciente aceleración de los procesos de armonización e integración jurídica en el seno de la Unión Europea.

No es posible entrar aquí a desarrollar todos los argumentos vertidos por los autores de una y otra tendencia a lo largo de una ininterrumpida discusión que ha ocupado básicamente los últimos veinticinco años. En líneas generales, haciendo abstracción de los diversos matices que singularizan a cada uno de los autores, podrían resumirse de la siguiente manera:

La concepción «aplicativa» parte del presupuesto de que la creación de las Comunidades Europeas ha supuesto la generación de un nuevo orden jurídico paneuropeo (al menos, potencialmente), que en el ámbito del Derecho privado constituye un auténtico *ius commune Europaeum* renovado. El proceso de construcción europea y el propio mercado exigen un desarrollo «orgánico» de tal Derecho, superador de la lógica particularista de los últimos dos siglos contenida en los Códigos nacionales de Derecho privado y que haga enlazar el nuevo Derecho común con la tradición unitaria del viejo *ius commune*. En este contexto, el papel de la Historia del Derecho ha de consistir en mantener la conciencia de esa tradición común que informa aún los ordenamientos nacionales contemporáneos y realizar el análisis preparatorio del acervo de la tradición jurídica común con vistas a una armonización ordenada del Derecho privado europeo, ya que puede proporcionar argumentos para la «concretización», «corrección» y «desarrollo ulterior» del nuevo Derecho privado europeo común, que debe interpretarse conforme a los resultados de la investigación histórica (como ha destacado, por ejemplo, Christian Baldus en un artículo publicado en el fascículo IV del ADC de 2006).

La postura «contemplativa», por el contrario, defiende una posición que podríamos calificar como de cierto «conservadurismo metodológico»: niega la capacidad de intervención de las disciplinas histórico-jurídicas en la construcción del nuevo *ius commune* europeo y permanece apegada, por tanto, a la acostumbrada separación epistemológica radical entre Historia y Ciencia del Derecho. Se acusa al «neopandectismo» de incurrir en una «confusión de categorías» entre Historia y Dogmática, entre el «ser» y el «deber ser»; de construir una tradición artificial, que ignora el «contexto decisional» y los datos de la realidad social del tiempo del viejo *ius commune*. En cualquier caso, los partidarios de esta visión «contemplativa» de la Historia jurídica descreen de la verdadera fuerza de convicción que los argumentos de los neopandectistas puedan tener sobre los juristas prácticos del Derecho vigente y los verdaderos creadores del Derecho privado comunitario.

Pues bien, el libro que aquí sucintamente comentamos se inscribe en este debate, adoptando de forma decidida –y, a nuestro juicio, de modo acertado– la primera de las posturas antedichas, es decir, la partidaria de una visión «aplicativa» de la Historia jurídica –en este caso, del Derecho privado romano, que no deja de ser la parte más sólida de la Historia del Derecho occidental, a nuestro modo de ver– y, por tanto, aquella que trata de resaltar los elementos vivos de una determinada tradición histórica («the Roman foundations of the civilian tradition», como señala Reinhard Zimmermann) que de forma

decisiva siguen informando los elementos esenciales del Derecho privado actual y siguen aportando savia nueva a una interpretación jurídica siempre ayuna de los matices y perspectivas diversas que solo la penetración histórica puede proporcionar. Porque, en efecto, un Derecho privado construido de espaldas a la referencia histórica –como por desgracia tan a menudo estamos acostumbrados a observar en los últimos tiempos– es un Derecho llamado a la esterilidad y, en última instancia, a la disolución en un magma de reglas y prescripciones provenientes de entidades extrañas al propio cuerpo político y a las propias demandas sociales, en la medida en que ha de encontrarse inermemente frente a las exigencias de poderes económicos que nada saben de naciones ni de comunidades. La única defensa efectiva de la identidad cultural –la propia y la común– que hoy puede plantearse en Europa frente a esas presiones ingentes de una globalización económica y jurídica desnortada y destructiva de los tejidos sociales pasa por una reivindicación de la tradición –en este caso, de la tradición jurídica, pero también de la cultural que constituye la herencia del Humanismo y la Ilustración– que nos ha constituido a lo largo de los siglos y ha cristalizado en lo que se ha dado en llamar el «espacio social europeo» o, más en general, Europa como una *communauté du droit*. Y de esa tradición jurídica común la columna vertebral ha sido y sigue siendo el Derecho romano, y en particular su creación más excelsa, el Derecho privado de raigambre jurisprudencial y cristalizado en la *Compilation justinienne*, el verdadero «libro de texto» por excelencia de los juristas europeo-occidentales durante los últimos mil años. De ahí, por tanto, que todo intento de conservación de un Derecho privado nacional –y, *a fortiori*, supranacional a nivel europeo– ajeno a esa tradición romanista (como lamentablemente estamos observando en estos tiempos de mudanza de los planes de estudio en nuestras Facultades de Derecho, donde frecuentemente el Derecho romano ha sido preterido o, como mucho, convertido en mero elemento ornamental, cuando no directamente eliminado) no constituya a la postre sino un canto de cisne de la propia civilística nacional y europea, en cuanto que, sin tradición, nada justificará que para la próxima reforma no sea el propio Derecho privado nacional el que sea simplemente sustituido por un Derecho global de los negocios que, al fin y al cabo, es el que responde en verdad a los intereses empresariales que dominan el mundo globalizado, o por un simulacro de Derecho privado europeo que no será en realidad otra cosa que un *common law* postmoderno mal disfrazado.

Frente a todo eso reacciona adecuadamente el libro que nos ocupa, aunque no sea esta, obvio es decirlo, su intención explícita, sino la más pertinente de ofrecer a nuestros estudiantes (que, no lo olvidemos, son los verdaderos protagonistas del futuro Derecho europeo), y a los estudiosos del Derecho romano en general –tanto romanistas como juristas dedicados al Derecho positivo–, una nueva panorámica del sistema del Derecho privado romano, pero haciéndose cargo de toda esta problemática actual. De ahí que a lo largo de toda la obra la exposición del contenido del Derecho privado romano venga en todo momento acompañada de la oportuna cita –incluso reproduciendo su tenor literal– de los textos legales del Derecho español vigente (particularmente, del Código civil) referidos a las instituciones romanas que se analizan en cada caso. De esta manera se presenta plásticamente a ojos del lector –incluso al más apresurado– la pervivencia de los textos de la tradición histórica romana que, a la postre, no es sólo nacional, sino común europea. Esta metodología, aparentemente simple, constituye, sin embargo, en la práctica, una auténtica revolución en nuestros estudios romanísticos, habitual-

mente anclados en la visión «anticuaria» o «contemplativa» de la Historia jurídica que decíamos antes, ya que de pronto hace legible un texto institucional romanístico también a los cultivadores del Derecho positivo nacional, en particular del Derecho civil español, situando así la aportación romanista en el centro de los debates presentes sobre el destino y significado del Derecho privado en la actualidad (en esto la obra del A. se sitúa en la misma longitud de onda de otras excelentes manifestaciones de la manualística romanista reciente a nivel europeo, como es el caso, por ejemplo, del *Manuale breve* de Cosimo Cascione, los *Fondements romains du droit privé* de Pascal Pichonnaz, el *Römisches Recht* de Jan Dirk Harke, por no hablar de las últimas ediciones del clásico *Römisches Privatrecht* de Max Kaser, a cargo del profesor Rolf Knütel). A ello se une el hecho de que el A. ha optado, acertadamente a juicio de quien suscribe, por acoger de forma abierta la sistemática pandectista de exposición del Derecho privado (el plan de Savigny), con la única matización de introducir el tratado del Derecho de familia inmediatamente después del estudio del Derecho de personas, en cuanto que la dependencia del régimen familiar del grado de capacidad jurídica de los individuos (*status*) es mucho más intenso en el Derecho romano antiguo que en el Derecho moderno (en que la capacidad jurídica se predica de toda persona física por el mero hecho de serlo). Esta adopción (matizada) del programa savignyano, si bien hoy desde un punto de vista metodológico podría ser discutible, es, desde la perspectiva estrictamente docente y, sobre todo, desde la opción estratégica de hacer inteligible el Derecho romano al jurista positivo actual, una opción absolutamente plausible, ya que la utilización de un lenguaje y unas coordenadas sistemáticas comprensibles constituye el primer y decisivo paso para la posible intelección de la disciplina romanista por parte de los colegas de las disciplinas jurídicas positivas. Si a eso se suma el manejo constante de un estilo siempre diáfano y elegante y un decidido espíritu de síntesis, hay que concluir que la obra constituye una espléndida aportación a la imprescindible tarea de hacer entrar el Derecho romano –en particular, el Derecho privado, aunque no sólo este– en los debates jurídicos del presente. Tal es, a juicio de quien suscribe, el mayor servicio que esta reciente obra viene a rendir a la defensa de la romanística en España en estos tiempos de cambio, y, más aún, dadas las reflexiones anteriores, también en general a la «lucha por el derecho» (Ihering) en esta compleja época en que la tradición milenaria que conforma el *civil law* corre un serio peligro de extinción, borrada por los tenebrosos vientos niveladores de una globalización jurídica de neta estirpe anglosajona.

Se trata, además, de un libro en permanente actualización, un *work in progress* podríamos decir. A lo largo del tiempo, la obra ha ido incrementando sus materiales, no solo a través del abordaje de cuestiones nuevas que no se encontraban inicialmente presentes, sino también añadiendo constantes actualizaciones bibliográficas y referenciales. El A. huye de modo consciente –y con plena razón a nuestro juicio– de la tendencia cada vez más peligrosamente creciente de un adelgazamiento progresivo de los manuales de estudio en nuestras aulas universitarias, con el fin explícito de acompañar la extensión del manual con la duración, cada vez más exigua, de las horas de enseñanza de las disciplinas en los actuales planes de estudio, adaptados (supuestamente) a las exigencias del «plan de Bolonia». Esto es un grave error. Precisamente –como ha subrayado en Italia, por ejemplo, el profesor Cannata, y ha puesto en práctica magistralmente el profesor Massimo Brutti en su magnífico manual de Derecho privado de la antigua Roma– cuanto más corto

es el espacio temporal dedicado a las lecciones magistrales y las explicaciones de clase, más extenso y exhaustivo debe ser el tratamiento de las materias en los libros de texto, a fin de que estos suplan de algún modo el déficit de atención que los profesores pueden dispensar a sus alumnos. Asimismo, ello es lo verdaderamente compatible con el nuevo sistema de enseñanza introducido a partir de la implantación del Espacio Europeo de Enseñanza Superior (EEES), que pone su punto de mira más en el trabajo del alumno que en la actuación del profesor, que debe pasar a ser una especie de *couching* para animar al alumno a entrar en el estudio y a desarrollar por sí mismo el conocimiento de las disciplinas académicas.

Esta obra comulga con el ejemplo. En concreto, esta edición ha incorporado la importantísima materia del Derecho de los contratos en particular, prosiguiendo así en el desarrollo del tratado del Derecho de obligaciones, que es la materia que, como es bien sabido, sigue presentando un mayor influjo romanístico en todos los ordenamientos jurídicos de la Europa continental (y en muchos otros extraeuropeos) y que, además, se encuentra en el centro mismo de los debates sobre la armonización y unificación del Derecho privado europeo –una problemática que el A. de esta obra tampoco olvida en su tratamiento de la cuestión. Supone este punto, por tanto, un enriquecimiento sustancial del contenido de esta obra, que sin duda la convierte en un documento aún más imprescindible para la formación de nuestros futuros juristas, llamados a tener un papel no limitado ya al ámbito nacional, sino sobre todo, dada la creciente europeización de nuestra economía, pero también de nuestra sociedad y nuestra cultura, también en la esfera internacional. Portar esta obra en su impedimenta hará de nuestros jóvenes (y no tan jóvenes) estudiosos, no solo mejores y más preparados juristas, sino sobre todo personas más cultas y, por eso mismo, más eficientes y competitivas.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Valladolid

LYCZKOWSKA, Karolina: *Garantías financieras. Análisis del Capítulo II del Título I del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, 349 pp.

1. En esta monografía la Doctora Lyczkowska desarrolla de modo completo el régimen jurídico de las garantías financieras contemplado en el Capítulo II del Título I (artículos 2 a 17) del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, *de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública*; RDL mediante el que se incorporó a nuestro Derecho la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, *sobre acuerdos de garantía financiera*. Esta norma ha sido luego modificada en alguna de sus partes, en virtud de la Ley 7/2011, de 11 de abril, *por la que se modifican la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores y el RDL 5/2005, de 11 de marzo*. Esencialmente esta modificación obedece a dos propósitos: por un lado, añadir a su ámbito los «derechos de crédito» como activo que puede darse en garantía (la Directiva 2002/47 había sido modificada por la Directiva 2009/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de

mayo de 2009, por la que se modifican la Directiva 98/26/CE sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores, y la Directiva 2002/47/CE sobre acuerdos de garantía financiera, en lo relativo a los sistemas conectados y a los derechos de crédito); y, por otro (aunque con un éxito más bien discutible) mejorar y precisar algunos aspectos del régimen previsto en el Real Decreto Ley que padecían cierta ambigüedad («algunos [no todos] problemas de inseguridad jurídica» dice su escuetísimo Preámbulo); fruto de una mala traducción de la Directiva, aunque en la senda del empeño del legislador español en confundir la incorporación al Derecho interno de las Directivas con su simple transcripción.

Junto con esta principalísima modificación deben tenerse presentes también los artículos 67 y 70 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, *de reestructuración y resolución de entidades de crédito*, que atribuyen al FROB poderosas reglas de excepción sobre su vigencia que posiblemente constituyan, como afirma la autora, «un claro incumplimiento del régimen de la norma comunitaria» (p. 312). También debe mencionarse, por último, la DF 3ª del RDL 6/2013, de 22 de marzo, *de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero*, que señala a la SAREB como sujeto elegible de las garantías financieras.

Los artículos 2 a 17 del RDL 5/2005 organizan un régimen «especial» y singularmente privilegiado para los acreedores garantizados allí contemplados y el estudio de la autora se articula en tres pasos. En primer término, delimita cuál es su ámbito de aplicación: éste no depende solo de la naturaleza de la obligación garantizada o del activo gravable sino sobre todo de las condiciones de las partes del acuerdo de garantía. En este punto difiere del régimen común de las garantías que se distingue en razón de los activos gravables y no de las condiciones de los sujetos que participan en el negocio de garantía. En segundo lugar, cuáles son los activos gravables (toda vez que, como argumenta la autora, la delimitación de la obligación garantizada no suscita mayor dificultad y la delimitación legal permite un generoso ámbito de aplicación, Cap II, 3) entre los que destacan los «derechos de crédito», incorporados en la reforma de 2011. Por último, los derechos opcionales que pueden acompañar a la posición del beneficiario (o acreedor garantizado) y las reglas, extremadamente sencillas, de su ejecución.

El fin último de la Directiva (y, por ende, del RDL 5/2005) es configurar un sistema uniforme de garantías financieras que procure la «circulación de capitales entre los países de la Unión Europea» e impulse «el flujo del crédito» (p. 32). Además tiene otro propósito que se vincula a los sujetos comúnmente elegibles (entidades de crédito): que los activos en cuestión satisfagan las exigencias de Basilea. En síntesis, el régimen especial de las garantías financieras se inspira en la protección del acreedor (es un régimen pro acreedor) que le asigna importantes ventajas (en razón de su simplicidad) en la constitución, desenvolvimiento de la garantía durante la llamada fase de seguridad y ejecución, y es, a la postre, un régimen extremadamente «flexible».

2. La obra se compone de ocho capítulos y tiene un índice verdaderamente agotador. Para comprender mejor el modo de trabajar concienzudo de la autora deben subrayarse las muchas y cuidadas remisiones internas del trabajo. Tal vez se eche de menos en ocasiones (aunque un valor del libro es la dificultad para hallar en él una tacha) la mención de los fines o propósitos del RDL 5/2005, o dicho de otro modo, que se encabecen los capítulos con la descripción de las razones o problemas que iluminan el régimen que después

con tanta minuciosidad se estudia. El Capítulo VIII relativo a las conclusiones es un compendio de las dificultades y razones que se hayan desperdigadas por todo el libro.

En el primer Capítulo (pp. 31 ss.) se examinan los distintos aspectos del régimen jurídico de las garantías financieras en contraste con el que podemos llamar régimen común del Derecho de las garantías entre nosotros. Los problemas principales son tres: (i) la constitución eficaz del «derecho de garantía» (en suma, bajo qué condiciones efectivamente existe un derecho de esta clase oponible al resto de los acreedores) ya se constituya como garantía pignoratícia o ya como transmisión de la titularidad con fines de garantía. (ii) Los derechos opcionales previstos en el RDL 5/2005: en particular, el derecho de disposición a favor del beneficiario con el aliciente de que el activo de reemplazo goza del mismo rango, o el de retirada del excedente o de sustitución del activo gravado por el garante (de nuevo sin pérdida de rango), derechos que alimentan el flujo del crédito y permiten, de modo indirecto, la reducción del coste de prestar garantías (el acreedor desintermedia su posición desde su ejercicio) o el régimen de las garantías complementarias (recuérdese el artículo 1129 3.º CC) en el que, de nuevo, lo relevante es la asignación del «mismo» rango. Y (iii) la ejecución, cuyas reglas han supuesto que la prohibición del pacto comisorio ya no sea una norma de «orden público» entre nosotros (STS 24 junio 2010 [RJ 2010, 5410]). «La ejecución puede llevarse a cabo mediante venta privada, apropiación o compensación mediante aplicación del importe del efectivo al cumplimiento de la obligación garantizada. No hace falta notificar al deudor ni ofrecer plazo de gracia para el cumplimiento de la obligación garantizada» (p. 42).

3. En el Capítulo II se estudian las «condiciones de aplicación del régimen especial». En realidad, lo que se hace es enunciar los rasgos o elementos que permiten la asignación «imperativa» de este régimen. Para ello se recurre a las tres señas de identidad del régimen. En primer término, los sujetos que participan en el negocio de garantía con atención a dos problemas singulares: la pérdida (o adquisición) sobrevenida de los requisitos propios y la pluralidad de acreedores. En segundo lugar, la obligación garantizada que incluye toda clase de obligaciones pecuniarias (pp. 60-61, 63; SAP Barcelona 30 septiembre 2008 [JUR 2009, 94119]); y, por último, el objeto gravado que no puede extenderse a otros activos imaginables por el carácter «imperativo» del régimen que se explica por las ventajas y diferencias que establece frente al régimen común (la especialidad debe ser salvaguardada solo para los casos en que concurren las razones presupuestas por el legislador).

Posiblemente el epígrafe más interesante de este Capítulo sea el 5 referido a «un régimen especial» (pp. 65 ss.), como subraya la tantas veces modificada DA 2.ª LC y varias sentencias que la autora enumera. Es un régimen imperativo: no puede ser elegido por las partes de una garantía cualquiera sino que solo es aplicable (y lo es, además, en todo caso) cuando se consuman sus requisitos propios lo que (como todo derecho, que es siempre posible ejercer o no hacerlo) no impide que la garantía se constituya bajo distintos regímenes (también como prenda ordinaria) y se elija uno distinto por el beneficiario. La razón de fondo es sencilla de entender: «no tendría sentido sistemático ni teleológico que el Ordenamiento permitiera que los sujetos se colocaran opcionalmente en este régimen especial, cuando las condiciones de aplicación del régimen común son imperativas, *precisamente porque los derechos reales externalizan sus efectos en terceros ajenos a los pactos entre partes interesadas*» (énfasis nuestro, p. 66). Se anticipa también (y luego,

Cap V) el régimen de la garantía fiduciaria que, en general, es de contornos inciertos entre nosotros.

4. En el Capítulo III se da cuenta del «objeto de la garantía financiera» o, en otros términos, de los activos gravables. Son tres las cuestiones que se desarrollan, con pulcritud y exacto conocimiento del régimen común del Derecho de contratos además del relativo al mercado de valores: (i) el efectivo, con atinadas reflexiones sobre las aportaciones de nuevos fondos (pp. 79); o el caso *Spanair v. CaixaBank*, AJMer Barcelona, 10, 27 marzo 2012 (AC 2012, 799); o la exclusión de los frutos del efectivo con una acabada síntesis del sentido del artículo 1868 CC; (ii) los instrumentos financieros, en donde señala la interpretación que merece el artículo 2 LMV (excluye los valores no admitidos a cotización, por las razones de liquidez que impulsan la Directiva 2002 y su congruencia con el régimen de ejecución; examina, igualmente, la cartera de valores como activo gravable, cartera que constituye una universalidad de hecho, pp. 96 ss.); y (iii) los derechos de crédito, entendidos como derechos pecuniarios derivados de un crédito otorgado por una entidad de crédito (en sentido estricto) en forma de préstamo o crédito. La extensión a los derechos de crédito no se ha hecho en la ignorancia de la posibilidad de proceder a su titulación, sino justamente para evitar sus dificultades y para aumentar las opciones de los acreedores y, por ende, promover el flujo del crédito (más adelante, da cuenta de las enormes carteras de créditos que tienen las entidades financieras, pp. 242-243).

5. El Capítulo más extenso de todos es el IV, relativo a la «constitución de la garantía financiera y el problema del control». Su extensión tal vez se deba a la fascinación (estaban «obnubilados» señala su maestro en el Prólogo) por el problema del control: tan es así que el Capítulo no comienza por exponer el problema de la «constitución» y el para qué del control, que, según se advierte mucho más adelante (p. 141) sirve a la protección de los «terceros acreedores». Las páginas más precisas son las relativas al sentido y función del desplazamiento posesorio en la prenda ordinaria (art. 1863 CC, pp. 186 ss., que son en suma el presupuesto lógico del sentido del control): en el desplazamiento posesorio lo que asegura la posición del beneficiario (desde la perspectiva jurídica y también desde la consistencia de la propia garantía) es la «desposesión» del garante del activo gravado y lo que promueve una ejecución sencilla (y eficaz desde la perspectiva económica) es justamente el «control» del activo por parte del beneficiario, de modo directo o indirecto y, en todo caso, sin tener que recurrir al consentimiento o cooperación del propio garante o sujetarse a sus instrucciones.

La larga disquisición sobre los distintos modelos de control y su incorporación a varios Estados de la Unión (al margen del modelo, entre otros, del UCC) no son conclusivos respecto al régimen en el RDL 5/2005 (objeto del estudio, pp. 170 ss). El control enlaza con las ventajas que atribuye el RDL 5/2005 al beneficiario (derechos de uso y disposición sobre el activo gravado, ejecución por apropiación siempre que sea comercialmente correcta): «Dichas ventajas están condicionadas fácticamente a que el acreedor esté en [tenga el] control del activo gravado, ya que la falta del acceso inmediato al activo impide disfrutar de estas posibilidades en la práctica por su propia naturaleza» (p. 190). Control que está implícito en la transmisión fiduciaria: siendo titular del bien, el beneficiario goza del control negativo y del positivo (ostenta «todo» el poder de disposición).

Después examina cómo se materializa el control en los distintos tipos de activos según su naturaleza y régimen jurídico propio (Cap IV, 5). En sede de

control del *cash* estudia la prenda de créditos y su régimen de control, singularmente complejo por tres razones: por un lado, la propia naturaleza del derecho de crédito; por otra, la dificultad cuando el acreedor del derecho de crédito no es el propio beneficiario sino un tercero y, por último, el valor que cabe asignar a la notificación al deudor cedido. En el Cap IV, 6 se detalla el régimen de la prenda de créditos, sus dificultades interpretativas, su proximidad con la compensación convencional, y también cómo articular el control para lograr que satisfaga los requisitos propios del RDL 5/2005. Así señala: «Consideramos que la notificación al depositario de la prenda del *cash* es insuficiente a efectos de su constitución como una garantía financiera y que hace falta un acuerdo de control trilateral, entre el depositario, el acreedor y el garante para que la prenda pueda valerse del régimen del RDL. Su exigencia es necesaria para guardar un mínimo equilibrio entre los intereses de los acreedores presentes y futuros del mismo deudor» (p. 236). Concluye el Capítulo con el examen del control en los derechos de crédito, en el que finalmente opta por señalar que basta para la constitución eficaz la identificación de los derechos en la lista que menciona el artículo 8. 2 RDL 5/2005 (p. 247, e igualmente en el régimen de la DA 6.ª LABDE) lo que evita los problemas de los créditos futuros y de las masas de créditos (la notificación en tales casos o es imposible o impracticable por excesivamente costosa).

6. El Capítulo V se dedica a la «transmisión de la titularidad con fines de garantía», que se acompañará de la obligación de retransmitir (los activos u otros de valor equivalente) cuando se cumpla la obligación garantizada. Parece claro que esta transmisión fiduciaria es la figura que mejor se adapta (por el haz de facultades que comprende y la inmediatez en su ejecución) a la búsqueda de liquidez en el mercado (p. 195). Desde luego es más expedita que la garantía pignoratia, que padece «complicaciones» (p. 196) y muchos de los derechos opcionales (naturalmente implícitos) o de las reglas relativas a la ejecución se simplifican sobremanera si se elige esta modalidad (como desarrolla en los epígrafes 3.7 a 3.11).

No obstante, la transmisión fiduciaria carece de un régimen seguro en nuestro Derecho y, por ende, la búsqueda de reglas supletorias se constituye en una tarea harto difícil (como acredita el estudio de la garantía con cambio de titularidad en el sistema español, pp. 258 ss., pese a los esfuerzos de buenos juristas). Para comprender mejor la transmisión fiduciaria se da un repaso a muchas operaciones que guardan estrechas semejanzas con ella (en su utilidad, en su estructura) y que se describen con una sencillez que es muy de agradecer (operaciones dobles, compraventas simultáneas o préstamos de valores).

7. En el Capítulo VI se examina el «derecho de uso y disposición» que regula el artículo 9 RDL 5/2005, del que están excluidos los derechos de crédito y que es naturalmente atribuido al fiduciario. La razón de este derecho es plenamente congruente con los fines generales del régimen de las garantías financieras: propiciar el flujo del crédito, mediante la posibilidad de que se rebaje su coste al poder el beneficiario maximizar los activos gravados. No obstante, hay riesgos, como hace patente la autora. Sobre todo por el lapso que media entre el ejercicio del derecho de disposición y el cumplimiento de la obligación de sustitución por activos de valor equivalente (aunque con independencia de este momento, el rango sobre el activo que sustituye es el mismo que el del activo sustituido). No es un riesgo (pese a la afirmación de la autora, p. 283 y nota 522) la firmeza de la posición de los terceros que adquieran los activos gravados del beneficiario en este caso,

puesto que adquieren de un titular pleno o, al menos, de un sujeto que goza de poder de disposición (no hay caso alguno de disponente desleal que es la raíz del artículo 464 CC). En el caso de las garantías pignoraticias no hay pérdida de la titularidad por el garante, pese a que se atribuya el derecho de disposición al beneficiario, y habrá un mandato o autorización (y entonces, será un disponente con título) (p. 291).

8. El Capítulo VII concierne a la «ejecución de la garantía financiera». En este punto se hace referencia a tres aspectos: las reglas comunes de la ejecución, las particularidades de la ejecución y los excepcionales poderes conferidos al FROB por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, *de reestructuración y resolución de entidades de crédito*. La libertad de ejecución y su sencillez (junto con la relativa inmunidad concursal) es uno de los rasgos que identifican el régimen de las garantías financieras y posiblemente es uno de los más poderosos incentivos para su empleo en el tráfico. Evita, además, la consecuencia indeseada (sin parangón en el régimen de las garantías inmobiliarias) prevista en el artículo 1872 CC de la obligación de dar carta de pago en caso de que el acreedor quisiese apropiarse del bien en caso de dos subastas desiertas.

No obstante el empeño en el RDL 5/2005 por asegurar una ejecución eficaz no pueden hurtarse las reglas generales de impugnación (que no resultan alteradas) ni tampoco la posibilidad por parte de la administración concursal de impugnar su constitución si puede acreditar el «fraude de acreedores» (y no el simple «perjuicio de acreedores») como recogía en la redacción original del artículo 15.5 RDL 5/2005). Se acepta la apropiación como modo de ejecución y el único problema es procurar que sea comercialmente correcta o razonable.

En el caso de los créditos estos «no se venden, ni siquiera son “apropiados” por el acreedor, sino que son ejercitados por éste, como titular o cotitular del derecho de cobro, que se le atribuye ya en fase de seguridad de la prenda, y no como adjudicación solutoria» (p. 302). Entre las particularidades examina, por razones propias del mercado de valores la ejecución de grandes paquetes de acciones cotizadas; y también la posibilidad de pedir la adopción como medida cautelar de la suspensión de la ejecución, que, en general son admisibles, aunque el problema no estribará en la apariencia de buen derecho sino en el *periculum in mora* que debe conciliar los intereses del garante con los del beneficiario (y así el caso Alteco).

9. Muchas de las preguntas que asaltan al lector del RDL 5/2005 tienen en este libro una cabal y precisa respuesta. Otras veces la pregunta sobrevive al libro. Así: (i) ¿por qué tantas divagaciones sobre la noción de «control» y los ulteriores desarrollos en varias disciplinas o modelos (en particular, la extensa consideración del régimen del UCC, régimen que por otra parte construye de un modo absolutamente funcional el sistema de garantías y que tal vez hubiera ofrecido algún argumento suplementario al tiempo de abordar las garantías propietarias)? Sin duda estas divagaciones no carecen de interés, pero son incongruentes (y tal vez innecesarias) en una obra con un decidido propósito de simplicidad. La explicación se ofrece en el propio prólogo: tanto la autora como su maestro estaban «obnubilados» por el problema (p. 29). La utilidad última de esta divagación termina en la imposibilidad de admitir repignoraciones (aunque pueda pignorarse, claro es, un derecho de crédito futuro a la recuperación del activo o del sobrante, pero que no es, en rigor, un problema de doble o sucesiva garantía) que además entorpecerían la

liquidez de la garantía y elevarían el riesgo de convertir la garantía en garantía *subprime* e incrementar el riesgo de contagio sistémico (p. 199).

(ii) Soporta una ambigüedad impropia del libro las afirmaciones que se vierten sobre los casos de pluralidad de acreedores garantizados (beneficiarios) en los casos de préstamos sindicados (cuyo régimen es sustancialmente el propio de las obligaciones mancomunadas, «reputándose créditos o deudas distintos entre sí», art. 1138 CC) y además, tal vez sería preciso primero argumentar sobre el carácter necesario del régimen (Cap. II, 5): por una parte, en lo que se afirma en sede de ámbito subjetivo, en donde se señala que basta que solo uno de los acreedores sea de los sujetos «elegibles» (pp. 54-55) y lo que después se afirma respecto a la posibilidad de ceder a un sujeto no elegible el crédito así garantizado. Lo que importa es si la garantía, al tiempo de su constitución, se sometía o no al RDL 5/2005 y este régimen acompaña a la garantía en caso de cesión o subparticipación (caso de pluralidad de acreedores) e igualmente se aplica si el cesionario reúne las condiciones propias del RDL 5/2005 (p. 53).

(iii) La estupenda elegancia (el buen gusto al desmontar una regla) de que hace gala la Doctora Lyczkowska debe tener sus límites: no cabe considerar como «una curiosa situación» a la contradicción o elusión del sistema de fuentes (p. 211).

(iv) El RDL 5/2005 no prescinde de fijar reglas explícitas sobre la certeza de la fecha a efectos de oponibilidad frente a terceros (p. 36) puesto que basta la constitución del derecho real de garantía conforme a sus requisitos para que deba entenderse eficaz frente a terceros (en particular los acreedores del garante). Si otra fuera la regla, esto es, si hubiera de recurrirse a las reglas «comunes», no bastaría la forma escrita o equivalente sino que debería recurrirse a lo estipulado en los artículos 1218 y 1227 CC.

(v) En la prenda de créditos acogida en la Ley concursal (la única norma sustantiva que la regula específicamente) los requisitos para su constitución eficaz y oponibilidad son los mencionados en el artículo 90.1.6.º LC (justamente por eso no se menciona la prenda de créditos en el artículo 90.2 LC, toda vez que las normas sobre la oponibilidad de la prenda de créditos se acogen en el número 6.º) y en ellos no se menciona en exclusiva el «documento público» (como insiste la autora, p. 123, nota 175 y p. 231) sino que «basta con que conste en documento con fecha fehaciente» (y entonces, art. 1227 CC).

(vi) En la elección entre la garantía pignoratícia y la transmisión de la propiedad se señala como elementos que hacen preferibles las garantías pignoratícias el riesgo de recaracterización (pero se reconocen sus efectos en sus propios términos, art. 6.1 Directiva 2002) y se mencionan unas ignotas diferencias fiscales (p. 196).

(vii) En el caso de transmisión de la titularidad con fines de garantía se constata que el problema de su ejecución puede dejar al albur la regla de la razonabilidad comercial, esto es, la posibilidad de que se consolide la propiedad de un activo de mayor valor que el importe de la obligación asegurada (justamente lo que le importa al legislador es asegurar que el valor del activo apropiado no es sustancialmente superior al valor de la deuda subyacente y no tanto evitar la «apropiación» como medio de ejecución). Para tal caso, la autora propone que cabe solventar el problema con dos mecanismos: la acción rescisoria (*¿*), (supongo que no se referirá a una inexistente rescisión por lesión general y tampoco me parece sencillo argumentar que se trata de una rescisión por fraude de acreedores) o bien la acción para solicitar (o rei-

vindicar) el sobrante del valor (pp. 265-266), que parece, congrega tal vez más obstáculos para su triunfo, de las que pudieran imaginarse.

Estamos de acuerdo con la conclusión general: «La posibilidad de un control judicial *ex post* del pacto o de su ejecución a la luz del principio de razonabilidad comercial es un mecanismo suficiente para garantizar los derechos del fiduciante. Además, es más razonable delegar el juicio sobre la licitud de las condiciones pactadas a un control judicial *ex post* que impedir la apropiación en nombre de la mal entendida prohibición del pacto comisorio, condenando de hecho al contrato de fiducia a un limbo sin reglas ciertas» (p. 267).

10. La capacidad de sugerir del libro es indiscutible: algo a lo que nos tiene acostumbrados la Doctora Lyczkowska (véanse sus comentarios en CCJC 80, 89 ó 91, o el trabajo sobre el 1257 II CC, Aranzadi civil I [2008]). Elijo unos pocos asuntos.

(i) Me parece excelente la distinción entre los requisitos fácticos y normativos (pp. 186 ss.). «Un requisito es fáctico si su inexistencia produce únicamente el efecto de que el negocio jurídico o clase de derecho de que se trata no puede proporcionar a su titular toda la utilidad asociada a la asignación y titularidad de este derecho, pero no afecta a la validez jurídica del título de asignación. Por el contrario, hablaremos de un “requisito normativo” cuando se trate de una condición de validez del negocio jurídico que se pretende celebrar, de forma que la falta de su cumplimiento impedirá la conclusión de dicho negocio de forma jurídicamente eficaz». Con cuanta frecuencia la discusión sobre las garantías (en especial las mobiliarias) gira en torno a problemas de «consistencia» de la garantía, esto es, de su aptitud para servir a los fines para los que se concibe desde la perspectiva económica. La historia de las garantías mobiliarias se desenvuelve por un lado para incorporar activos valiosos a su circulación en garantía (en suma, para maximizar el valor de cualquier riqueza) y por otro, para obtener garantías «consistentes» con sus fines económicos.

(ii) De igual modo, es un acicate para la evolución del modo de legislar en España la delicada (y a menudo abrumadora) corrección de una norma empantanada en defectos gramaticales y de traducción tan notables que nos ofrece la autora. En realidad podemos decir que este libro ofrece la «relectura» apropiada (aunque tenga interpretaciones discutibles son todas ellas razonadas y plausibles) del RDL 5/2005. En ocasiones el legislador olvida que las reglas, las normas, son también actos comunicativos. La incorporación a nuestro Derecho de Directivas comunitarias no puede reducirse a la transcripción literal de unos preceptos en otros sino que exige detenerse en el Derecho en el que se inserta (y conocerlo) y también en la realidad económica y práctica que tratan de ordenar (más aún en una materia, la de las garantías financieras, imbuida de reglas propias, de singulares expresiones, de lugares comunes que conviene conocer, ya sea para repudiar, para ordenar o para olvidar; así, por ejemplo, sobre el *cash settlement*, p. 57, o el requisito del doble escrito, respecto al acuerdo de garantía y a la aportación, p. 124; o el modo de entender válidamente aportado el activo, p. 177).

(iii) Los regímenes especiales no son, no pueden ser, decisiones arbitrarias del legislador o que no dispongan de una justificación suficiente: debe haber razones suficientes y proporcionadas que expliquen por qué otros acreedores sobre otros activos o sobre los mismos activos pero sin sus características tiene que someterse a reglas menos expeditas para sus derechos, tanto en su ejecución como en su inmunidad concursal (no es preciso, como

tantas otras veces, recurrir a un inexistente normativamente, principio de la *par condicio creditorum*, p. 46, nota 20).

11. La autora ha prescindido de la división entre ramas y, en la estela de su maestro, aborda el «problema» como problema, abstraída de si pertenece o deja de pertenecer a las áreas de conocimiento en que nos han encastillado (esto sí son verdaderos nichos), asunto éste que tiene un excelente campo de juego en la propuesta de Código mercantil (léanse las medidas palabras de Fernando Gómez Pomar en el editorial «Un nuevo Código», *Indret* 3 [2013]). Y lo hace con un notable conocimiento de la disciplina del Derecho de garantías (que exige, claro, conocer el entramado del Derecho de contratos) en el Derecho común. Lo ha hecho, además, en la nebulosa de un «horizonte de incertidumbre conceptual» (Prólogo, p. 24) y ha salido airosa del envite.

No era imprescindible examinar separadamente el régimen concursal de las garantías financieras (no tienen un capítulo propio) pero en la práctica los aspectos primordiales del régimen de la «relativa» inmunidad concursal son tratados con análoga profundidad (no es preciso divagar sobre qué se entiende por «fraude de acreedores» en sede del artículo 15.5 RDL 5/2005, basta recordar el análogo artículo 10 LMH, que produce un mismo propósito de fuga a la disciplina especial por parte de los acreedores profesionales) y son muy valiosas sus reflexiones sobre las medidas cautelares (caso Alteco).

La fidelidad a su maestro es encomiable y pocas veces se materializa en una diferencia, así ocurre finalmente en sede de oponibilidad en el concurso de las prendas sobre créditos futuros (p. 254 y nota 448) en las que opta, razonablemente, por entender que debe asignarse a las garantías financieras la misma regla que se predica, normativamente, de las prendas de crédito instrumentadas mediante prendas sin desplazamiento de la posesión, pese a que la diferencia carezca de coherencia legislativa, que condena a las prendas de créditos futuros a instrumentarse en exclusiva como prendas sin desplazamiento.

Este libro es, a mi entender, y por méritos propios, la referencia principal en el Derecho de las garantías financieras en España.

José Ramón GARCÍA VICENTE
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

MOREU BALLONGA, José Luis: *La ocupación explicada con ejemplos*, Reus, Madrid, 2013, 319 pp.

En los albores del siglo XXI y en el marco del Derecho civil son pocas las materias que escapan a tratamientos recurrentes que pretenden aportar luz a las sombras que sin duda cualquier institución guarda. Pero este fenómeno, común a cualquiera de las disciplinas jurídicas, parece ser ajeno al tema de que trata el libro objeto de revisión. De la ocupación y los hallazgos, sólo unos pocos autores se han atrevido a escribir en las últimas décadas, circunstancia que bien pudiera justificarse si se tiene en cuenta el exhaustivo tratamiento que de la materia hizo el profesor Moreu Ballonga en su monografía de casi setecientas páginas, *Ocupación, hallazgo y tesoro*, 1980, calificada por el profesor Lacruz como el «libro más completo y documentado que existe sobre el tema en la literatura universal». Después de la publicación de esta obra, al que ha de serle reconocido el merecido logro de contener una

teoría general de la ocupación basada en una reelaboración crítica, todavía no formulada hasta ese momento, su autor, catedrático de Derecho civil en la Facultad de Derecho de Zaragoza desde 1990, ha vuelto a escribir y publicar en otras ocho o nueve ocasiones más sobre derivaciones del tema de la ocupación y hallazgo y, en particular, sobre hallazgos históricos artísticos. Publicaciones las citadas que se enmarcan en la línea de investigación sobre los modos de adquirir la propiedad que, junto con la del Derecho de aguas y a la del Derecho civil aragonés, han merecido la dedicación preferente del profesor Moreu en las últimas décadas. Publicaciones que con el libro *La ocupación explicada con ejemplos* parece que su autor quiera poner fin encontrando en esta obra la ocasión propicia para despedirse del tema. No otra cosa parece deducirse de sus palabras cuando afirma en el prólogo «casi con seguridad, va a ser este libro que aquí prologo, el último que en mi vida publique sobre la ocupación». Aunque esto que voy a decir contradiga los deseos del autor, espero que no sea así y el tiempo me dé la razón. Creo, sin temor a equivocarme, que la ocupación constituye para el autor no sólo un trozo de su vida sino también el campo de batalla del que salió forjado como el investigador laborioso y exhaustivo que todos reconocemos; no creo que le sea fácil escapar al poderoso influjo que esta institución debe ejercer sobre él.

Centrándonos en la monografía *La ocupación explicada con ejemplos*, de ella destacaría dos logros: por una parte, fiel al tratamiento profundo y riguroso de la materia al que su autor nos tiene acostumbrados, el libro aporta nuevas reflexiones que aun vertidas sobre temas ya tratados por el autor, suscitan en el lector un inmediato interés por su sugerente y novedoso tratamiento. La ocupación y los inmuebles mostrencos, la propiedad privada y la copropiedad, la posesión, la usucapión, las adquisiciones a non domino, la accesión, el hecho y el acto jurídico, el objeto de los derechos subjetivos, el concepto de universalidad, la expropiación y su objeto, la prescripción y la caducidad, la incidencia de las autorizaciones administrativas en las relaciones privadas, los derechos sobre aguas, los derechos sobre bosques de comunidades de vecinos, las obligaciones legales, el concepto legal de «premio» y hasta los títulos valores al portador, son merecedores, una vez más, de las agudas observaciones del autor.

Pero si el primer logro al que hemos hecho referencia no constituye, en mi opinión, una novedad ya que no otra cosa se podía esperar de un consumado especialista en ocupación y tesoro como es su autor, sí en cambio considero primicia el segundo objetivo alcanzado en la obra en cuanto que, por primera vez, el autor tiende los puentes de conexión entre la complejidad dogmática de un tema como la ocupación y las nuevas exigencias impuestas por el Plan Bolonia para la docencia de la misma. Como resultado, el lector encontrará un material valioso que servirá como herramienta en el aprendizaje de esta compleja materia, atendiendo cumplidamente a la satisfacción de los nuevos objetivos del marco docente actual. A partir de veinte supuestos concretos, algunos inventados, otros sacados de la jurisprudencia española o extranjera, el autor ofrece, desde una perspectiva práctica, una herramienta pedagógica, instrumental para la comprensión del concepto de ocupación al servicio de los intereses de docentes y discentes.

A través del estudio de los casos que incluye el libro, el profesor Moreu enfrenta una situación concreta con el modelo teórico que pudiera ofrecer las estrategias de solución del supuesto planteado, guiando al lector hacia las soluciones que dan la respuesta más adecuada según su planteamiento. Todo ello en el marco de lo que para el discente puede ser un elemento de confu-

sión a veces contradictorio, como son las críticas, teóricamente bien fundadas en el terreno doctrinal, de que algunas de las soluciones que sostiene el autor han sido objeto y bien recogidas en la obra. En un escenario de interpretaciones opinables y defendibles, el libro sitúa al alumno en un contexto de aprendizaje que favorece y desarrolla la comprensión del concepto de ocupación que sostiene el autor a la par que le facilita las herramientas necesarias para su discusión y razonamiento.

En todos los casos que se recogen en la obra está presente la idea del autor de ilustrar al alumno sobre la bondad y utilidad de su construcción sobre la ocupación como un concepto amplio y nuevo que incluye, entre otros supuestos discutidos, el tesoro y el hallazgo. Construcción que, como menciona el autor al principio del libro, en la nota 1.^a del mismo, ha sido aceptada sustancialmente por su maestro, el profesor Lacruz, y otros tres prestigiosos civilistas, manteniéndose algún otro dubitativo sobre la cuestión. Para el autor, como es ya conocido, la ocupación en el Código civil no es sólo la toma de posesión de una cosa sin dueño con *animus possidendi* o de dominio, sino, además del modo de adquirir los animales susceptibles de caza y pesca y aquellos a los que se refiere el artículo 612 CC, el modo de adquirir por el hallador en caso de hallazgo, así como desde luego el modo de adquirir el tesoro. En todos estos casos se adquiere por ocupación porque falta un dueño; pero esta falta de dueño no significa para el autor que no exista éste sino que no está presente ni presumiblemente existirá o bien, aunque acaso exista, es casi seguro que no aparecerá ni reclamará su cosa. Según su opinión, ocupar una cosa es llegar primero a ella en la forma precisa para adquirir la propiedad, forma que puede ser la toma de posesión, pero sin despreñar otros actos. Así el tesoro u otro hallazgo consignable oculto se ocupan no aprehendiéndolos sino mediante su invención o descubrimiento; los derechos reales sobre ellos pertenecen al que descubre el tesoro o la cosa oculta, aunque no sea quien la ha aprehendido: más normalmente será quien la vea primero mientras que la cosa abandonada o presumiblemente sin dueño o el tesoro ya no oculto pertenecen a quien primero los coge, es decir, toma posesión de ellos. Para el autor, la razón de esta diferencia de trato reside en que en cada caso, el acto decisivo para la ocupación es el jurídicamente significativo; categoría que generalmente se corresponde con «lo difícil». Lo difícil en el hallazgo oculto es el descubrimiento mientras el mero hecho de ver una cosa perdida o sin dueño, que podría ver o coger cualquier que por así pasase, no es bastante significativo

En cuanto a la estructura de la obra, los casos sobre el tesoro ocupan un número importante de páginas. Aunque algunos de ellos fueron objeto de estudio en la colaboración del autor en el Libro Homenaje al profesor Lacruz, publicado en 1992, a todos ellos los somete a un nuevo enfoque que, manteniendo el rigor científico, los hace más próximos al lector teniendo en cuenta la finalidad de aprendizaje que se persigue. Son casos de estructura clara y fácilmente comprensible que, sin obviar las distintas posiciones doctrinales sobre el asunto a tratar, ofrecen una solución razonada a la vista de los criterios de interpretación y las fuentes históricas. En el caso n.º 1 *Un tesoro bajo las tejas* se presenta la pugna entre el que alega un *corpus* y un *animus* de adquirir sobre el tesoro descubierto y el que prueba que es su descubridor, inclinándose el autor por reconocer el derecho a reivindicar el tesoro a éste último fundado en la eficacia adquisitiva del hecho jurídico anterior que es el descubrimiento. Postura no unánime que viene enriquecida con las críticas recibidas que sostienen que el modo de adquirir no es por esa vía sino por la de un premio legal similar al del artículo 616 CC.

Es conocida la opinión del autor que, en este sentido se aparta de la doctrina recibida en nuestro país, de que el tesoro ha de ser antiguo, *vetus*. Pues bien, con el caso n.º 7 *El tesoro solo aparente* el autor afronta la cuestión del éxito de la reivindicatoria sobre un tesoro sólo aparente, es decir, de cosas antiguas, a favor del que alega ser su dueño (se trata de una colección privada de monedas que había sido robada y que, localizada en un momento posterior, el dueño la reclama del descubridor). En palabras del autor, «La falta de dueño de una cosa encontrada no es suficiente fundamento para su adquisición, será siempre necesaria una razón jurídica sustantiva u objetiva (antigüedad, falta de sueño constatada *ex* artículo 615) para fundar una adquisición irreversible de la propiedad de la cosa encontrada», declarando con ello el éxito de la reivindicatoria, cuando no se dé esa específica forma de falta de dueño, del que pruebe que es el dueño. La falta de dueño de la cosa no puede depender directamente de la apariencia, de las circunstancias del hallazgo, de que depende en cambio la directa ocupabilidad o consignabilidad ante el alcalde de lo encontrado.

Mantiene alguna similitud con estos casos el ejemplo 15.º *Paquete de cera ocultando lingotes de oro*. En este caso, el profesor Moreu considera que el que descubre los lingotes que están dentro del paquete de cera comprado no puede calificarse como descubridor de un tesoro porque, aunque hubiera descubierto una cosa vacante de posesión valiosa, faltaba en los requisitos del tesoro el que la cosa fuera falta de dueño por su antigüedad como depósito. No estaríamos ante un verdadero tesoro *nullius* o de dueño inhallable; los lingotes serían o cosas halladas restituibles a su dueño actual conocido o, de no admitirse tal, estaríamos ante un hallazgo de cosa presumiblemente perdida de dueño hallable, lo que justificaría la consignación, admitiendo en definitiva el éxito de la reivindicatoria del hijo del que fuera dueño de los paquetes por ser aquél poseedor civilísimo. En este caso, el autor hace un recorrido sobre los posibles argumentos a favor de la adquisición del adquirente de los paquetes de cera destacando la negativa fundada a reconocer tanto una posible usucapación ordinaria de tres años del que tuvo los lingotes en su caja fuerte como la posibilidad de la usucapación extraordinaria de seis años.

Para terminar los casos del tesoro, el ejemplo 16.º *Tesoro descubierto por uno de los copropietarios de la finca*, ofrece un supuesto suficiente ilustrativo de los problemas que puede generar la partición del tesoro descubierto.

Son también bastantes los casos que el autor dedica al hallazgo, mostrando que el hallador descubridor, si la cosa hallada no tenía dueño, la adquirirá por ocupación desde el primer momento si era consignable y, si lo tenía, la adquiere pasados dos años sin reclamación, automáticamente, frente al ocupante primero pero no descubridor, en un supuesto de adquisición *ex* artículo 615 CC. En el ejemplo 2.º *Un hallazgo consignable bajo las tejas* se aborda este tema en donde lo descubierto es una caja con una fuerte suma de dinero. Consignada en la alcaldía por persona distinta del hallador descubridor, el autor vuelve a reconocer la adquisición del descubridor por ocupación frente al ocupante y consignante en un supuesto de adquisición *ex* artículo 615 CC.

Para el autor este planteamiento no se altera y la cosa oculta absolutamente ignorada debe considerarse vacante de posesión aunque esté dentro del ámbito genérico de posesión de algún sujeto. Ilustra este supuesto el ejemplo 6.º *Pendientes de brillantes entre los trapos de una trapería*. En este caso, encontrados los pendientes por un empleado entre los trapos, no cabría alegar que la empresa había tenido una voluntad genérica de adquirir la pro-

piEDAD de esos objetos preciosos ni que se la considerase adquirente por ocupación de los mismos desde que le entregaron los trapos ni que los empleados puedan considerarse representantes en el hallazgo de las empresas correspondientes ni como servidores de su posesión.

Especial interés suscita en la obra el tratamiento de las cosas olvidadas, supuesto del que trata el ejemplo 4.º *El maletín olvidado en un bar*. En modo paralelo a lo explicado en relación con los hallazgos ocultos, el autor sostiene una aplicabilidad amplia en principio de la ocupación *ex* artículo 615 CC a las cosas olvidadas que cree deben ser consideradas a priori cosas vacantes de posesión. En este caso, consignado el maletín olvidado en el bar, tras el interés mostrado por el propietario en recuperar la cosa, el autor entiende que éste no tendrá que pagar el premio de restitución al consignante al no tratarse de una cosa perdida; mientras que dicho argumento no bastaría para fundar la reivindicabilidad del maletín tras la adjudicación *ex* artículo 615 CC al hallador consignante.

El tratamiento de que el hallazgo se realice por un menor aparece en el ejemplo 17.º *Hallazgo de cosa consignable por un niño al cuidado de amigos de los padres*. Consignada una joya encontrada en un parque por un menor por los padres de otro menor que cuidaban del niño hallador por ser amigos de sus padres, el autor decide reconocer la inicial adquisición por ocupación *ex* artículo 443 y 615 CC, ocupación sin *corpus*, sin *animus* y sin *res nullius*, a los padres del niño hallador en cuanto representantes legales del menor, siendo este el verdadero adquirente, por tanto, al tratarse de una cosa con dueño pero no conocido y consignable; el supuesto entraba en el ámbito de aplicación del artículo 615 CC.

Especial atención merece para el autor el problema complejo de que, aparecido el dueño del hallazgo, a quién correspondería el premio por la restitución de éste, si al consignante ante la Alcaldía o al hallador, siendo personas distintas. En el ejemplo 3.º *La restitución a un ocultante*, el profesor Moreu defiende que sería al primero al que le correspondería el premio defendiendo un ámbito amplio de aplicación del artículo 615 CC a las cosas encontradas ocultas junto a una aplicabilidad más restrictiva del artículo 616 CC. Mientras la teoría de la ocupación, se defiende en la obra, debe construirse sobre la noción de cosa encontrada y contemplar el supuesto desde la perspectiva del hallador, la teoría del premio por la restitución, en cambio, debe construirse sobre la noción de cosa perdida y contemplar el supuesto sobre la perspectiva del perdedor y de sus posibilidades de recuperación de la cosa.

En el ejemplo 5.º *Derelicción de un collar de perlas por despecho*, se aborda el tema de la adquisición de una cosa *nullius* consignable. El autor afronta la polémica de si adquiere o no la propiedad por ocupación el ocupante directo e ilícito de una cosa *nullius* consignable, entendiendo que en este caso no adquiriría la propiedad frente a la postura de Pantaleón que considera que sí. Si no adquiere *ex* artículo 615 CC el hallador consignante ilícito, que ha incumplido algunos de los requisitos de ese artículo 615, con mayor razón deberá dejar de adquirir quien ocupa directa e ilícitamente la cosa consignable sin dueño.

También se plantea si adquirirá por ocupación el hallador honesto que consigne la cosa *nullius* consignable entendiendo que sí al no requerirse *animus* alguno de adquirir aunque, en opinión del autor, acaso pueda entenderse toda adquisición por ocupación como sometida a la condición resolutoria de que falte el *animus* de adquirir. Sostiene que la licitud de la ocupación ya sea directa, ya cuando es a través del artículo 615 CC, en su caso constituye justo título para la usucapión ordinaria.

Fiel al concepto amplio de ocupación que mantiene el autor, que incluye el modo de adquirir los animales susceptibles de caza y pesca y aquellos a los que se refiere el artículo 612 CC, la obra ofrece al lector varios supuestos en donde se tratan diferentes supuestos de adquisición y pérdida de animales *ex* artículo 612.3 CC: ejemplo 8.º *La peligrosa aventura de un loro, un perro y un ciervo*; ejemplo 14.º *Ocupación de ciervo amansado vagando suelto*. El autor afronta con estos casos la inteligencia del artículo 612.3 CC admitiendo, desde razones históricas y teleológicas, que el precepto no se refiere a los animales amansados poseídos sueltos sino solo a los animales amansados habitualmente poseídos encerrados que se escapan. La ocupación de los primeros tendría que realizarse como las cosas inanimadas encontradas, por la vía de los artículos 610 y 615 CC.

En cuanto experto el autor en el régimen jurídico de los inmuebles faltos de dueño, bienes mostrencos, el libro recoge en los ejemplos 9.º *El doble dueño del mostrenco falto de dueño*, 10.º *Tierras forestales sin dueño al desaparecer un pueblo invadido por un embalse*, 11.º *La cesión forzada de inmueble por una anciana solitaria como posible mostrenco y ejemplo* 12.º *La laguna de Gallocanta como posible bien mostrenco*, supuestos tomados de la jurisprudencia en donde se plantea el enfoque del tema desde una doble perspectiva legal: la solución del caso bajo la Ley del Patrimonio del Estado de 1964 y la ofrecida por la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003. Sin duda, se recomienda la lectura de estos casos en cuanto da idea de la situación de los bienes mostrencos en España, destacando por parte del autor la mala reforma legal llevada a cabo por el legislador del 2003, en su opinión, fruto de la exclusiva intervención de juristas sólo con formación administrativista, que se atreven a legislar sobre temas de enjundia civil y complejos que suelen tener una historia detrás que hay que conocer para legislar competentemente.

También el libro ofrece en los ejemplos 18.º *Los «premios» en los hallazgos arqueológicos de muebles «interesantes»* y ejemplo 19.º *Sobre el «premio» debido en caso de inmueble arqueológico «interesante» para el PHE*, casos muy interesantes basados en supuestos sacados de la jurisprudencia sobre hallazgos de interés artístico, histórico o arqueológico.

Haciendo una valoración general de la obra entiendo que nos hallamos ante un trabajo novedoso por el esfuerzo metodológico empleado por el autor en el tratamiento de una institución clásica en el Derecho civil como es la ocupación, adaptándola al nuevo marco docente. Una obra para los docentes al servicio de los discentes, advirtiendo que por la complejidad del tema tratado y por la profundidad con la que es afrontado, la utilización de la misma por parte de éstos precisará, en mi opinión, de una especial orientación. De faltar ésta cabe la posibilidad de que por las razones apuntadas, caigan en un estado de confusión y desmotivación que frustraría el logro de los objetivos que el autor pretende con la enseñanza y aprendizaje de la ocupación a través del método del caso.

Y si como anuncia el autor, esta obra va a ser la última que publique sobre la ocupación, sirva mi reconocimiento como digno punto final a su excelsa aportación al estudio de la misma.

Ascensión LECIÑENA IBARRA
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Murcia

THOMALE, Chris: *Leistung als Freiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, 467+XXXVII pp.

«Prestación como libertad» es el título que Chris Thomale ha escogido para una obra en la que, con la loable intención de dar una respuesta más clara y homogénea a la extinción de las obligaciones por prestación y a la restitución de las prestaciones injustificadas, propone un nuevo concepto de prestación. La tesis que pretende demostrar es que, para que haya prestación, no es suficiente con llevar a cabo el comportamiento debido, sino que además hace falta una voluntad *negocial*, por parte de quien presta, de querer extinguir el crédito; de este modo a la prestación le serían aplicables las reglas de las declaraciones de voluntad negociales (validez, impugnabilidad), tanto en el contexto de la regulación del pago (prestación para cumplimiento) como en el del derecho de enriquecimiento (restitución de la prestación por falta de causa jurídica). Exigiendo que la prestación se acompañe de una voluntad negocial de extinguir el crédito, el autor pretende superar algunos problemas típicos del cumplimiento de las obligaciones (equivocaciones, sujetos interpuestos, imputación de pagos, etc.) y, sobre todo, aspira a dotar al derecho de enriquecimiento alemán —especialmente complejo en las relaciones triangulares— del grado de simplificación y seguridad jurídica que hace tiempo viene necesitando; además, reducir el grado de complejidad con que ha sido tratado hasta ahora supondría un importante paso adelante en el acercamiento a otros ordenamientos, en el contexto de la preparación de un Código civil europeo.

Los principales fines del trabajo son ambiciosos: dar una nueva proyección a la teoría del negocio jurídico, utilizarlo para dar una explicación inteligible a las relaciones triangulares del derecho de enriquecimiento, y reconciliar la regulación del pago y la del derecho de enriquecimiento dando un tratamiento *negocial* unitario al concepto de prestación. Aunque la última parte del trabajo se centra con cierto detenimiento en las relaciones triangulares del derecho de enriquecimiento, tanto por su complejidad como por su relevancia en conflictos que pueden considerarse cotidianos (ordenes bancarias, por ejemplo), no se trata de una obra que gire en torno a la resolución de un problema sectorial, más o menos importante. Su propuesta de simplificación en esta materia es el corolario de una serie previa de decisiones dogmáticas relevantes que, por provenir del ámbito más general de los conceptos o principios (prestación, declaraciones de voluntad, negocio jurídico), permiten ofrecer una visión más coherente y sistemática del Derecho de obligaciones.

Lo primero que se pregunta es si el concepto de prestación se agota en el mero comportarse de acuerdo con lo previsto en la obligación —comportamiento al que le ley liga la extinción de ésta—, o si además exige, para producir el efecto extintivo, la existencia de una declaración de voluntad negocial por parte del prestador —unilateral, por tanto— que relacione la prestación con el crédito que se quiere extinguir. Este es el arranque del trabajo y su puerta de comunicación con la teoría del negocio jurídico: si se acepta que la voluntad de extinguir es parte de la prestación y que constituye una declaración negocial, los conflictos típicos del pago podrían resolverse con las reglas propias de las declaraciones de voluntad negociales. Su atractivo como hipótesis es que, no sólo conseguiría resolver de modo satisfactorio algunas cuestiones importantes que hasta la fecha —en opinión del autor— no han recibido una solución adecuada, sino que se trataría de una solución apoyada en uno de los fundamentos del sistema, como es la doctrina del negocio jurídico y su presupuesto, el principio de libertad patrimonial (de aquí el título de la obra).

Si la «determinación extintiva» –una traducción algo forzada de *Tilgungsbestimmung*–, esto es, la voluntad de extinguir forma parte de la prestación, tanto si se trata de cumplir la prestación debida como de restituir la prestación indebida, se entiende que el concepto mismo de prestación queda ligado de otro modo al principio de libertad (de quien realiza la prestación).

Precisamente, el primer gran reto al que se enfrenta el trabajo es tratar de demostrar que la «determinación extintiva» es un requisito esencial y negocial del concepto de «prestación» (pp. 5 y ss.) y, en mi opinión, la generosa argumentación del autor no resulta suficiente para convencer de que el carácter negocial de la prestación (libre, autónomo, impugnabile, etc.) sea una *necesidad* de coherencia en el sistema del BGB, aunque ciertamente permite resolver algunas cuestiones de modo más satisfactorio. Cuando se discrepa de la opinión dominante, como hace el autor, resulta prudente extremar los argumentos que le llevan a ello, pues de otro modo podría dar la impresión de que es la bondad de la meta a la que se quiere llegar la que justifica ese proceder.

Salvadas las distancias entre ordenamientos, en nuestro ámbito también se ha planteado la cuestión sobre si el *animus solvendi* (un modo clásico de referirnos a esa voluntad extintiva) es requisito esencial del pago. Y me parece plenamente acertada la reflexión de Díez-Picazo, cuando afirma que en el fenómeno del pago la voluntad del deudor (su *querer pagar* subjetivo), salvo desde su exclusiva perspectiva, no merece una especial valoración por parte del ordenamiento jurídico: «Ello se comprende, de manera especial, si se tiene en cuenta que, para la eficacia del pago, se requiere más la objetiva existencia de la deuda que la libertad y espontaneidad de la voluntad de cumplir. Es usual y por nadie discutida la idea de que los vicios de la voluntad negocial no son aplicables al pago y que, si se valora el error (cfr. art. 1895 CC), no es en cuanto vicio del cumplimiento, sino en la medida en que se produce un desplazamiento patrimonial que carece de justificación» (Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II, 4.^a ed., Madrid: Civitas, 1993, pág. 475). Creo que esta idea sigue plenamente vigente en nuestro ordenamiento. Claro que Thomale es plenamente coherente con su planteamiento, y si defiende un tratamiento negocial del pago es porque está dispuesto a aceptar que sea impugnabile.

El autor entiende que esa «determinación extintiva» se atribuye al que presta fundamentalmente porque corresponde a su voluntad (paga porque quiere extinguir y para extinguir), pero no es éste el único criterio por el que puede y debe atribuirse la declaración al declarante; existen otros títulos de atribución –más o menos relacionados con la apariencia creada por la declaración– que, cuando se dan, se prefieren a la voluntad interna. La investigación concluye que las declaraciones de voluntad se atribuyen a quien declara no sólo en caso de que correspondan a su voluntad, sino también por la violación de los deberes de cuidado del declarante al declarar, cuando su falta de diligencia provoca una apariencia de voluntad que no se corresponde con la voluntad real. La respuesta del ordenamiento para el que declara en contra de su voluntad debe ser –al menos, inicialmente– la de atribuirle «normativamente» lo declarado, sin necesidad de acudir a la institución de la *culpa in contrahendo*. Pero esa primera atribución podría no ser definitiva. Coherente con su concepción negocial de la prestación, cuando se trate de uno de esos casos en los que la atribución normativa de la voluntad de extinguir se prefiere a la voluntad real del declarante (por apariencia de poder, por distancia en la contratación, por error al declarar, por cambio de voluntad, por el horizon-

te objetivo de comprensión del receptor, etc.), éste debería contar con un derecho a impugnar esa declaración, para evitar que le sea definitivamente atribuida; y el receptor de la declaración debería disponer del derecho a que el declarante quede obligado en los términos realmente queridos, emitiendo frente a éste una declaración (potestativa) en dicho sentido.

Si ninguna de las partes conforma la declaración que no corresponde a la voluntad interna, el declarante podría quedar ligado a la declaración de voluntad no querida. Estas reglas son igualmente aplicables a la voluntad de extinguir que ha de acompañar a la prestación: la extinción puede atribuirse porque el prestador la ha querido «interior» o «realmente», pero también puede atribuirse «normativamente» por el hecho de haber creado el prestador la apariencia de que comunicaba lo que quería.

Para el autor, la dialéctica entre «voluntad interna» y «declaración externa» se resuelve reconociendo que la declaración de voluntad es realmente una *declaración externa conformada por una voluntad*, declaración que *puede* ser jurídicamente atribuida por corresponder a la voluntad de quien declara, pero que *no debe* atribuirse sólo en ese caso (pág. 66); la responsabilidad por la apariencia creada es también parte de la doctrina de las declaraciones de voluntad negociales, y no un instituto independiente que entre en conflicto con ésta (pág. 89); es algo compatible con el principio de autonomía privada, y no opuesto a éste.

Tengo la impresión de que este intento de reforzar la voluntad «interior» de extinguir, a la vez que se reconocen un buen número de supuestos de atribución «normativa» de la extinción, no aportaría apenas novedades a la concepción del pago entendido como acto debido al que la ley liga el efecto extintivo, si no fuera porque, por ese pretendido carácter negocial, permite impugnar la declaración. Ahora bien, ¿qué interés tiene ese querer dar mayor libertad al deudor en el pago? ¿se trata únicamente de que viene bien para resolver algunos supuestos concretos, como la imputación de pagos, o algunos conflictos en relaciones triangulares, o es más coherente con el principio de libertad? Si se paga lo que se debe, aunque no se quiera extinguir el crédito, ¿por qué debería preferirse la impugnación del pago frente al derecho del acreedor a recibirlo? ¿no es suficiente el cumplimiento del comportamiento debido para atribuir normativamente al que presta la voluntad de extinguir? ¿por qué debería ser necesario reprochar algo al declarante –falta de cuidado en la declaración– para atribuirle lo declarado, cuando no coincida con lo querido?

Pero retomemos la argumentación del autor. Para demostrar que esta declaración de voluntad forma parte integrante del supuesto de hecho de la prestación, analiza las diversas concepciones del concepto de prestación, y concluye que es preferible presentarla como un comportamiento *finalizado*, esto es, puesto en relación con el fin –extintivo– al que está llamada, fin que formaría parte del concepto de prestación gracias a la esa voluntad negocial de extinguir. Desde esta perspectiva, toda prestación, para poder serlo, resulta necesariamente *solvendi causa*, y esto –por la tesis de la unidad: el concepto de prestación ha de ser unitario, homogéneo– tanto en la regulación del pago como en la del enriquecimiento injustificado.

El autor defiende que esta idea es especialmente apropiada para poder explicar con mayor sencillez y coherencia la *Leistungskondition* de los párrafos 812 ss. BGB. Si también aquí la «prestación» requiere una declaración de voluntad negocial del prestador, por el que éste atribuye el «pago» (formal o meramente material) a un crédito para extinguirlo, «prestador» (y por

tanto legitimado activo en la *Leistungskondition*) será quien realice esa declaración de voluntad, o aquel a quien pueda atribuirse conforme a los principios generales de la teoría del negocio jurídico (voluntad y responsabilidad por apariencia). El que paga o presta ha podido referir su pago o prestación a un crédito del acreedor que no existe (ya no existe, no existe aún, o no ha existido ni existirá), es nulo o ineficaz, y en todos estos casos dicho crédito no sirve de «razón jurídica» (*rechtlicher Grund* en el § 812 BGB) para justificar el desplazamiento patrimonial.

Ahora bien, si la prestación cuya restitución se reclama mediante la *condictio* ha de ser siempre una prestación *solvendi causa*, puesto que ha de ir acompañada de la voluntad de extinguir el crédito al que se refiera, la *Leistungskondition* no podría encargarse de prestaciones que no sean extintivas. Esto obliga al autor a dar alguna explicación para la *condictio causa data causa non secuta* (o la *condictio ob turpem vel iniustam causam*), que el BGB regula junto a aquélla. En su opinión, la mencionada *condictio* supone en sí una institución contradictoria, pues requiere un acuerdo de naturaleza contractual que, en caso de conflicto, debería resolverse por las reglas del derecho de contratos, y no por el derecho de enriquecimiento; por lo demás, los problemas que está llamada a resolver se pueden resolver hoy, con mayor coherencia dogmática y sistemática, bien desde el derecho contractual, bien desde la institución de la desaparición de la base del negocio, bien desde la *condictio indebiti*. En la interpretación del autor, la *condictio* de prestación (del § 812 I Alt 1 BGB) exige que la prestación cuya restitución se pretende se haya relacionado por medio de la correspondiente «determinación extintiva» con un crédito que no existe, que es nulo o ineficaz. Claro que esto no es precisamente un hallazgo ni una sorpresa desde la perspectiva de nuestro ordenamiento, puesto que se trata precisamente del papel que juega entre nosotros la acción de nulidad, al menos en la comprensión mayoritaria y más razonable de la misma, que amplía su ámbito de aplicación a todos los supuestos de ineficacia contractual en sentido amplio (incluida la nulidad).

Este discurso permite al autor proponer soluciones más homogéneas y claras en los conflictos triangulares. Desde la perspectiva de las prestaciones realizadas por quienes disponen sin estar legitimados pero con eficacia en el plano jurídico real, las soluciones dependen fundamentalmente de que sepamos plantear bien la pregunta: «quién quiere pagar el crédito de quién». Así, el delegado quiere cumplir típicamente el crédito que tiene frente al delegante y éste el crédito que tiene frente al delegatario. Por ello, aunque el desplazamiento efectivo haya tenido lugar entre el delegado y el delegatario, el pago o la restitución tendrán lugar entre aquéllos. Resulta más problemática la liquidación del contrato a favor de tercero, en la medida en que se discute si es el estipulante o el beneficiario quien ostenta el derecho de crédito (también en Derecho español se advierten ecos de este desacuerdo). Si el contrato proporciona al beneficiario un verdadero derecho de crédito, y no sólo una acción (en el caso español se acepta que el beneficiario es titular de ese derecho), el promitente paga al tercero y, llegado el caso, reclama la restitución directamente de éste. También las prestaciones que extinguen créditos cedidos han de resolverse con la *condictio* de prestación del deudor frente al titular aparente del crédito; no importa contra quién se haya dirigido el crédito, ya que también el tercero puede pagar deuda ajena en nombre propio y, cuando lo hace, presta al acreedor, y si el crédito no existe, debe exigir a éste la restitución.

Lógicamente, las herramientas que encontramos en los dos ordenamientos, alemán y español, abstracto el primero y causal el segundo en cuanto al control de los desplazamientos patrimoniales, no pueden ser las mismas porque no comparten los principios, pero en la mayoría de ocasiones el resultado final sí será el mismo. Por eso no puede extrañar que las soluciones propuestas por Thomale puedan encontrarse sin dificultad en nuestro ordenamiento, aunque para ello utilicemos otros caminos y, desde luego, no hayamos acudido a modificar el concepto de prestación. De parte española, el control de los desplazamientos es causal y, por tanto, *a priori*: apunta al contrato, que es el instrumento que justifica los desplazamientos patrimoniales por prestación y el que en su caso debe impugnarse para provocar la restitución; por otra parte, en la mayoría de situaciones triangulares es el principio de relatividad de los contratos, correctamente entendido, el que indica entre quiénes debe establecerse la liquidación de la prestación indebida. Desde la perspectiva alemana de las atribuciones abstractas, el contrato no es el instrumento que controla la justificación de los desplazamientos patrimoniales, por lo que, cuando falta la causa que justifica el desplazamiento, no se acude al contrato sino al derecho de enriquecimiento y a su valoración del resultado final: si el desplazamiento causado por la prestación resulta injustificado debe restituirse. La acción de nulidad pivota sobre el contrato; la de enriquecimiento, sobre la situación generada por éste. Pero una *Leistungskondition* entendida en sentido negocial y limitada a las prestaciones *solvendi causa* se acerca mucho a nuestra acción de nulidad y, por tanto, a la parte del derecho de contratos que regula ésta. El derecho de contratos me parece también la sede adecuada para tratar otros puntos cruciales del derecho de enriquecimiento alemán, como la *Saldotheorie*, etc.

Personalmente, considero que las reglas para la liquidación de los contratos deberían partir de los mismos principios, con independencia de que se trate de supuestos de nulidad, anulabilidad, rescisión, etc. Es cierto que entre nosotros hay quien ha querido aplicar las reglas de la *condictio indebiti* a los contratos nulos, dejando la acción de nulidad a la anulabilidad, rescisión y resolución, pero la considero una propuesta forzada y que desconoce las diferencias de partida entre la necesidad de «retro-liquidar» una relación contractual (perspectiva bilateral) y la de equilibrar el pago de lo indebido (perspectiva unilateral y supuesto de enriquecimiento impuesto). Comparto además con el autor que el derecho de contratos es la sede adecuada para tratar de la *condictio causa data causa non secuta* (o la *condictio ob tumpem vel iniustam causam*; la *condictio indebiti* podría configurarse como un apéndice extracontractual de la acción de nulidad/*Leistungskondition*, para los casos de error en los que se presta lo que no se debe, pero conviene –y mucho– mantener la distancia, de manera que se vea claro que aquí no se trata de liquidar un contrato, sino de restituir un enriquecimiento impuesto, aunque el procedimiento sea cuasi-contractual.

De este modo –retomamos el hilo del autor–, la *condictio* de prestación queda explicada por la autonomía privada: prestación y libertad están indisolublemente entreteljadas. Revestida de un ropaje negocial, la *Leistungskondition* es el mecanismo de liquidación previsto para una voluntad de pago que no consigue su fin, porque el crédito a extinguir no existe. En este sentido, la autonomía privada –su falta– es lo que sostiene la *condictio* de prestación; es la reacción de la justicia conmutativa cuando la voluntad de extinguir el crédito fracasa. Yo me inclino a pensar que la *condictio* funciona, y funciona con justicia, sin necesidad de pivotar sobre esa voluntad.

Cuando la *Leistungskondition* se entiende de la manera propuesta por el autor, el derecho de enriquecimiento se simplifica de forma notoria. En síntesis, las relaciones de varias personas en conflictos típicos quedarían resueltas mediante un concepto negocial de prestación. La liquidación de un desplazamiento patrimonial entre A y B sólo podrá trascender a C cuando el que presta y declara querer extinguir la obligación, por ejemplo A, lo haga como enviado, o mensajero, o representante de C, de manera que la declaración se atribuya a éste. Si la situación fracasa conforme a las reglas de formación de las declaraciones de voluntad, o el que declara al prestar lo hace en nombre propio, la pretensión de enriquecimiento sólo tiene lugar entre él y el receptor. Pero una cosa es ayudar a determinar quiénes han de ser los legitimados –activa y pasivamente– en la pretensión de restitución, y otra afirmar que el fundamento de la pretensión sea la libertad frustrada del prestador, y no la situación objetiva de falta de justificación (no sólo de voluntad) para un desplazamiento patrimonial derivado de prestación.

Hay que poner de relieve que el autor hace un esfuerzo notable por dar a sus propuestas una neta finalidad práctica, tratando de ofrecer soluciones a problemas reales y cotidianos de una manera que resulte más sencilla y actual, y lo hace buscando la solución en uno de los principios básicos del sistema de derecho privado, la libertad contractual. Para realizar una lectura actualizada del concepto de prestación, lo liga a la suerte de las declaraciones de voluntad negociales. Desde la perspectiva del esfuerzo del autor por enraizar su tesis en la libertad –patrimonial– personal de quien presta, el trabajo tiene un cierto sabor clásico: se hacen explícitos los fundamentos y las metas, se rastrean las soluciones de justicia conmutativa existentes en tantas soluciones ya positivizadas, se pretende dar una visión armonizada del conjunto, etc. Su lectura es provechosa, y aunque la construcción resulte artificiosa y difícilmente justificable en nuestro ordenamiento, no impide que se pueda apreciar su belleza.

Lógicamente, vistas las cosas desde el Derecho civil español, el trabajo se enfrenta a problemas propios del ordenamiento alemán, y en alguna medida exclusivos de éste, como es el caso de las relaciones triangulares del derecho de enriquecimiento. Parece significativo que las propuestas del autor acerquen el modelo alemán de la *Leistungskondition* a la mejor manera de entender nuestra acción de nulidad como principal pretensión restitutoria para las prestaciones derivadas de contrato.

En cualquier caso, la reflexión resulta sumamente interesante en cuanto a la resolución de los conflictos que surgen en la extinción de las relaciones jurídicas. Es indudable el acierto del autor en dar pasos para facilitar el futuro de un derecho de enriquecimiento europeo y su intento por simplificar el más complejo de todo este panorama es algo que merece la pena ser aplaudido. Pero quizá el camino elegido de redefinir el concepto de prestación, haciéndolo negocial e introduciendo con ello importantes novedades en la regulación del pago, case poco con las directrices –digamos– más «utilitaristas» que latan en las propuestas de creación de un ordenamiento europeo. Por otra parte, las soluciones propuestas son conocidas en otros ordenamientos sin necesidad de esa construcción, aunque es verdad que son ordenamientos en los que el contrato tiene un papel decisivo en el control de los desplazamientos patrimoniales derivados de prestación.

Finalmente, me pregunto hasta qué punto una mayor protección de la libertad del deudor al pagar hace mejor o más justa la regulación del pago: ¿estamos realmente dispuestos a aceptar la impugnación de un pago debido

por respetar la libertad de quien no ha querido pagar? Si es la libertad lo que me ha llevado a obligarme, ¿por qué permitir impugnar un pago al que se está obligado, por respeto a qué libertad? Quizá se responda que lo que se pretende es dar una respuesta más satisfactoria a supuestos complejos en los que se ven involucrados varios sujetos, o a la imputación de pagos, y que la posición del acreedor está suficientemente protegida mediante los supuestos de «atribución normativa» de la voluntad de pagar, pero ¿realmente queremos cambiar la regla general? ¿no es más lógico determinar los supuestos en los que el pago debe acompañarse de una voluntad explícita sobre su alcance extintivo (§ 366)?

Xabier BASOZABAL ARRUE
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

Revistas Españolas

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. Persona jurídica. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor. Letra de cambio y cheque.–III. *Derecho concursal*.–IV. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.–V. *Derecho de la Unión Europea*.–VI. *Derecho procesal*.–Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

CHRISTANDL, Gregor y QUINZA REDONDO, Pablo: «Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español», en *Indret*, 2013-3.

ESCUADERO ESCUDERO, Luis: «Los escribanos en los territorios de órdenes militares según el Catastro de Ensenada: una élite socioprofesional en el mundo campesino de Castilla la Nueva (Primera parte)», en *RJNot*, núm. 82, 2012, pp. 127 ss.

GARCÍA VILA, José Antonio: «El principio de cognoscibilidad legal», en *RJNot*, núm. 83, 2012, pp. 223 ss.

MONTIEL FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «Regulaciones de excepción y prohibición de analogía», en *Indret*, 2013-3.

QUINZA REDONDO, Pablo y CHRISTANDL, Gregor: «Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español», en *Indret*, 2013-3.

RIVAS ANDRÉS, Rafael: «Una visión de la circulación internacional de documentos notariales desde el Derecho Documental. La Res 22/2/2012», en *RJNot*, núm. 81, 2012, pp. 285.

SALVÁ ROMARTÍNEZ, Llorenç: «El derecho a un juez imparcial», en *La Ley*, núm. 8195, 2013.

VIGUER SOLER, Pedro Luis: «El papel de la Justicia en la crisis económica (1) », en *La Ley*, núm. 8180, 2013.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- BENAVENTE MOREDA, Pilar: «Identidad y contexto inmediato de la persona: (identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección)», en *AFDUAM*, núm. 17, 2012, pp. 105 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia (del Pleno) del Tribunal Constitucional 236/2012, de 13 de diciembre (RTC 2012, 236). La protección patrimonial de las personas con discapacidad», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 599 ss.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La protección de los derechos de los menores de edad en Internet», en *RCDI*, núm. 739, 2013, pp. 3371 ss.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «La protección de los derechos a la propia imagen y a la intimidad corporal de los personajes públicos: el caso Pataky», en *RDNT*, núm. 31, 2013, pp. 205 ss.
- CORONA HERRERO, Jorge Ulises: «Los datos en la nube: retos actuales en la protección del derecho de propiedad», en *RDNT*, núm. 32, 2013, pp. 69 ss.
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel: «El tratamiento de datos de carácter personal y la utilización de la tecnología: entre la ética y el derecho», en *La Ley*, núm. 8158, 2013.
- DÍAZ DE OLARTE, Javier: «Copia privada e ilustración en la enseñanza: aislandonos de Europa en perjuicio de ciudadanos, autores y editores», en *La Ley*, núm. 8128, 2013.
- ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia: «Solvencia patrimonial y tratamiento automatizado de datos personales. Protección desde el derecho privado», en *RDNT*, núm. 32, 2013, pp. 83 ss.
- GARBERI LLOBREGAT, José: «La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1)», en *La Ley*, núm. 8178, 2013.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad», en *RJNot*, núm. 82, 2012, pp. 207 ss.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio Vicente: «Los derechos (civiles) de los extranjeros: el art. 27 de Código Civil y el bloque de constitucionalidad», en *DPC*, núm. 26, 2012, pp. 65 ss.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Antonio-Evaristo: «La subsistencia del arrendamiento tras la realización en pública subasta de la finca arrendada», en *La Ley*, núm. 8130, 2013.
- LÓPEZ GUERRA, Luis María: «Libertad de expresión y libertad de religión a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: blasfemia e insulto a la religión», en *REDE*, núm. 46, 2013, pp. 79 ss.
- MACANÁS, GABRIEL: «Efectos y defectos del artículo 30 del Código civil», en *Indret*, 2013-4.
- MARÍN AÍS, José Rafael: «La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la UE», en *RDCE*, núm. 44, 2013, pp. 233 ss.

- MARTÍN I CASALS, Miquel: «El derecho a la «convivencia anómica en pareja»: ¿Un nuevo derecho fundamental?: Comentario general a la STC de 23.4.2013 (RTC 2013\93)», en *Indret*, 2013-3.
- NAVARRO GÓMEZ-FERRER, S., LLOPIS RAUSA, F., ORTEGA GIMÉNEZ, A. y COBAS COBIELLA, M. E.: «Adquisición de la nacionalidad española por residencia: la encomienda de nacionalidad a los Registradores de la Propiedad», en *La Ley*, núm. 8206, 2013.
- OBARRIO MORENO, Juan Alfredo: «Deberes y obligaciones del tutor en el Derecho tardomedieval», en *RJNot*, núm. 81, 2012, pp. 225 ss.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. Carmen: «Sentencia de 11 de octubre de 2012 (RJ 2012, 9713). Incapacitación judicial. La curatela a la luz de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 351 ss.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen por la publicación de un reportaje con utilización de una cámara oculta», en *DPC*, núm. 26, 2012, pp. 239 ss.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca. «La protección de los derechos de autor de las fotografías y la prestación del consentimiento», en *RDNT*, núm. 31, 2013, pp. 47 ss.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac: «El ejercicio de los derechos de la personalidad por las personas menores de edad. Análisis particular de su derecho de asociación», en *RGLJ*, núm. 3, 2013, pp. 463.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: «El control empresarial de la mensajería electrónica como prueba de la transgresión de la buena fe contractual: A propósito de la STC de 7 de octubre de 2013 (1)», en *La Ley*, núm. 8195, 2013.
- RODRÍGUEZ ESCUDERO, M.^a Victoria: «La legitimación de los tutores para ejercer la acción de separación y divorcio (1)», en *La Ley*, núm. 8117, 2013.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «Identidad y nacionalidad», en *AFDUAM*, núm. 17, 2013, pp. 207 ss.
- SAURA ESTAPÀ, Jaume: «Implicaciones de derechos humanos en el tratado de libre comercio entre Colombia y la Unión Europea», en *Indret*, 2013-4.
- SERNA MEROÑO, Encarnación: «Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica», en *DPC*, núm. 26, 2012, pp. 273 ss.
- TOLMOS RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis Manuel: «El videojuego: nuevo jugador en la Ley de Propiedad Intelectual. Problemas y soluciones», en *RDNT*, núm. 32, 2013, pp. 25 ss.
- UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio y RIPOL CARULLA, Santiago: «La Euroorden ante la tutela de los Derechos Fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental. (A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)», en *REDE*, núm. 46, 2013, pp. 151 ss.
- VAÑÓ VAÑÓ, M.^a José: «Responsabilidad del auditor por incumplimiento contractual: (a propósito de la STS de 3 de octubre de 2012 [RJ 2012, 9711])», en *RDM*, núm. 288, 2013, pp. 465 ss.

- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo», en *La Ley*, núm. 8162, 2013.
- VILLARINO MARZO, Jorge: «La privacidad desde el diseño en la propuesta de reglamento europeo de protección de datos», en *RDNT*, núm. 32, 2013, pp. 45 ss.
- VIVAS-TESON, Inmaculada: «Discapacidad y consentimiento (o disenso) informado: el derecho de la persona a ser dueña de su propia vida», en *RJNot*, núm. 82, 2012, pp. 483 ss.
- ZURILLA CARIÑANA, M.^a de los Ángeles: «Sentencia de 15 noviembre 2012 (RJ 2013, 902). Intromisión en el derecho al honor», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 545 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ACHÓN BRUÑÉN, María José: «Estudio crítico de la reforma del juicio de desahucio por falta de pago por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler», en *La Ley*, núms. 8108 y 8130, 2013.
- «Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales», en *La Ley*, núm. 8127, 2013.
- AIGE MUT, M.^a Belén: «El documento electrónico en el ámbito de la contratación turística (1)», en *La Ley*, núm. 8203, 2013.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación», en *La Ley*, núm. 8172, 2013.
- ALMAGRO NOSETE, José: «Responsabilidad civil de los abogados», en *La Ley*, núm. 8134, 2013.
- ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, Víctor: «Sobre la preferencia concursal de la prenda de créditos futuros», en *RDGP*, núm. 19, 2013, pp. 305 ss.
- ÁLVAREZ MORENO, M.^a Teresa: «Sentencia de 7 de mayo de 2012 (RJ 2012, 8004). Incumplimiento y resolución del contrato de compraventa de vivienda: moderación de la cláusula penal», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 115 ss.
- ANDRÉS DE Cores, Carlos: «La teoría general del contrato en la perspectiva de la unificación del derecho privado en Europa y América Latina. Reflexiones a partir del Proyecto Argentino de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación de 2012», en *RGLJ*, núm. 3, 2013, pp. 431 ss.
- BARRIO FERNÁNDEZ, Natalia: «El Derecho de daños angloamericano», *PDD*, núm. 115, 2013, pp. 98 ss.
- BERGEL SAINZ DE BARANDA, Yolanda: «La regulación inglesa de la responsabilidad por los daños causados por animales. Un estudio comparado con el Derecho español», en *Indret*, 2013-3.

- BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, Manuel Pedro: «El arrendamiento financiero (leasing) tras la reforma de la Ley concursal», en *RDCP*, núm. 19, 2013, pp. 281 ss.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La situación jurídica del cónyuge del arrendatario en la vivienda arrendada», en *RCDI*, núm. 738, 2013, pp. 2596 ss.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Sentencia de 21 noviembre 2012 (RJ 2012, 11052). Acción de nulidad de contrato de permuta financiera de tipos de interés (swap) fundada en error en el consentimiento derivado de pretendidos defectos en la información precontractual. Inexistencia. La incertidumbre de la ganancia y el riesgo de pérdida es propio de los contratos con componentes aleatorios», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 561 ss.
- CABEDO SERNA, Llanos: «La responsabilidad civil por daños producidos por materiales radiactivos: especial consideración del Título II de la Ley 12/2011, de 27 de mayo», en *RDP*, 2013, núm. 9-10, pp. 3 ss.
- CARLEO, Roberto: «La compraventa de inmuebles “sobre planos”»: la tutela del adquiriente en la legislación italiana», en *RJNot*, núm. 83, 2012, pp. 9 ss.
- CARRASCO GARCÍA, Francisco Ángel: «El perfil de riesgo del cliente sobre sus preferencias de inversión desempeña “una función integradora del contenido del contrato”»: Comentario a la STS de 18 de abril de 2013, sobre contrato de gestión discrecional de cartera de inversión», en *La Ley*, núm. 8110, 2013.
- CARRASCO PERERA, Ángel y GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: «La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las “cláusulas suelo” es inconstitucional», en *La Ley*, núm. 8160, 2013.
- CARRASCO, Ángel y LYCZKOWSKA, Karolina Maja: «Entidades y activos financieros elegibles en el régimen de las garantías financieras», en *La Ley*, núm. 8142, 2013.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Efectos del pago anticipado de una deuda solidaria a plazos», en *RdPat*, núm. 31, 2013, pp. 231 ss.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el ámbito bancario», en *ACM*, vol. 2, núm. 2, 2013, pp. 69 ss.
- CLEMENTE MEORO, Mario Enrique: «Preferencia y afección real del crédito comunitario en la Ley de Propiedad Horizontal», en *RdPat*, núm. 31, 2013, pp. 243 ss.
- CORDERO, Encarna: «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», en *La Ley*, núm. 8098, 2013.
- «Garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil: España se adhiere al Convenio de Ciudad del Cabo (BOE de 4 de octubre de 2013)», en *La Ley*, núm. 8189, 2013.

- COSTAS RODAL, Lucía: «Sentencia de 9 abril 2012 (RJ 2012, 8986). Resolución unilateral de contrato de arrendamiento de local de negocio por el arrendatario. Incumplimiento de contrato y lucro cesante», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 71 ss.
- DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino: «El legado de crédito (Primera parte)», en *RJNot*, núm. 81, 2012, pp. 59 ss.
- «El legado de crédito (Segunda parte)», en *RJNot*, núm. 82, 2012, pp. 53 ss.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela: «Sentencia de 13 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 11071). Régimen de la acción resarcitoria por lesiones derivadas de un accidente de tráfico una vez fallecido el lesionado: legitimación activa y determinación del “quantum” de las partidas que integran la indemnización», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 305 ss.
- FERNÁNDEZ CANALES, Carmen: «La responsabilidad derivada del art. 1366 del Código Civil», en *PDD*, núm. 117, 2013, pp. 6 ss.
- GARCÍA MÁZ, Francisco Javier y OBESO DE LA FUENTE, Manuel: «El Registro de Contratos de Seguros de Cobertura de Fallecimiento», en *RJNot*, núm. 83, 2012, pp. 191 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Sentencia de 26 octubre 2012 (RJ 2012, 10137). Cesión de créditos y acción directa del artículo 1597 del Código civil: inoponibilidad de la cesión», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 473 ss.
- GIAMPETRAGLIA, Rosario: «La venta de bienes de consumo tras la nueva Directiva 2011/83/UE: novedades y primeras impresiones», en *RDP*, 2013, núm. 7-8, 2013, pp. 39 ss.
- GINEBRA MOLINS, M. E. y TARABAL BOSCH, J.: «La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación», en *Indret*, 2013-4.
- GINÉS FABRELLAS, Anna: «Coordinación de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional: Estudio empírico de los efectos de la dualidad de jurisdicciones competentes y de técnicas de coordinación sobre la compensación del daño», en *Indret*, 2013-3.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Sentencia de 11 de junio 2012 (RJ 2012, 6709). Los límites civiles del principio *quien contamina paga*», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 159 ss.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.^a Belén: «Sentencia de 21 marzo de 2012 (RJ 2012, 5571). Cumplimiento del contrato en interés del concurso y créditos contra la masa», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 13 ss.
- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel: «La protección del consumidor eléctrico y la lucha contra “la pobreza energética”: previsiones comunitarias e insuficiente regulación interna española» *RDCE*, núm. 45, 2013, pp. 577 ss.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados cuando existen cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario que lo originó: consecuencias de la STJUE 14 marzo de 2003 y de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protec-

- ción a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», en *RCDI*, núm. 738, 2013, pp. 2667 ss.
- «Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013», en *RCDI*, núm. 739, 2013, pp. 3440 ss.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Antonio-Evaristo: «El embargo de cuentas corrientes: Especialidades que plantea su ejecución telemática centralizada», en *Indret*, 2013-3.
- HOLGADO MADRUGA, Federico: «La relativa novedad del tratamiento de las cláusulas abusivas en la Ley 1/2013, de 14 de mayo», en *La Ley*, núm.8122, 2013.
- JARNE MUÑOZ, Pablo: «La responsabilidad precontractual en el sector de la distribución comercial», en *RCD*, núm. 13, 2013, pp. 51 ss.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones», en *RCDI*, núm. 738, 2013, pp. 2253 ss.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «La reforma del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, “antidesahucios”», en *RCDI*, núm. 739, 2013, pp. 3522 ss.
- LEIRADO TEJERINA, Guiomar: «Los *torts* y la Directiva 2004/35: una visión comparatista de la responsabilidad por daños medioambientales», en *PDD*, núm. 117, 2013, pp. 100 ss.
- LETE ACHIRICA, Javier: «Proceso monitorio y determinación de la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: comentario a la STJUE de 14 de junio de 2012», en *La Ley*, núm. 8202, 2013.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David: «La inobservancia de documentos de buenas prácticas voluntariamente asumidos en beneficio del consumidor y/o usuario en internet: consecuencias legales y posibles acciones al respecto», en *RDNT*, núm. 31, 2013, pp. 75 ss.
- LÓPEZ-LÓPEZ, Ángel Manuel: «Tres cuestiones sobre responsabilidad civil, absolutividad de la distinción entre responsabilidad extracontractual y responsabilidad civil: acumulación de las acciones correspondientes y *mutatio libelli*, sustantividad y autonomía de una supuesta *actio doli*», en *La Ley*, núm. 8132, 2013.
- LÓPEZ MIÑO, Antonio: «Sentencia de 29 marzo 2012 (RJ 2012, 8003). Resolución de contrato como denegación abusiva de suministro y responsabilidad de la empresa matriz por actos anticompetitivos de su filial», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 57 ss.
- LÓPEZ RICHART, Julián: «Difamación en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento», en *DPC*, núm. 26, 2012, pp. 143 ss.

- LYCZKOWSKA, Karolina Maja y CARRASCO, Ángel: «Entidades y activos financieros elegibles en el régimen de las garantías financieras», en *La Ley*, núm. 8142, 2013.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: «Rechazada la responsabilidad patrimonial del Estado por la prisión provisional padecida por un islamista acusado de querer volar la Audiencia Nacional, posteriormente absuelto por falta de pruebas: comentario a la STS, 3.^a, de 29 de abril de 2013», en *La Ley*, núm. 8101, 2013.
- MARTÍN BAUMEISTER, Bruno: «La transmisión de cuotas de participación en contratos de financiación sindicada», en *La Ley*, núm. 8164, 2013.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo: «La defensa del comprador de un inmueble frente a los “deposits” abusivos, el pacto de no litigar y las ejecuciones abusivas de garantías en Florida (Estados Unidos)», en *RdPat*, núm. 31, 2013, pp. 347 ss.
- «Interpretació jurisprudencial del Conveni de Viena sobre compravenda internacional de mercaderies», en *RJC*, núm. 2, 2013, pp. 325.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Rosario: «Responsabilidad profesional de abogado por negligencia profesional: pérdida de oportunidad procesal, concurrencia de causas, cuantía de la indemnización», en *La Ley*, núm. 8147, 2013.
- MARTÍNEZ-GUJÓN MACHUCA, Pablo: «La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de arbitraje», en *RdPat*, núm. 31, 2013, pp. 189 ss.
- MENDOZA LOSANA, Ana Isabel: «Facturas telefónicas: retrasos, intereses de demora y cargos adicionales», en *ACM*, vol. 2, núm. 4, 2013, pp. 59 ss.
- MERCADAL VIDAL, FRANCISCO y HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel: «La comercialización de swaps de tipos de interés como parte de productos financieros: comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 30 de mayo de 2013», en *La Ley*, núm. 8138, 2013.
- MESA MARRERO, Carolina: «Incumplimiento y responsabilidad civil de los mediadores en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *RDP*, 2013, núm. 7-8, 2013, pp. 83 ss.
- MEZZASOMA, Lorenzo: «La protección del consumidor y del usuario en el ordenamiento italiano (la noción de consumidor y usuario)», en *PDD*, núm. 116, 2013, pp. 8 ss.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Reventa de Software de segunda mano: Estado de la cuestión en la Unión Europea tras la sentencia «Usedsoft c. Oracle International» en *RJUAM*, núm. 26, 2012, pp. 161 ss.
- MUÑIZ ESPADA, Esther: «Adquisición de productos financieros y los riesgos de asimetría en la información», en *RCDI*, núm. 739, 2013, pp. 3021 ss.
- MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «El transmitente en la subasta judicial: confirmación de una doctrina jurisprudencial uniforme en sede fiscal que resuelve una controvertida cuestión sustantiva», en *RdPat*, núm. 31, 2013, pp. 329 ss.
- OLMO GARCÍA, Pedro del: «El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños», en *Indret*, 2013-4.

- PADIAL ALBÁS, Adoración: «En torno al deber general de seguridad de los bienes y servicios en la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios», en *RDP*, 2013, núm. 7-8, pp. 55 ss.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «La defensa del deudor hipotecario en la venta extrajudicial», en *RDBB*, núm. 130, 2013, pp. 79 ss.
- PÉREZ ESCOLAR, Marta: «Responsabilidad solidaria de organizadores y detallistas en el contrato de viaje combinado», en *RdPat*, núm. 31, 2013, pp. 119 ss.
- PÉREZ MIRALLES, José Arturo: «La arbitrabilidad de los conflictos en contratos de arrendamiento urbano de vivienda tras la Ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas», en *La Ley*, núm. 8172, 2013.
- PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco: «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», en *Indret*, 2013-3.
- PICATOSTE BOBILLO, Victoria: «La responsabilidad de los talleres de reparación de vehículos por la falta de conformidad de las piezas de recambio y accesorios», en *Indret*, 2013-3.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», en *La Ley*, núm. 8098, 2013.
- POZO SIERRA, Belén del: «Los perjudicados por la muerte ocasionada por actos terroristas», en *ACM*, vol. 2, núm. 4, 2013, pp. 81 ss.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Sociedades concesionarias de obra pública, pignoración de créditos futuros y concurso de acreedores», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 49 ss.
- PULIDO BEGINES, Juan Pablo: «El deber de las entidades financieras de informar al cliente: la normativa MiFID», en *RDBB*, núm. 130, 2013, pp. 7 ss.
- QUICIOS MOLINA, M.^a Susana: «Sentencia del Tribunal Supremo 30 mayo 2012 (RJ 2012, 8352). Extinción de arrendamiento de vivienda, concertado con anterioridad al 9 de mayo de 1985, por fallecimiento del arrendatario y falta de notificación de su intención de subrogarse de la que fuera su esposa, que tenía atribuido el uso de la vivienda desde la crisis conyugal producida antes de la entrada en vigor de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 139 ss.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «Swap y sinalagma», en *RCDI*, núm. 738, 2013, pp. 2771 ss.
- «La imposible moderación de la cláusula penal abusiva en un contrato de arrendamiento entre arrendador profesional y arrendatario consumidor según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La aplicación de esta doctrina al supuesto de desistimiento unilateral “ad notum” del arrendatario», en *RCDI*, núm. 739, 2013, pp. 3566 ss.

- RIVERA SABATÉS, Vidal: «El derecho de suspender el pago del precio concedido al comprador por el artículo 1502 del Código Civil», en *RDP*, 2013, núm. 7-8, 2013, pp. 3 ss.
- RIVERO ORTIZ, Rafael: «El registro de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos: una nueva crónica de una muerte anunciada», en *La Ley*, núm. 8142, 2013.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: «Irresponsabilidad patrimonial del Estado juzgador: anacronismos absolutistas o totalitarios a erradicar», en *La Ley*, núm. 8196, 2013.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Transgresión de deberes conyugales y responsabilidad civil», en *RDF*, núm. 59, 2013, pp. 301 ss.
- «Donación remuneratoria y donación por méritos», en *La Ley*, núm. 8163, 2013.
- SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Sara: «Sentencia de 19 de junio de 2012 (RJ 2012, 8008). Eficacia registral de una escritura pública de compraventa de un inmueble otorgada ante un notario alemán», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 197 ss.
- SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas: su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», en *La Ley*, núm. 8112, 2013.
- SERRANO FERNÁNDEZ, María y SÁNCHEZ LERÍA, Reyes: «Del Código Civil a las Directivas Comunitarias sobre el derecho de la contratación: un recorrido por el deber de información precontractual al consumidor», en *RdPat*, núm. 31, 2013, pp. 23 ss.
- SERRANO FERNÁNDEZ, María: «La discutida naturaleza del derecho de arrendamiento de la vivienda familiar», en *RGLJ*, núm. 3, 2013, pp. 513.
- SILVA-RUIZ, PEDRO F.: «El contrato de consumo en derecho puertorriqueño», en *RDP*, 2013, núm. 9-10, pp. 77 ss.
- TORRE OLID, Francisco de la: «Actualidad de los cuasi contratos. Revitalización del artículo 1891 del Código Civil para la tutela de los consumidores-inversores en el sector financiero (Un estudio necesario en tiempos de crisis)», en *RCDI*, núm. 739, 2013, pp. 2951 ss.
- «La gestión de negocios ajenos sin mandato. Responsabilidad derivada de la extralimitación en la contratación bancaria», en *RdPat*, núm. 31, 2013, pp. 203 ss.
- «Debate en torno de la responsabilidad civil sanitaria en la praxis médica lícita», en *La Ley*, núm. 8185, 2013.
- TORREBLANCA GONZALES, Luis Giancarlo: «El mutuo hipotecario en épocas de crisis», en *La Ley*, núm. 8176, 2013.
- TORRES PEREA, José Manuel de: «El «promissory estoppel» y su posible incidencia en el Derecho Español, (en especial respecto a la hipótesis de admisión de las donaciones obligacionales)», en *RdPat*, núm. 31, 2013, pp. 161 ss.

- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «Resolución de litigios “en línea” en materia de consumo. Marco normativo europeo y adaptación del sistema arbitral de consumo», en *RDNT*, núm. 32, 2013, pp. 99 ss.
- VÁZQUEZ GARCÍA, David: «Responsabilidad del banco gestor por pérdida de la cartera de valores: falta de información sobre el riesgo (comentario a la STS de 17 de abril de 2013)», en *La Ley*, núm. 8101, 2013.
- «La legitimación de la sindicatura del concurso para el ejercicio de la acción “pauliana” o de rescisión por fraude de acreedores: comentario a la STS (Sala Primera) 245/2013, de 18 de abril (Rec. 1878/2009)», en *La Ley*, núm. 8161, 2013.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «Responsabilidad por daños causados por productos defectuosos: doctrina actual de la jurisprudencia», en *La Ley*, núm. 8205, 2013.
- VERA GONZÁLEZ, José: «Aspectos notariales de la Ley de Mediación: referencia a la mediación familiar», en *RJNot*, núm. 82, 2012, pp. 439 ss.
- VICENTE DOMINGO, Elena: «Sentencia de 27 diciembre 2012 (RJ 2013, 1625). Dación en pago. Nulidad por error obstativo. Convalidación. Enriquecimiento injusto», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 615 ss.
- VITERI ZUBIA, Ibon: «La configuración del término en las propuestas de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa», en *RDP*, 2013, núm. 9-10, pp. 35 ss.
- WOOLCOTT OYAGUE, Olenka: «Los daños médicos y el sistema de salud a la luz de la seguridad de los pacientes ¿De la Responsabilidad Civil a la Seguridad Social?», *PDD*, núm. 115, 2013, pp. 6 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- ACHÓN BRUÑÉN, María José: «Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales», en *La Ley*, núm. 8127, 2013.
- «La liberación del bien hipotecado en caso de vencimiento anticipado por impago de tres o más mensualidades: deficiencias legales y problemas prácticos», en *La Ley*, núm. 8181, 2013.
- ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, Víctor: «Sobre la preferencia concursal de la prenda de créditos futuros», en *RDCP*, núm. 19, 2013, pp. 305 ss.
- ASENSI MERÁS, Altea: «Las reglas de liquidación y su exclusión en el usufructo de participaciones sociales: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 125/2012, de 20 de marzo», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 415 ss.
- ÁVILA ORIVE, José Luis: «Reestructuración y resolución de entidades de crédito ex Ley 9/2012 y expropiación forzosa», en *RDCP*, núm. 19, 2013, pp. 47 ss.

- BASSAS MUNDÓ, M. Carme: «La Constitució de les servituds a Catalunya. Estudi de l'art. 566-2 CCC», en *RJC*, núm. 2, 2013, pp. 357 ss.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: «El artículo 8.4 del Reglamento de marca comunitaria: anatomía de una regla de propiedad», en *Indret*, 2013-3.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «Transmisión de bienes hipotecados en el concurso de acreedores», en *RDCP*, núm. 19, 2013, pp. 81 ss.
- CARRASCO, Ángel y LYCHKOWSKA, Karolina Maja: «Entidades y activos financieros elegibles en el régimen de las garantías financieras», en *La Ley*, núm. 8142, 2013.
- CLEMENTE MEORO, Mario Enrique: «Preferencia y afectación real del crédito comunitario en la Ley de Propiedad Horizontal», en *RdPat*, núm. 31, 2013, pp. 243 ss.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «La hipoteca flexible, los retos pasados y presentes de la reina de las garantías: en particular, el problema del aplazamiento en las refinanciaciones», en *La Ley*, núm. 8109, 2013.
- «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», en *La Ley*, núm. 8098, 2013.
- «Garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil: España se adhiere al Convenio de Ciudad del Cabo (BOE de 4 de octubre de 2013)», en *La Ley*, núm. 8189, 2013.
- CORONA HERRERO, Jorge Ulises: «Los datos en la nube: retos actuales en la protección del derecho de propiedad», en *RDNT*, núm. 32, 2013, pp. 69 ss.
- DÍAZ DE OLARTE, Javier: «Copia privada e ilustración en la enseñanza: aislandonos de Europa en perjuicio de ciudadanos, autores y editores», en *La Ley*, núm. 8128, 2013.
- ESCUIN Y PALOP, Vicente: «Reflexiones sobre una última agresión al expropiado en vía de hecho», en *RDU*, núm. 283, pp. 39 ss.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Campus virtual y propiedad intelectual: comentario a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 2 de mayo de 2013», en *La Ley*, núm. 8164, 2013.
- GALACHO ABOLAFIO, Antonio F.: «Sentencia de 18 de octubre 2012 (RJ 2012, 9721). Agotamiento del derecho sobre la marca en caso de fraccionamiento voluntario sobre la titularidad sobre la misma», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 387 ss.
- GALLEGO BRIZUELA, Carlos: «Ley de Propiedad Horizontal: otra ocasión perdida», en *La Ley*, núm. 8156, 2013.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco: «No son buenos tiempos para los expropiados», en *RDU*, núm. 283, pp. 13 ss.
- GARCÍA VIDAL, Ángel: «Sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 572/2012, de 9 de octubre de 2012. Problemas jurídicos derivados del uso de la técnica del Screen Scraping», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 329 ss.

- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados cuando existen cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario que lo originó: consecuencias de la STJUE 14 marzo de 2003 y de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», en *RCDI*, núm. 738, 2013, pp. 2667 ss.
- Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013», en *RCDI*, núm. 739, 2013, pp. 3440 ss.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Las sentencias del TJUE de 14 de junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013 y la inminente reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria español», en *RCDI*, núm. 738, 2013, pp. 2716 ss.
- «La reforma del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, “antidesahucios”», en *RCDI*, núm. 739, 2013, pp. 3522 ss.
- LACASTA GOÑI, M., PANTALEÓN DÍAZ, M. y PEDROZA FERNÁNDEZ, L. A.: «El papel del juez y del legislador ante los retos de la ejecución hipotecaria: Reflexiones en torno al auto de la Audiencia Provincial de Navarra 111/2010 de 17 de diciembre», en *RJUAM*, núm. 26, 2012, pp. 123 ss.
- LASO BAEZA, Vicente: «La inscripción en el Registro de la Propiedad de sentencias firmes anulatorias de instrumentos de planeamiento urbanístico», en *RCDI*, núm. 739, 2013, pp. 3596 ss.
- LEMA DEVESA, Carlos: «Extensión y límites del derecho de marca», en *DN*, núm. 270, 2013, pp. 7 ss.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Jorge: «Reconstrucción y Registro (II): Reorganización de la propiedad», en *RCDI*, núm. 738, 2013, pp. 2253 ss.
- LUCCI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda de y RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «El debido tratamiento de las ejecuciones hipotecarias a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE», en *La Ley*, núm. 8140, 2013.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Resolución 23 de octubre de 2012 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de noviembre 2012). Anotación preventiva de embargo frente a herencia yacente», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 427 ss.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María: «Sentencia de 11 de julio de 2012 (RJ 2012, 10117). Prescripción extintiva de las acciones reales y adquisición del dominio por usucapión», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 271 ss.
- MOLINS GARCÍA-ATANCER, Marta y ORIA DE RUEDA Y ELÍA, Galo Alfonso: «Procedimiento extrajudicial hipotecario (I): Consideraciones doctrinales», en *RCDI*, núm. 738, 2013, pp. 2423 ss.
- NASARRE AZNAR, Sergio y SIMÓN MORENO, Héctor: «Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda», en *RCDI*, núm. 739, 2013, pp. 3063 ss.

- ORIA DE RUEDA Y ELÍA, Galo Alfonso y MOLINS GARCÍA-ATANCER, Marta: «Procedimiento extrajudicial hipotecario (I): Consideraciones doctrinales», en *RCDI*, núm. 738, 2013, pp. 2423 ss.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «La defensa del deudor hipotecario en la venta extrajudicial», en *RDBB*, núm. 130, 2013, pp. 79 ss.
- PÉREZ MIRALLES, José Arturo: «La reforma de la Ley de Propiedad Horizontal llevada a cabo por la disposición final primera de la Ley 8/2013, de 26 de junio», en *La Ley*, núm. 8185, 2013.
- PERTÍÑEZ VILCHEZ, Francisco: «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», en *Indret*, 2013-3.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», en *La Ley*, núm. 8112, 2013.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Sociedades concesionarias de obra pública, pig-noración de créditos futuros y concurso de acreedores», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 49 ss.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca. «La protección de los derechos de autor de las fotografías y la prestación del consentimiento», en *RDNT*, núm. 31, 2013, pp. 47 ss.
- REYES GALLUR, Juan José: «La vivienda familiar: adjudicación del uso. Terceros y liquidación: perspectiva jurisprudencial», en *RDF*, núm. 59, 2013, pp. 25 ss.
- RIERA BARSALLO, Patricia: «La solución europea a las obras huérfanas: la Directiva 2012/28/UE», en *La Ley*, núm. 8128, 2013.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel y LUCCI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda de: «El debido tratamiento de las ejecuciones hipotecarias a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE», en *La Ley*, núm. 8140, 2013.
- SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel: «Procedimiento extrajudicial hipotecario (II): De sus consecuencias y del lanzamiento», en *RCDI*, núm. 738, 2013, pp. 2447 ss.
- «Procedimiento extrajudicial hipotecario (III): Del presupuesto de la inscripción registral del acreedor ejecutante como título legitimador para incoar y seguir los procedimientos hipotecarios y de otras consideraciones», en *RCDI*, núm. 738, 2013, pp. 2463 ss.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «El cálculo de la indemnización por reproducción no licenciada de obras impresas en establecimientos de reprografía: aplicación jurisprudencial del llamado “índice CORSA” establecido en sus tarifas por la entidad de gestión CEDRO» *La Ley*, núm. 8124, 2013.
- SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Sara: «Sentencia de 19 de junio de 2012 (RJ 2012, 8008). Eficacia registral de una escritura pública de compraventa de un inmueble otorgada ante un notario alemán», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 197 ss.

- SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas: su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», en *La Ley*, núm. 8112, 2013.
- SIMÓN MORENO, Héctor y NASARRE AZNAR, Sergio: «Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda», en *RCDI*, núm. 739, 2013, pp. 3063 ss.
- SORIANO LLORENS, FRANCISCO: «Los suelos contaminados y el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 738, 2013, pp. 2477 ss.
- TOLEDO ALARCÓN, Eva: «Notas para el cálculo de la indemnización por infracción de marca», en *RCD*, núm. 13, 2013, pp. 221 ss.
- TOLMOS RODRÍGUEZ-PIÑERO, Luis Manuel: «El videojuego: nuevo jugador en la Ley de Propiedad Intelectual. Problemas y soluciones», en *RDNT*, núm. 32, 2013, pp. 25 ss.
- TORREBLANCA GONZALES, Luis Giancarlo: «El mutuo hipotecario en épocas de crisis», en *La Ley*, núm. 8176, 2013.
- VÁZQUEZ GARCÍA, David: «La prescripción de la acción declarativa de propiedad», en *La Ley*, núm. 8110, 2013.

DERECHO DE FAMILIA

- ABAD ARENAS, Encarnación y MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda: «Responsabilidad por ruptura de promesa de matrimonio: acción de rescimiento de gastos y obligaciones por el incumplimiento sin causa de los esposales», en *RCDI*, núm. 739, 2013, pp. 3496 ss.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: «La “legalización administrativa” de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», en *RCDI*, núm. 739, 2013, pp. 2905 ss.
- BARTOLOMÉ TUTOR, Aránzazu: «Propuesta “de lege ferenda”: el artículo 156.5 CC», en *RDF*, núm. 59, 2013, pp. 55 ss.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La situación jurídica del cónyuge del arrendatario en la vivienda arrendada», en *RCDI*, núm. 738, 2013, pp. 2596 ss.
- CARBAJO GONZÁLEZ, Julio y DURÁN RIVACOBIA, Ramón: «Las desigualdades jurídicas entre las filiaciones adoptiva y por naturaleza», en *DPC*, núm. 26, 2012, pp. 9 ss.
- CARDONA GUASCH, Olga: «La inminente regulación, que no instauración, de un régimen de participación en ganancias en el Derecho civil balear», en *La Ley*, núm. 8206 2013.

- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «La Mediación familiar y la vertebración territorial en España», en *ACM*, vol. 2, núm. 2, 2013, pp. 101 ss.
- DURÁN RIVACOBA, Ramón y CARBAJO GONZÁLEZ, Julio: «Las desigualdades jurídicas entre las filiaciones adoptiva y por naturaleza», en *DPC*, núm. 26, 2012, pp. 9 ss.
- FEBLES YANES, Eloísa: «La mediación familiar en España», en *La Ley*, núm. 8163, 2013.
- FERNÁNDEZ CANALES, Carmen: «La responsabilidad derivada del art. 1366 del Código Civil», en *PDD*, núm. 117, 2013, pp. 6 ss.
- HEREDIA CERVANTES, Iván: «La inconstitucionalidad sobrevenida del antiguo art. 42 CC (a propósito de la STS de 20 de noviembre de 2011)», en *DPC*, núm. 26, 2012, pp. 117 ss.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «Crisis matrimonial y cambios en la atribución de la vivienda familiar», en *RCDI*, núm. 738, 2013, pp. 2203 ss.
- IGLESIA MONJE, M.^a Isabel: «El ejercicio de la guarda de menores tras la ruptura matrimonial y la responsabilidad solidaria de los padres por sus infracciones», en *RCDI*, núm. 739, 2013, pp. 3357 ss.
- Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 739, 3423, pp. 2905 ss.
- JIMÉNEZ GALLEGU, Carlos: «La separación de bienes como régimen económico del matrimonio en el Derecho comparado español)», en *RJNot*, núm. 82, 2012, pp. 299 ss.
- LEGERÉN MOLINA, Antonio: «Sentencia de 5 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10135). Atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no custodio y titular exclusivo de la misma cuando el menor y el cónyuge custodio tengan satisfechas de manera adecuada sus necesidades de alojamiento en otra vivienda», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 525 ss.
- PARDILLO HERNÁNDEZ, Agustín: «Guarda y custodia compartida: análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, con referencia al marco normativo vigente», en *La Ley*, núm. 8104, 2013.
- RAMOS SÁNCHEZ, Alfredo: «Parejas de hecho: regulación de relaciones personales y patrimoniales de derecho civil, no foral ni especial, y su inscripción registral», en *La Ley*, núm. 8150, 2013.
- REYES GALLUR, Juan José: «La vivienda familiar: adjudicación del uso. Terceros y liquidación: perspectiva jurisprudencial», en *RDF*, núm. 59, 2013, pp. 25 ss.
- RODRÍGUEZ ESCUDERO, M.^a Victoria: «La legitimación de los tutores para ejercer la acción de separación y divorcio (1)», en *La Ley*, núm. 8117, 2013.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Transgresión de deberes conyugales y responsabilidad civil», en *RDF*, núm. 59, 2013, pp. 301 ss.

- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo», en *La Ley*, núm. 8162, 2013.
- VIVAS-ESÓN, Inmaculada: «Liquidación de gananciales, formación de inventario e inclusión o exclusión de indemnizaciones y otras prestaciones relativas a la extinción de una relación laboral», en *RdPat*, núm. 31, 2013, pp. 95 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «El reglamento UE nº 650/2012 y la ordenación de la sucesión “Mortis Causa” de los españoles de vecindad civil común mediante testamento mancomunado: breves notas sobre el tema», en *RdPat*, núm. 31, 2013, pp. 315 ss.
- CARBONELL CRESPI, José Antonio: «La sucesión «mortis causa» en las Illes Balears», en *RJNot*, núm. 82, 2012, pp. 9 ss.
- CERVILLA GARZÓN, M.^a Dolores: «La delimitación conceptual del fideicomiso de residuo en el Derecho actual: cuestiones resueltas y pendientes de resolución», en *RCDI*, núm. 7389, 2013, pp. 2173 ss.
- DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino: «El legado de crédito (Primera parte)», en *RJNot*, núm. 81, 2012, pp. 59 ss.
- «El legado de crédito (Segunda parte)», en *RJNot*, núm. 82, 2012, pp. 53 ss.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela: «Sentencia de 13 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 11071). Régimen de la acción resarcitoria por lesiones derivadas de un accidente de tráfico una vez fallecido el lesionado: legitimación activa y determinación del “quantum” de las partidas que integran la indemnización», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 305 ss.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS, Íñigo: «La transmisión “post mortem” vía societaria de la empresa», en *RdPat*, núm. 31, 2013, pp. 63 ss.
- GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier: «El “ius delationis” en la sucesión a título particular», en *RGLJ*, núm. 2, 2013, pp. 305 ss.
- IRURZUN GOICOA, Domingo: «La renuncia de herencia en favor de otro», en *RJNot*, núm. 82, 2012, pp. 247 ss.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «Actualidad de la fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil», en *RJNot*, núm. 83, 2012, pp. 353 ss.
- IRURZUN GOICOA, Domingo: «La “cautela Socini” revitalizada. En un testamento en favor de la viuda y la familia», en *RJNot*, núm. 83, 2012, pp. 373 ss.
- JIMÉNEZ GALLEGU, Carlos: «Las reservas hereditarias», en *RJNot*, núm. 83, 2012, pp. 413 ss.

- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Resolución 23 de octubre de 2012 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE de noviembre 2012). Anotación preventiva de embargo frente a herencia yacente», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 427 ss.
- MUÑIZ ESPADA, Esther: «Pactos sucesorios, pactos de familia y empresa agraria», en *RJNot*, núm. 81, 2012, pp. 167 ss.
- NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen: Sobre la noción de herencia: propuesta y revisión de su concepto a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia», en *RCDI*, núm. 739, 2013, pp. 3457 ss.
- QUINZA REDONDO, Pablo y CHRISTANDL, Gregor: «Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español», en *Indret*, 2013-3.
- ROBLES LATORRE, Pedro: «Sentencia de 20 de julio de 2012 (RJ 2012, 9001). Adquisición de herencia por renuncia traslativa», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 293 ss.
- RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, Pablo: «El artículo 885 del Código Civil y la cohabitación entre heredero y legatario» *La Ley*, núm. 8124, 2013
- ROMERO PAREJA, Agustín: «Desheredación y exclusión de herederos», en *RJNot*, núm. 83, 2012, pp. 465 ss.
- TORRES VARGAS, Luisa: «Un nuevo cambio jurisprudencial (comentario a STS Sala 1.^a, de 11 de septiembre de 2013): naturaleza y alcance del derecho de transmisión (*ius delationis*), asunción de la teoría moderna o de la adquisición directa frente a la teoría clásica o de la doble transmisión», en *La Ley*, núm. 8200, 2013
- VÁZQUEZ GARCÍA, David: «Hacia un cambio de interpretación de la voluntad testamentaria: comentario a la STS de 1 de marzo de 2013 (*La Ley* 145120/2013)», en *La Ley*, núm. 8193, 2013.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- ALCÁZAR AVELLANEDA, Juan Miguel: «Restricciones a la libertad de empresa por normas reglamentarias: un breve repaso de la doctrina jurisprudencial a raíz de la STSJ de Murcia 268/2013», en *La Ley*, núm. 8185, 2013.
- AMESTI MENDIZÁBAL, Christi: «Responsabilidad social empresarial: comentario de la Sentencia núm. 321/2011 de 11 de noviembre de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28)», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 335 ss.
- ÁVILA ORIVE, José Luis: «Reestructuración y resolución de entidades de crédito *ex* Ley 9/2012 y expropiación forzosa», en *RDCP*, núm. 19, 2013, pp. 47 ss.

- BACHES OPI, Sergio: «Las restricciones a la libre fijación de precios en el mercado de los servicios jurídicos. Estado de la cuestión», en *GJ*, núm. 34, 2013, pp. 26 ss.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria: «El artículo 8.4 del Reglamento de marca comunitaria: anatomía de una regla de propiedad», en *Indret*, 2013-3.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «Transmisión de bienes hipotecados en el concurso acreedores», en *RDCP*, núm. 19, 2013, pp. 81 ss.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS, Íñigo: «La transmisión “post mortem” vía societaria de la empresa», en *RdPat*, núm. 31, 2013, pp. 63 ss.
- GALACHO ABOLAFIO, Antonio F.: «Sentencia de 18 de octubre 2012 (RJ 2012, 9721). Agotamiento del derecho sobre la marca en caso de fraccionamiento voluntario sobre la titularidad sobre la misma», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 387 ss.
- GARCÍA VIDAL, Ángel: «Sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 572/2012, de 9 de octubre de 2012. Problemas jurídicos derivados del uso de la técnica del Screen Scraping», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 329 ss.
- GARRIDO, José María: «Permutas financieras de tipos de interés y obligaciones informativas de las empresas de servicios de inversión: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012», en *RDM*, núm. 288, 2013, pp. 429 ss.
- LATORRE CHINER, Nuria: «El apoderado general en la Ley concursal», en *RDCP*, núm. 19, 2013, pp. 65 ss.
- LÓPEZ MIÑO, Antonio: «Sentencia de 29 marzo 2012 (RJ 2012, 8003). Resolución de contrato como denegación abusiva de suministro y responsabilidad de la empresa matriz por actos anticompetitivos de su filial», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 57 ss.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «En el derecho antitrust también lo accesorio sigue la suerte de lo principal: a propósito de la recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina de las restricciones accesorias», en *RCD*, núm. 13, 2013, pp. 15 ss.
- MUÑIZ ESPADA, Esther: «Pactos sucesorios, pactos de familia y empresa agraria», en *RJNot*, núm. 81, 2012, pp. 167 ss.
- PANIAGUA ZURERA, Manuel: «La sociedad-empresa cooperativa en la evolución de los modelos ius cooperativos de España», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 159 ss.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «Acciones negativas, Derecho de la competencia y abuso del Derecho procesal en la Unión Europea. Consideraciones sobre el Asunto C-133/11, “Folien Fischer AG Fofitec AG c. Ritrama Spa”», en *REDE*, núm. 47, 2013, pp. 125 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «El nuevo Plan de Acción de la Comisión Europea en materia de Derecho de sociedades y gobierno corporativo», en *RDBB*, núm. 130, 2013, pp. 311 ss.

- SOTO PINEDA, Jesús Alfonso: «La doctrina y la evaluación de tendencias en la aplicación de la normativa *antitrust*», en *RDM*, núm. 288, 2013, pp. 223 ss.
- TOLEDO ALARCÓN, Eva: «Notas para el cálculo de la indemnización por infracción de marca», en *RCD*, núm. 13, 2013, pp. 221 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

- AMESTI MENDIZÁBAL, Christi: «Responsabilidad social empresarial: comentario de la Sentencia núm.321/2011 de 11 de noviembre de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28)», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 335 ss.
- ARRANZ MADRID, María Dolores: «Revisión de las reformas del derecho británico sobre opas («Take Over Code»)», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 645 ss.
- ASENSI MERÁS, Altea: «Las reglas de liquidación y su exclusión en el usufructo de participaciones sociales: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 125/2012, de 20 de marzo», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 415 ss.
- CANDELARIO MACÍAS, M.^a Isabel: «Sentencia de 18 de abril de 2011 (RJ 2011, 4255). La concurrencia de los presupuestos necesarios para determinar la responsabilidad de los liquidadores sociales», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 95 ss.
- CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier y CASTIELLA SÁNCHEZ-OSTIZ, Joaquín: «Escisión de sociedades», en *RJNot*, núm. 83, 2012, pp. 31 ss.
- CASTRO ARAGONÉS, Juan Manuel de: «La acción social de responsabilidad de los administradores», en *RJC*, núm. 2, 2013, pp. 413 ss.
- CONDE VIÑUELAS, Vicente: «Últimas modificaciones normativas en materia de ofertas públicas de adquisición de valores», en *La Ley*, núm. 8109, 2013.
- EMPARANZA SOBEJA, Alberto: «Sentencia de 5 de julio de 2012 (RJ 2012, 8021). Nulidad de la sociedad limitada y rescisión de las aportaciones sociales: notas delimitadoras», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 239 ss.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, María: «Sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 17 de octubre (RJ 2012, 9717). La Junta General ordinaria SRL celebrada fuera de plazo», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 371 ss.
- «El concurso de acreedores de la cooperativa», en *RDCP*, núm. 19, 2013, pp. 115 ss.
- ESCRIVÁ RUBIO, María: «¿Sabemos, con certeza, cuál es el régimen de representación en junta del socio de una sociedad de responsabilidad limitada?», en *La Ley*, núm. 8125, 2013.
- FAYOS FEBRER, Juan Bautista: «El conflicto de intereses y la extensión subjetiva del deber de abstención en el voto a persona distinta del socio: comentario a la STS de 26 de diciembre de 2012 (Civil) (RJ 2013, 1255)», en *RDM*, núm. 288, 2013, pp. 479 ss.

- FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS, Íñigo: «La transmisión “post mortem” vía societaria de la empresa», en *RdPat*, núm. 31, 2013, pp. 63 ss.
- FLANQUERT RIUTORT, Juan: «Extinción de la sociedad anónima y desaparición de su personalidad jurídica: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2012», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 361 ss.
- GALLEGO CÓRCOLES, Ascensión: «Ámbito de los asuntos a incluir en el orden del día a propuesta de la minoría en ejercicio del derecho al complemento de convocatoria: Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2012», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 429 ss.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «La escisión de sociedades mercantiles», en *RJNot*, núm. 81, 2012, pp. 147 ss.
- GILI SALDAÑA, M.^a Angels: «Sentencia de 2 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 10422). Adquisición preferente de acciones: perfección del contrato y precio de transmisión», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 489 ss.
- GIMENO RIBES, Miguel: «La paradoja del balance de las cooperativas: cuando los fondos propios son ajenos y los ajenos son propios. En torno a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 22 de febrero de 2012», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 463 ss.
- GINÉS CASTELLET, Nuria: «Impugnación de acuerdos sociales y abuso de derecho: algunas reflexiones para el ordenamiento jurídico español a la luz de la experiencia», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 272 ss.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia: «¿Cuáles son las condiciones de validez de una cláusula estatutaria de sometimiento a arbitraje no institucional?», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 321 ss.
- GUERRA MARTÍN, Guillermo: «El plan de acción de la Comisión Europea en materia de derecho de sociedades y gobierno corporativo», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 557 ss.
- HERNÁNDEZ PEÑASCO, Ramón: «El voto transfronterizo mediante intermediario financiero: el artículo 524 de la Ley de Sociedades de Capital», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 245 ss.
- HUERTA VIESCA, M.^a Isabel: «La Orden de 20 de marzo de 2013 sobre el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo de sociedades anónimas cotizadas y otros documentos y el equilibrio de género en los Consejos de Administración de las sociedades cotizadas españolas», en *RDBB*, núm. 130, 2013, pp. 332 ss.
- JORQUERA GARCÍA, Luis: «La web corporativa como instrumento de relación de la sociedades mercantiles con socios y terceros: aspectos prácticos», en *La Ley*, núm. 8186, 2013.
- LEMA DEVESA, Carlos: «Extensión y límites del derecho de marca», en *DN*, núm. 270, 2013, pp. 7 ss.
- LEÓN SANZ, Francisco José: «El gobierno corporativo de las sociedades cotizadas», en *La Ley*, núm. 8109, 2013.

- LUCEÑO OLIVA, José Luis: «Apuntes sobre el concepto de grupo de sociedades en la clasificación de créditos en el concurso», en *La Ley*, núm. 8102, 2013.
- MARTÍN ARESTI, Pilar: «Sentencia de 23 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10123). Validez de una compraventa de acciones con reserva del vendedor de los derechos políticos», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 449 ss.
- MEJÍAS GÓMEZ, Javier: «La orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, sobre contenido y estructura del informe anual de gobierno corporativo y el informe anual de remuneraciones», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 573 ss.
- MELERO BOSCH, Lourdes Verónica y NAVARRO FRÍAS, Irene: «Responsabilidad en la determinación de la retribución de los administradores y altos cargos en las sociedades de capital. (Presupuestos de). La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en la fijación de sus retribuciones», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 209 ss.
- MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, M.^a del Pilar: «Límites y eficacia del apoderamiento otorgado por el administrador de una sociedad. Estudio de la doctrina jurisprudencial a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2012», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 387 ss.
- MORENO SERRANO, Enrique: «La coordinación comunitaria de las sociedades anónimas en materia de protección de socios y terceros», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 585 ss.
- MUÑOZ GARCÍA, Alfredo: «El Emprendedor de Responsabilidad Limitada: reflexiones sobre el ámbito de protección», en *La Ley*, núm. 8209, 2013.
- NAVARRO FRÍAS, Irene y MELERO BOSCH, Lourdes Verónica: «Responsabilidad en la determinación de la retribución de los administradores y altos cargos en las sociedades de capital. (Presupuestos de). La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en la fijación de sus retribuciones», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 209 ss.
- NIETO DELGADO, Carlos: «Concurso, grupo de sociedades y administración concursal tras la reforma de 2011», en *RDGP*, núm. 19, 2013, pp. 255 ss.
- OLMEDO PERALTA, Eugenio: «El cumplimiento informatizado de los deberes contables del empresario», en *DN*, núm. 271, 2013, pp. 7 y ss.
- PALOMERO BENAZERRAF, Alberto y SANZ BAYÓN, Pablo: «Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas», en *ACM*, vol. 2, núm. 3, 2013, pp. 69 ss.
- PANIAGUA ZURERA, Manuel: «La sociedad-empresa cooperativa en la evolución de los modelos ius cooperativos de España», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 159 ss.
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu: «La sumisión de los conflictos entre administradores a mediación y a arbitraje: (a propósito de la RDGRN de 25 de junio de 2013)», en *La Ley*, núm. 8181, 2013.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis: «Sentencia de 18 octubre 2012 (RJ 2012, 9723). Impugnación de acuerdos sociales por nulidad de los

- mismos al ser contrarios a la Ley y al orden público», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 409 ss.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Sociedades concesionarias de obra pública, pignoración de créditos futuros y concurso de acreedores», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 49 ss.
- QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: «La sociedad cotizada ante el proyectado código mercantil», en *RDM*, núm. 288, 2013, pp. 11 ss.
- RODAS PAREDES, Paola: «La regulación actual de las causas de separación del socio en las sociedades de capital», en *RDM*, núm. 288, 2013, pp. 141 ss.
- SANZ BAYÓN, Pablo y PALOMERO BENAZERRAF, Alberto: «Alcance de la prohibición de asistencia financiera en las adquisiciones apalancadas», en *ACM*, vol. 2, núm. 3, 2013, pp. 69 ss.
- VERA DE PAZ, Nemesio: «El derecho de separación del socio en el caso de sustitución o modificación sustancial del objeto social. Especial referencia al supuesto de adquisición de participaciones sociales y a los grupos de sociedades», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 79 ss.
- VILLACORTA HERNÁNDEZ, Miguel Ángel: «Evaluación legislativa de las participaciones preferentes en el Derecho Comparado», en *RdPat*, núm. 31, 2013, pp. 271 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el ámbito bancario», en *ACM*, vol. 2, núm. 2, 2013, pp. 69 ss.
- FRANCH FLUXÁ, Juan: «Instituciones y mediadores en la resolución de conflictos mercantiles tras la Ley 5/2012», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 519 ss.
- GÓMEZ ALESSANDRI, Julia: «La Comisión Nacional de los Mercados y la competencia: planteamientos iniciales y resultado», en *La Ley*, núm. 8168, 2013.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo: «La Ley 9/2012 de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 489 ss.
- VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás: «La Ley 9/2012, de reestructuración y resolución de las entidades de crédito como derecho de excepción», en *ADCon*, núm. 30, 2013, pp. 181 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación», en *La Ley*, núm. 8172, 2013.
- JARNE MUÑOZ, Pablo: «La responsabilidad precontractual en el sector de la distribución comercial», en *RCD*, núm. 13, 2013, pp. 51 ss.

- LÓPEZ MIÑO, Antonio: «Sentencia de 29 marzo 2012 (RJ 2012, 8003). Resolución de contrato como denegación abusiva de suministro y responsabilidad de la empresa matriz por actos anticompetitivos de su filial», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 57 ss.
- MERCADAL VIDAL, Francisco y HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel: «La comercialización de swaps de tipos de interés como parte de productos financieros: comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 30 de mayo de 2013», en *La Ley*, núm. 8138, 2013.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «Swap y sinalagma», en *RCDI*, núm. 738, 2013, pp. 2771 ss.
- VAÑÓ VAÑÓ, M.^a José: «Responsabilidad del auditor por incumplimiento contractual: (a propósito de la STS de 3 de octubre de 2012 [RJ 2012, 9711])», en *RDM*, núm. 288, 2013, pp. 465 ss.

TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

- ZURIMENDI ISLA, Aitor: «Sentencia de 2 de julio de 2012 (RJ 2012, 7421). Sobre la distinción entre *exceptio doli* y excepción de tráfico», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 219 ss.

DERECHO CONCURSAL

- ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, Víctor: «Sobre la preferencia concursal de la prenda de créditos futuros», en *RDCP*, núm. 19, 2013, pp. 305 ss.
- ALONSO ESPINOSA, Francisco José: «El informe de la administración concursal: un intento de clarificación sistemática», en *RDCP*, núm. 19, 2013, pp. 101 ss.
- BACIGALUPO SAGGESE, Silvina: «Implicaciones concursales del anteproyecto de reforma del Código penal», en *RDCP*, núm. 19, 2013, pp. 361 ss.
- BERNÁLDEZ BERNÁLDEZ, Manuel Pedro: «El arrendamiento financiero (leasing) tras la reforma de la Ley concursal», en *RDCP*, núm. 19, 2013, pp. 281 ss.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «La emisión de facturas rectificativas del IVA derivadas de una declaración de concurso», en *ADCon*, núm. 30, 2013, pp. 99 ss.
- CÁRDENAS SMITH, Carlos de y GARCÍA RODRÍGUEZ, Ana: «El concepto de entidad financiera a los efectos de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal», en *La Ley*, núm. 8192, 2013.
- ENCISO ALONSO-MIÑUMER, María: «El concurso de acreedores de la cooperativa», en *RDCP*, núm. 19, 2013, pp. 115 ss.

- GARCÍA RODRÍGUEZ, Ana y CÁRDENAS SMITH, Carlos de: «El concepto de entidad financiera a los efectos de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal», en *La Ley*, núm. 8192, 2013.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José: «Los principios de UNIDROIT sobre las cláusulas de close-out netting», en *RDCP*, núm. 19, 2013, pp. 23 ss.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: «El fracaso del proceso concursal ya declarado», en *ADCon*, núm. 30, 2013, pp. 11 ss.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.^a Belén: «Sentencia de 21 marzo de 2012 (RJ 2012, 5571). Cumplimiento del contrato en interés del concurso y créditos contra la masa», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 13 ss.
- JIMÉNEZ BLANCO, Gonzalo: «Clasificación de créditos derivados de expedientes de expropiación», en *RDCP*, núm. 19, 2013, pp. 165 ss.
- LEÓN SANZ, Francisco José: «La reestructuración empresarial como solución de la insolvencia», en *ADCon*, núm. 30, 2013, pp. 75 ss.
- LÓPEZ SUÁREZ, Marcos Antonio: «Sentencia de 4 diciembre 2012 (RJ 2013, 912). Calificación de los créditos contraídos por el concursado en fase de ejecución del convenio en caso de que se produzca la apertura de la liquidación: créditos concursales (interpretación de la redacción anterior y actual del art. 84.2.5.º LC)», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 589 ss.
- LUCEÑO OLIVA, José Luis: «Apuntes sobre el concepto de grupo de sociedades en la clasificación de créditos en el concurso», en *La Ley*, núm. 8102, 2013.
- MARTÍN MORAL, María: «La relación entre el concurso de acreedores y la mediación», en *La Ley*, núm. 8195, 2013.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel: «Preconcuralidad de inmobiliarias, entrega de viviendas y rescisión concursal», en *RDCP*, núm. 19, 2013, pp. 295 ss.
- NIETO DELGADO, Carlos: «Concurso, grupo de sociedades y administración concursal tras la reforma de 2011», en *RDCP*, núm. 19, 2013, pp. 255 ss.
- OBARRIO MORENO, Juan Alfredo: «La quiebra y el concurso de acreedores en Derecho medieval español», en *RJNot*, núm. 82, 2012, pp. 323 ss.
- ORTIZ HERNÁNDEZ, Arturo: «La mediación en el concurso de acreedores: reflexiones y estrategias», en *La Ley*, núm. 8111 2013.
- «Concurso de acreedores de persona física, freshstart y mediación concursal: la rehabilitación del deudor», en *La Ley*, núm. 8172, 2013.
- OSMA, Alejandro: «A vueltas con la consideración como privilegiados de los créditos futuros tras la reforma de la Ley Concursal: recomendaciones prácticas para el acreedor pignoraticio», en *La Ley*, núm. 8112, 2013.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Sociedades concesionarias de obra pública, pignoración de créditos futuros y concurso de acreedores», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 49 ss.
- «SAREB y paraconcuralidad normativa», en *La Ley*, núm. 8200, 2013.

- RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: «La responsabilidad del representante del administrador persona jurídica en el concurso culpable», en *ADCon*, núm. 30, 2013, pp. 139 ss.
- SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel: «Los derivados en el concurso», en *Indret*, 2013-4.
- SENÉS MOTILLA, M. Carmen: «La homologación de los acuerdos de refinanciación», en *ADCon*, núm. 30, 2013, pp. 47 ss.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales», en *RDCP*, núm. 19, 2013, pp. 31 ss.
- VÁZQUEZ GARCÍA, David: «La legitimación de la sindicatura del concurso para el ejercicio de la acción “pauliana” o de rescisión por fraude de acreedores: comentario a la STS (Sala Primera) 245/2013, de 18 de abril (Rec. 1878/2009)», en *La Ley*, núm. 8161, 2013.
- ZABALETA DÍAZ, Marta: «El derecho concursal de la crisis: tendencias de reforma de las normativas concursales», en *ADCon*, núm. 30, 2013, pp. 195 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- ALLI ARANGUREN, Juan Cruz: «Las previsiones de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de ordenación del territorio y urbanismo, de la Comunidad Autónoma de La Rioja sobre patrimonios públicos de suelo, su constitución y gestión, y derecho de tanteo y retracto», en *RDU*, núm. 283, pp. 77 ss.
- BENGOETXEA ARRIETA, Francisco: «Efectos urbanísticos y ambientales de la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 13 de diciembre de 2012, por la que se declara inconstitucional y nula la Disposición Adicional Octava del Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia», en *RDU*, núm. 84, pp. 73 ss.
- «El propietario de suelo urbanizable que renuncia a participar en una actuación de transformación urbanística será expropiado a valor de suelo rural: aclaraciones a la disposición transitoria tercera de la Ley del Suelo», en *La Ley*, núm. 8138, 2013.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Primeras reflexiones sobre La Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», en *La Ley*, núm. 8117, 2013.
- CASTILLO DE LA TORRE, Fernando: «El Tribunal de Justicia completa y precisa su jurisprudencia sobre la posición del Derecho Internacional en el Derecho de la Unión, y concluye que el régimen de derechos de emisión de gases de efecto invernadero es compatible con el Derecho Internacional (STJ de 21-12-2011, As. Air Transport Association of America, C-366/10)», en *REDE*, núm. 46, 2013, pp. 93 ss.
- ESCUIN Y PALOP, Vicente: «Reflexiones sobre una última agresión al expropiado en vía de hecho», en *RDU*, núm. 283, pp. 39 ss.

- FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel: «Regularizaciones administrativas y su incidencia en los delitos urbanísticos: la demolición», en *RDU*, núm. 84, pp. 17 ss.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco: «No son buenos tiempos para los expropiados», en *RDU*, núm. 283, pp. 13 ss.
- LASO BAEZA, Vicente: «La inscripción en el Registro de la Propiedad de sentencias firmes anulatorias de instrumentos de planeamiento urbanístico», en *RCDI*, núm. 739, 2013, pp. 3596 ss.
- MEDIAVILLA CABO, José Vicente: «Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional relativa a la Ley de Cantabria 2/2011 sobre los procedimientos de indemnización patrimonial en materia urbanística de Cantabria», en *RDU*, núm. 84, pp. 117 ss.
- MERINO MATA, Francisco: «Algunas reflexiones de carácter técnico acerca de la valoración administrativa del suelo rural, a la luz del Reglamento de Valoraciones de la Ley del Suelo», en *RDU*, núm. 282, 2013, pp. 79 ss.
- PAREJO ALFONSO, Luciano José: «La ordenación urbanística en Alemania (Parte 2)», en *RDU*, núm. 282, 2013, pp. 13 ss.
- PÉREZ NOVO, Hipólito: «La suspensión de la ejecución de sentencias urbanísticas en la nueva Ley de Vivienda de Galicia», en *RDU*, núm. 84, pp. 41 ss.
- PONCE SOLÉ, Juli: «Derecho urbanístico y prevención y mitigación de desastres: la perspectiva española en el marco de la Unión Europea», en *RDU*, núm. 283, pp. 97 ss.
- ROMÁN MÁRQUEZ, Alejandro: «Los condicionamientos ambientales de los establecimientos de alojamiento turístico: situación actual y propuestas para su mejora», en *RDU*, núm. 283, pp. 135 ss.
- RUIZ BURSÓN, Javier: «La licencia urbanística de los complejos inmobiliarios privados (comentario del artículo 17.6 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que regula el texto refundido de la Ley de Suelo)», en *RJNot*, núm. 81, 2012, pp. 483 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- CARLÓN RUIZ, Matilde: «El Tribunal Constitucional como garante del Derecho comunitario. Reflexiones al hilo de la STC 27/2013, de 11 de febrero», en *REDE*, núm. 47, 2013, pp. 99 ss.
- CHRISTANDL, Gregor y QUINZA REDONDO, Pablo: «Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español», en *Indret*, 2013-3.
- GUERRA MARTÍN, Guillermo: «El plan de acción de la Comisión Europea en materia de derecho de sociedades y gobierno corporativo», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 557 ss.

- LEIRADO TEJERINA, Guiomar: «Los *torts* y la Directiva 2004/35: una visión comparatista de la responsabilidad por daños medioambientales», en *PDD*, núm. 117, 2013, pp. 100 ss.
- MARÍN AÍS, José Rafael: «La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la UE», en *RDCE*, núm. 44, 2013, pp. 233 ss.
- MOLINA GARCÍA, M.^a José: «La responsabilidad extracontractual en el Derecho de la Unión Europea: principios jurídicos generales y apuntes de la jurisprudencia comunitaria», en *PDD*, núm. 116, 2013, pp. 94 ss.
- MORENO SERRANO, Enrique: «La coordinación comunitaria de las sociedades anónimas en materia de protección de socios y terceros», en *RDS*, núm. 40, 2013, pp. 585 ss.
- QUINZA REDONDO, Pablo y CHRISTANDL, Gregor: «Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español», en *Indret*, 2013-3.
- RIERA BARSALLO, Patricia: «La solución europea a las obras huérfanas: la Directiva 2012/28/UE», en *La Ley*, núm. 8128, 2013.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «Acciones negativas, Derecho de la competencia y abuso del Derecho procesal en la Unión Europea. Consideraciones sobre el Asunto C-133/11, «Folien Fischer AG Fofitec AG c. Ritrama SpA»», en *REDE*, núm. 47, 2013, pp. 125 ss.
- SABIDO RODRÍGUEZ, Mercedes: «La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea. Su proyección en Derecho Internacional Privado español», en *RDCE*, núm. 45, 2013, pp. 499 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «El nuevo Plan de Acción de la Comisión Europea en materia de Derecho de sociedades y gobierno corporativo», en *RDBB*, núm. 130, 2013, pp. 311 ss.
- VARELLA FIGUEROA, Rebeca: «El ámbito de aplicación temporal del Reglamento 44/2001: aplicación en los nuevos estados miembros de las normas relativas al reconocimiento de sentencias extranjeras», en *La Ley*, núm. 8202, 2013.

DERECHO PROCESAL

- FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: «*Así es (si así os parece)*: el veredicto del proyectado modelo de Tribunal del Jurado», en *La Ley*, núm. 8110, 2013.
- GIMENO SENDRA, José Vicente: «Los convenios arbitrales de adhesión y su impugnación jurisdiccional (1)», en *La Ley*, núm. 8098, 2013.
- LACASTA GOÑI, M., PANTALEÓN DÍAZ, M. Y PEDROZA FERNÁNDEZ, L. A.: «El papel del juez y del legislador ante los retos de la ejecución hipotecaria: Reflexiones en torno al auto de la Audiencia Provincial de Navarra 111/2010 de 17 de diciembre», en *RJUAM*, núm. 26, 2012, pp. 123 ss.

- LACUEVA BERTOLACCI, Rodrigo: «La propuesta de anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria: una ruptura con el pasado», en *La Ley*, núm. 8152, 2013.
- LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl: «Aplicación de los foros de competencia judicial internacional previstos en el Reglamento Bruselas I a las obligaciones de tipo cambiario», en *La Ley*, núm. 8185, 2013.
- MORENILLA ALLARD, Pablo: «De nuevo, sobre la inconstitucionalidad del incidente de nulidad de actuaciones», en *La Ley*, núm. 8099, 2013.
- POSTIGO GUTIÉRREZ, Ana: «La ejecución de las resoluciones dictadas en los procesos de desahucio», en *La Ley*, núm. 8184, 2013.
- QUINZÁ REDONDO, Pablo: «Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 10 de julio de 2012 (RJ 2012, 8193). Conflicto negativo de competencia territorial», en *CCJC*, núm. 92, 2013, pp. 257 ss.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «Acciones negativas, Derecho de la competencia y abuso del Derecho procesal en la Unión Europea. Consideraciones sobre el Asunto C-133/11, “Folien Fischer AG Fofitec AG c. Ritrama Spa”», en *REDE*, núm. 47, 2013, pp. 125 ss.
- SALVÁ ROMARTÍNEZ, Llorenç: «El derecho a un juez imparcial», en *La Ley*, núm. 8195, 2013.
- SEOANE CACHARRÓN, Jesús: «Breve examen crítico sobre el Borrador de Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria», en *La Ley*, núm. 8184, 2013.
- VARELLA FIGUEROA, Rebeca: «El ámbito de aplicación temporal del Reglamento 44/2001: aplicación en los nuevos estados miembros de las normas relativas al reconocimiento de sentencias extranjeras», en *La Ley*, núm. 8202, 2013.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «Resolución de litigios “en línea” en materia de consumo. Marco normativo europeo y adaptación del sistema arbitral de consumo», en *RDNT*, núm. 32 2013, pp. 99 ss.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
ACM	Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios
DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
PDD	Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RDC	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDNT	Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías
RdPat	Revista de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid
RPJ	Revista del Poder Judicial
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

InDret	www.indret.com
La Ley	Diario La Ley

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

La renegociación de los contratos bajo amenaza (Un comentario a la STS de 29 de julio de 2013)

PEDRO DEL OLMO GARCÍA¹
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

En la STS 29 de julio de 2013 (RJ 2013/5010) el Tribunal Supremo tiene ocasión de enfrentarse a un caso de renegociación de un contrato de obra en el que el contratista arranca al comitente una modificación del contrato original por medio de la amenaza de no entregar la maquinaria que se había comprometido a fabricar para él. Es un caso claro de contrato novatorio afectado por la intimidación. En la actualidad este tipo de contratos novatorios, que probablemente son más frecuentes en situaciones de crisis económica, son uno de los escenarios más propios de la intimidación como vicio del consentimiento.

PALABRAS CLAVE

Vicios del consentimiento; intimidación; amenazas; temor; novación; renegociación del contrato

ABSTRACT

Under the threat made by a contractor to withhold his own performance, a client accepted a modification of the original contract in order to gain pos-

¹ Agradezco al profesor F. Pantaleón que llamara mi atención sobre esta sentencia. La profesora A. Soler leyó una versión preliminar y me hizo comentarios muy valiosos. Sin embargo, la responsabilidad por los errores que se puedan encontrar aquí es sólo mía.

session of the machines manufactured by the former in time to fulfill his own obligations towards third parties. In this clear case of economic duress, the Supreme Court decision of 29 July 2013 (RJ 2013/5010) declares void the said agreement and allows the claim for damages issued by the client.

KEY WORDS

Vices of Consent; Threats; Duress; Economic Duress; renegotiation of contracts; novation.

SUMARIO: 1. El caso.–2. Comentario. 2.1. La definición de la intimidación. (a) Primer requisito: mal inminente y grave. La ausencia de alternativas razonables. (b) Segundo requisito: la injusticia de la amenaza. 2.2. El significado de otros datos del caso.–3. Conclusión

1. EL CASO

En el caso decidido por la STS 29 de julio de 2013 (RJ 5010), un comitente –Zincobre Ingeniería, S.L.U., en lo sucesivo Zincobre– había encargado diversa maquinaria a un contratista –Diseño, Fabricación y Medio Ambiente, S.A., en lo sucesivo Difamasa– para ser empleada en un proyecto que el primero estaba desarrollando en Perú. Aunque Difamasa era quien había asumido esa obligación, lo cierto es que la maquinaria iba a ser fabricada por Talleres Llانةza (en lo sucesivo, Llانةza), que era una empresa que pertenecía al mismo grupo familiar al que pertenecía Difamasa.

El contrato entre Zincobre y Difamasa había sido firmado en noviembre de 2006 e incluía, entre otras cosas, una cláusula penal que obligaba al contratista a pagar «el 2,5% por cada semana de retraso con un máximo del 5% del valor del contrato en el suministro de ingeniería, y del 2,5% por cada semana de retraso con un máximo del 10% del valor del contrato para retrasos en el suministro de los equipos» (FD 2.º). Sin embargo, el 18 de julio de 2007 las partes acuerdan modificar el contrato original, en el sentido de suprimir esa cláusula penal y en el sentido de que el comitente «renuncia asimismo a dirigir cualquier reclamación frente a la contratista, asume además el establecimiento de otra fecha de entrega de la obra, así como otro tipo de costes que en principio no le correspondían» (FD 2.º II)². Es decir, en ese nuevo acuerdo se convierte el incumplimiento de Difamasa (retraso en la entrega) en un nuevo régimen contractual claramente más ventajoso para ésta.

Una vez vencida la obligación de pago, el contratista demanda al comitente exigiéndole que recoja la última parte de la mercancía fabricada y que termine de pagar el precio pactado (unos 325.000 €) en las condiciones acordadas en el contrato inicial con las modificaciones introducidas

² La SAP Asturias (sec. 1.ª de 26 de julio de 2010 (JUR 3090007) en que se basa la STS que comentamos explica (FD 1.º) que, en realidad, hubo dos contratos y que, por otro lado, existió un anexo de 20 de julio 2007 a ese acuerdo novatorio del 18 de julio. Esta descripción más detallada no añade, en realidad, nuevos datos que sean relevantes.

por la novación de julio de 2007. El comitente se opone y formula reconvencción en la que alega, por un lado, que el contrato había sido incumplido por el contratista en lo relativo a los plazos de entrega y en lo relativo a ciertos defectos que presentaba la maquinaria entregada, razones por las que reclama una indemnización de unos 1.800.000 €. Por otro lado, alega también que esa modificación de julio de 2007 del contrato original era anulable por haber sido arrancada bajo la amenaza de no entregar la maquinaria fabricada.

Tal como resume la SAP de Asturias de 26 de julio de 2010 (véase la nota 2 para la referencia), que es la sentencia en que se basa la STS que comentamos, el juez de primera instancia «acuerda mantener la vigencia del nuevo documento de fecha 18 julio 2007, si bien al entender que existieron diversos retrasos e incumplimientos por parte de Difamasa resuelve la litis desestimando la demanda principal y acogiendo parcialmente la reconvencción, por lo que condena a Difamasa a pagar a Zincobre la suma por principal de 151.350,74 euros, absolviendo sin embargo a la reconvenida Talleres Llانةza de la reclamación dirigida en su contra al rechazar el levantamiento del velo solicitado y apreciar en consecuencia su falta de legitimación pasiva» (FD 2.º). En la Audiencia, cada parte insiste en su propia posición y finalmente triunfan las pretensiones esgrimidas por el comitente en su reconvencción. De esa manera se admite, entre otras cosas, la legitimación pasiva de Llانةza y se anula por intimidación el acuerdo novatorio de julio de 2007. El resultado del litigio en la Audiencia para Difamasa y Llانةza cambia, pues, de medio a medio: pasan de una condena a Difamasa por unos 150.000 € a una condena solidaria a Difamasa y Llانةza de cerca de dos millones de euros. Recurrida la sentencia de la Audiencia en estos extremos por los condenados, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia y, en mi opinión, acierta.

Como explica el propio Tribunal Supremo, hay dos cuestiones planteadas en la casación. Por un lado, está la cuestión de la anulabilidad del acuerdo novatorio de julio de 2007 y, por otro lado, la cuestión de la legitimación pasiva de Llانةza.

1. Sobre esta última cuestión, que alude a la aplicación de la llamada doctrina del levantamiento del velo, no voy a entrar en este comentario. Es una cuestión relativamente clara en este caso y creo que queda bien resumida en el siguiente párrafo de la propia STS: «Los hechos se han declarado probados y la calificación es indiscutible. Es cierta la alegación de la personalidad propia de la persona jurídica, pero la doctrina del levantamiento del velo sirve, precisamente para evitar que aquello se utilice para burlar los derechos de un tercero. Este es el presente caso, en que una sociedad descapitalizada (Difamasa) presenta la apariencia del contratante, siendo así que es otra sociedad (Llانةza) la que efectivamente realiza la obra y si, como en el presente caso, incumple los plazos y cumple defectuosamente la ejecución de la obra, es la que incurre en la responsabilidad (artículo 1101 del Código civil) que no se discute en este recurso y que esta Sala mantiene, sin dejarse llevar por la apariencia de una personalidad jurídica independiente» (FD 3.º-4).

2. Respecto de la cuestión de la anulación del acuerdo novatorio por intimidación, la STS destaca algunos datos para apoyar su decisión de que el citado acuerdo no fue producto de la libre decisión y algo más tarde, después de recordar la doctrina jurisprudencial asentada en estas materias, concluye que efectivamente estamos ante una novación arrancada por medio de la inti-

midación. Así, en primer lugar, el Tribunal Supremo (FD 2.º-2) señala algunos datos diciendo que:

«De los hechos que la sentencia de instancia declara probados, habiendo analizado detalladamente la prueba practicada, aparece que el supuesto acuerdo de 18 de julio de 2007 “sin que podamos admitir... que el documento cuestionado fuera el producto de la libre decisión de ambas partes...” (sic.) en cuyo documento Zincobre viene a renunciar a varios derechos económicos adquiridos con el contrato original eran del 2,5% por cada semana de retraso con un máximo del 5% del valor del contrato en el suministro de ingeniería, y del 2,5% por cada semana de retraso con un máximo del 10% del valor del contrato para retrasos en el suministro de los equipo), renuncia asimismo a dirigir cualquier reclamación frente a la contratista, asume además el establecimiento de otra fecha de entrega de la obra, así como otro tipo de costes que en principio no le correspondían; todo ello sin obtener a cambio ninguna ventaja relevante para sí.

Además, Zincobre hace constar expresamente que “se realiza para permitir la salida de la mercancía retenida ilegalmente por Difamasa y Talleres Llانة y evitar mayores retrasos y daños en la obra”.

Cuando Difamasa exige a Zincobre la firma del documento datado el 18 julio ya estaba contratado por esta última el flete aéreo del avión que debía despegar con la mercancía el 25 julio y que la suscripción de aquel texto fue condición necesaria para permitir la salida de los camiones; Difamasa había enviado una comunicación señalando que “es importante que no enviéis los camiones antes de tener solucionado el tema de los avales y el contrato, pues no podrían cargar”.»

En segundo lugar, después de aclarar que cabe una revisión en casación de la calificación de intimidación que no altere los hechos declarados probados en la Audiencia, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia en todos sus puntos. Para ello, el Tribunal Supremo se limita a recoger la cita de una STS de 21 octubre 2005 (RJ 2005, 8548) que, a su vez, se remite y cita otras sentencias anteriores, recogiendo incluso párrafos literales, con un escalonamiento de las historias que recuerda la metaficción de nuestra literatura del siglo de oro. En efecto, tras recoger largas citas de esa STS de 21 de octubre, la STS en comentario concluye que:

«Y asimismo, es el caso que se contempla aquí. Una de las partes, Difamasa exige la aceptación (formal) de una modificación del contrato originario que fue celebrado libremente por las partes, en la que la parte contratante Zincobre agrava su posición contractual en forma grave, ciertamente importante, ya que de no hacerlo no se le entrega el material que debe cargar en el avión fletado para una fecha inminente, lo que le causaría un perjuicio, mal, frente a un tercero que es el contratante sito en Perú».

2. COMENTARIO

La STS en comentario parece reconocer la especificidad de los casos de renegociación de contratos desde el punto de vista del juego de la intimidación, lo que es buena noticia y debe ser bienvenido. En efecto, en los contratos novatorios la intimidación ofrece perfiles especiales y merece la pena ajustar el mecanismo para que el sistema dé una respuesta clara y precisa a esos casos en que se amenaza con incumplir un contrato para arrancar una modificación en el régimen contractual original³. Hay ya un buen grupo de sentencias que deciden casos de este tipo, pero faltaba un reconocimiento jurisprudencial de su especificidad⁴.

El comentario está estructurado con un breve repaso de la definición de la intimidación como vicio de la voluntad en general y luego una explicación de sus características específicas en la renegociación de contratos a la luz de la STS 29 de julio de 2013. Después se propone una lectura de algunos datos de valor accesorio señalados en esa STS y se termina con un breve epígrafe de conclusiones.

2.1 La definición de la intimidación

La figura de la intimidación que es capaz de anular un contrato exige la concurrencia de dos requisitos. Por un lado (a) tiene que haberse producido el anuncio de un mal inminente y grave que causa un temor racional y fundado en la parte que pretende la anulación del contrato y, por otro lado, (b) la amenaza tiene que haber sido injusta. Esta definición estructurada en dos requisitos es muy frecuente en las distintas doctrinas de Derecho comparado, en la opinión de algunos de los autores más respetados en España y, además, ha sido asumida en los Principios de UNIDROIT, en los PECL y en el DCFR⁵. Por otro lado, esa definición con dos requisitos claramente diferenciados atiende a la idea tradicional, formulada por ejemplo en la doctrina francesa, de que la intimidación siempre ha tenido una dimensión de vicio de la voluntad (el contratante está afectado al contratar por un temor causado por amenazas) y una dimensión delictual (que capta la exigencia de una injusticia en la amenaza)⁶.

Sin embargo, en nuestra jurisprudencia se emplea muchas veces una definición prolija y complicada que no creo que sea muy recomendable. Esa

³ Esta necesidad de aclarar las cosas se entiende bien cuando se tiene la ocasión de ver sentencias como la de 20 de febrero de 2012 (RJ 4042), en la que el TS –despistado quizá porque en este caso es David el que amenaza injustamente a Goliat– protege al que amenaza y desampara a la víctima en la renegociación de un contrato.

⁴ En la doctrina, en cambio, el grupo de casos había sido ya señalado por C. PAZ-ARES en «Principio de eficiencia y Derecho privado», *Estudios en homenaje a M. Broseta Pont*, III, Valencia, 1995, pp. 2843-2900, en pp. 2866 ss. Por mi lado, estudié estos casos con detenimiento en P. DEL OLMO GARCÍA, *La amenaza de incumplir un contrato como vicio del consentimiento*, Valencia, 2003. Es interesante el trabajo jurisprudencial de J. R. GARCÍA VICENTE, «La intimidación en los contratos», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-picazo, II*, Madrid, 2003, p. 1903-1928.

⁵ En España, véase, A.M. MORALES MORENO, «Comentario a los artículos 1267 y 1268», en M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1993, p. 348. Los textos del llamado *soft law* que son relevantes en este terreno están en la nota 11.

⁶ Por todos, M. PLANIOL y G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VI-1.º París, 1930, pp. 259 y 262.

definición aparece también en la STS en comentario (FD 2.º 3, citando la ya mencionada STS de 21 octubre de 2005). Se trata de la conocida fórmula de que para apreciar intimidación «es preciso que uno de los contratantes o persona que con él se relacione, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral de tal entidad que por la inminencia del daño que pueda producir y el perjuicio que hubiere de originar, influya sobre su ánimo induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses, es decir que consiste en la amenaza racional y fundada de un mal grave, en atención a las circunstancias personales y ambientales que concurran en el sujeto intimidado y no en un temor leve y que, entre ella y el consentimiento otorgado, medie un nexo eficiente de causalidad»⁷.

Es cierto que otras veces se encuentran en la jurisprudencia formulaciones más clara y manejables, como la formulación contenida en la STS 20 febrero 2012 (RJ 4042), según la cual los requisitos exigidos por la Jurisprudencia son: «amenaza injusta o ilícita, temor racional y fundado, mal inminente y grave y nexo causal entre la amenaza y el consentimiento prestado» (FD 4.º). Si estos requisitos que se mencionan en esa STS dejaran claro que se estructuran en los dos miembros de la definición que he mencionado al comienzo de este epígrafe, dejando claro que se trata en realidad de sólo dos requisitos que se pueden describir con más o menos detalle, mi acuerdo sería total.

En nuestro país, el art. 1267 CC recoge el primero de esos requisitos mencionados (a) y ha sido la doctrina y la jurisprudencia los que han aclarado la necesidad de que concurra también el segundo (b). Vayamos por partes:

(a) Primer requisito: mal inminente y grave. La ausencia de alternativas razonables.

1. Para apreciar intimidación en un contratante, nuestro artículo 1267 CC exige que haya existido un temor racional y fundado inspirado por el anuncio de un mal inminente y grave. La exigencia de que se produzca un temor es obvia en un vicio de la voluntad que consiste en la falta de libertad, mientras que la exigencia de que ese temor sea racional y fundado alude, en realidad, al problema de determinar el módulo con el que juzgar el efecto de la amenaza sobre el amenazado; es decir, alude al problema que aborda el tercer párrafo de ese artículo 1267 diciendo que «para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona». La idea de que ese temor ha debido ser causado por la amenaza sirve para resolver algunos casos que, en realidad, no son muy complicados y tampoco interesan mucho en este momento. Donde está el contenido más propio de la definición de la intimidación como situación en la que se actúa afectado por un temor es en la exigencia de que se anuncie un *mal inminente y grave*:

1.a) En primer lugar, que el mal sea *grave* significa que es un mal de cierta entidad y, como se destaca especialmente en Derecho comparado, que es un mal *mayor* que el mal que supone contratar en las circunstancias propuestas por el autor de la amenaza⁸. Esta idea se formula muchas veces

⁷ Se trata de una fórmula muy repetida que, según M. PASQUAU LIAÑO, *Jurisprudencia civil comentada: Código Civil, Granada*, 2000, p. 2193, aparece por primera vez en la STS 27 de febrero de 1964 (RJ 1153).

⁸ La idea del mal menor está muy clara en J.L. LACRUZ *et al.*, *Fundamentos de Derecho civil*, II-1.º 4.ª ed., Madrid, 2007, p. 370.

diciendo que *voluntas coacta tamen voluntas est*. Es decir, que el contratante amenazado quiere realmente celebrar el contrato viciado; lo que ocurre es que lo quiere celebrar como mal menor. Como dice la propia STS en comentario, Zincobre acepta la novación para «evitar mayores retrasos y daños en la obra» (FD 2.º2). En otras palabras, que el comitente prefiere aceptar importantes modificaciones en el contrato original para no arriesgarse a incumplir por su lado el contrato que estaba ejecutando en Perú y para el cual necesitaba la maquinaria fabricada por el contratista.

En el caso real que nos ocupa, tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo describen bien las renunciaciones al régimen contractual original por las que el comitente tiene que pasar. Ya hemos mencionado que el comitente renuncia al juego de una cláusula penal, se compromete a no hacer reclamaciones al contratista y asume obligaciones adicionales que llevan a que tenga que pagar unos 60.000 € más. Por el contrario, no se describen en detalle los males que el comitente tendría que arrostrar frente a su contratante de Perú si, a causa del retraso en el cumplimiento de Difamasa, él mismo se viera forzado a incumplir. Sólo se alude a que, al plegarse a la novación propuesta por el contratista, el comitente deseaba, como ya hemos señalado, evitar «mayores retrasos y daños en la obra (de Perú)» (FD 2.º 2).

En cambio, en la STS de 5 de octubre de 1995 (RJ 7021) en la que el Tribunal Supremo apreció que el arrendatario de una nave industrial había intimidado al arrendador para arrancarle una modificación del contrato original en el sentido de reconocer al primero una indemnización por resolución del contrato, sí se preocupó de señalar que ese arrendador tenía ya cerrada la venta de la nave y que se había comprometido a entregarla libre de arrendamientos en un plazo determinado cuyo incumplimiento disparaba la aplicación de una exigente cláusula penal⁹.

1.b) En segundo lugar, que el mal sea *inminente* significa que es un mal próximo y difícilmente evitable¹⁰. Si el amenazado pudiera, por el contrario, escapar fácilmente al mal que se anuncia en la amenaza, mal se podría decir que ha consentido bajo intimidación.

En el caso real que nos ocupa, el Tribunal Supremo dice (FD 2.º3, *in fine*) que:

«una de las partes, Difamasa exige la aceptación (formal) de una modificación del contrato originario que fue celebrado libremente por las partes, en la que la parte contratante Zincobre agrava su posición contractual en forma grave, ciertamente importante, ya que de no hacerlo no se le entrega el material que debe cargar en el avión fletado para una fecha inminente...»

A pesar de esta forma de explicarse del Tribunal Supremo, es claro que la inminencia de la salida del avión fletado por Zincobre tiene poco que ver con el anuncio de un mal que sea inminente. El mal que Zincobre trata de evitar sometiéndose a las presiones de Difamasa no es perder un avión. Ni siquiera se conocen los términos en que ese flete estaba pactado y si se podía modificar la salida del avión. Es más, si Difamasa causara la pérdida de ese avión o

⁹ Más información sobre el significado de esta STS en P. DEL OLMO (2003) pp. 114-116.

¹⁰ Como explica L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 6.ª ed., Madrid, 2007, p. 191.

el encarecimiento del transporte, no hay duda que Zincobre lo podría reclamar como daños causados por el incumplimiento del primero. En cambio, como veremos más abajo, no es ni mucho menos seguro que Zincobre pudiera reclamar una indemnización completa por los daños en la ejecución de su proyecto de Perú causados por el incumplimiento de Difamasa.

Volviendo al significado del término *inminente*, es mejor explicar que el mal anunciado es inminente porque ese carácter está implícito en el retraso ya producido en el cumplimiento de Difamasa y en el hecho de que esta empresa tiene en su poder las piezas fabricadas, sin que Zincobre tenga otra forma de obtenerlas. Es decir, que la amenaza de Difamasa es perfectamente eficaz porque está en su mano retener la maquinaria, mientras que Zincobre no puede hacer nada para escapar al mal que se le anuncia.

2. En los sistemas anglosajones, y ahora en diversos textos del llamado *soft law*, está muy extendida la formulación de una definición de la intimidación que atiende a la existencia de una amenaza injusta que deja al contratante *sin más alternativa que consentir*¹¹. Como se ve si se compara esta definición con la que formulamos al comienzo de estos comentarios, el requisito de la injusticia no ha variado, pero sí se formula de manera distinta el requisito de que estemos ante una situación en la que el contratante no decida desde una posición de libertad. Así, el requisito que nuestro CC enuncia con la idea de que el mal amenazado sea «inminente y grave» se formula ahora diciendo que el contratante *no tiene más alternativa que la de consentir*¹². Sin embargo, como he explicado en otro lugar, ambas formulaciones tienen en realidad el mismo significado.

En efecto, esa idea de la equivalencia conceptual entre esas dos formulaciones se entiende fácilmente si recordamos que Savigny –en una explicación muy citada– decía que, ante una amenaza, la víctima puede elegir entre tres líneas de actuación: puede (a) negarse a contratar y soportar el mal anunciado; (b) negarse a contratar y tratar de escapar al mal anunciado; o (c) plegarse a la amenaza y contratar. Esta última situación es la que describe un estado de voluntad coaccionada. Si el contratante se encuentra en esta última situación, decimos que ha consentido bajo intimidación y el ordenamiento le abre la posibilidad de escapar a esa situación de falta de libertad consintiendo hoy lo que mañana podrá tratar de anular. En esta situación, como se ve, el amenazado *no tiene más alternativa razonable que consentir*. No tiene otra alterna-

¹¹ El artículo II.-7:206 del DCFR, en una traducción promovida por la Universidad de Ösnabruck y liderada en España por C. Jerez (UAM) y F. Oliva (UPO), dice: «(1) Una parte puede anular un contrato cuando la otra parte ha inducido a su celebración mediante coacción o por la amenaza de un daño inminente y grave que es ilícito causar, o que es ilícito utilizar como medio para obtener la conclusión del contrato. (2) Una amenaza no se considera que induce a celebrar el contrato si, atendiendo a las circunstancias, la parte amenazada tenía una *alternativa razonable*». (énfasis añadido). El artículo 4:108 de los PECL, en el inciso que nos interesa, dice que se puede anular un contrato celebrado bajo una amenaza injusta: «...a menos que, en las circunstancias, esa parte tuviera abierta una *conducta alternativa razonable*» (énfasis añadido).

Por su lado, en el mismo sentido, los Principios de UNIDROIT, dicen en su artículo 3.9: «(Amenaza, fuerza o intimidación) Cualquiera de las partes puede dar por anulado un contrato cuando fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, la cual, tomando en consideración las circunstancias del caso, fue tan inminente y grave que *no le dejó otra alternativa razonable*» (énfasis añadido).

¹² Esta formulación es usada también en nuestra doctrina reciente, como se puede ver por ejemplo en J.R. GARCÍA VICENTE, «Comentario al artículo 1267», en R. BERCOVITZ (dir.), *Comentarios al Código Civil*, VII, Valencia, 2013, pp. 9113, 9116, entre otras.

tiva porque (a) no puede negarse a contratar y soportar el daño dado que estamos ante un mal *grave*, en palabras de nuestro CC; y tampoco puede (b) negarse a contratar y esquivar la amenaza porque estamos ante, en palabras de nuestro CC, un mal *inminente*, es decir, difícilmente evitable. Como no tiene otra alternativa, elige la opción (c) y consiente afectado por la amenaza. En efecto, la descripción de la situación de voluntad coaccionada, es decir, de voluntad no libre la describe nuestro CC con la formulación del anuncio de un mal *inminente* y *grave*, pero bien puede definirse aludiendo a que el contratante consiente porque no tiene más remedio, es decir, que consiente porque no tiene *más alternativa razonable*.

Si admitimos esta equivalencia conceptual entre estas dos maneras de definir la situación de vicio de la voluntad del que consiente bajo intimidación, se abre la puerta para lograr algunas ventajas, especialmente en el terreno de las amenazas de incumplir un contrato. Al menos, las siguientes:

a) En primer lugar el test de si el amenazado tenía o no alguna alternativa razonable es más fácil de aplicar a estos casos que el de atender a si el mal amenazado era inminente y grave. Esta segunda definición de la amenaza, la de nuestro CC, parece más ajustada a las amenazas que afectan a la *persona o propiedades* de la víctima (cfr. art. 1267 CC), pero no parece muy certera para juzgar las amenazas que consisten en el anuncio de un mal puramente patrimonial (la figura que interesa en este comentario se llama *economic duress*, en los sistemas de *common law*), como es el caso del anuncio de un incumplimiento contractual similar al que se decide en la STS en comentario.

b) Además, el test que definiendo –si existe o no una alternativa razonable– es claramente objetivo, lo cual encaja bien con el contexto mercantil y empresarial en que se dan muchas veces estos casos de renegociación bajo presión.

c) En tercer lugar, y probablemente lo más importante, este planteamiento de las cosas deja claro que la pregunta decisiva en estos casos de amenaza en contratos novatorios es preguntarse qué puede hacer el amenazado para escapar de la situación en la que se encuentra; es decir, qué alternativas tiene a la de someterse a la presión de que es objeto. Esta manera de plantear la pregunta relevante hace que se pueda aprovechar muy fácilmente la experiencia del *common law* estadounidense en este campo. La cosa tiene su interés porque ese sistema es el que más ha profundizado en el estudio de los casos de amenaza de incumplimiento de un contrato.

En el *common law* estadounidense se dice que, ante la amenaza de incumplir un contrato, el amenazado puede tratar de escapar de esa amenaza acudiendo a alternativas extrajurídicas (o de mercado) y a alternativas jurídicas.

En las llamadas alternativas extrajurídicas el amenazado escapa de la amenaza acudiendo al mercado a buscar una fuente alternativa de suministro (o una operación de venta alternativa). En efecto, una amenaza de no entregar cosas fungibles tiene poca virtualidad, si el amenazado puede encontrar esa misma mercancía en el mercado para cubrirse (y posteriormente reclamar daños y perjuicios, en su caso, al incumplidor). La relevancia de esta posibilidad de acudir al mercado en las situaciones de renegociación de contratos se puede ver, por ejemplo, en la STS de 7 de febrero de 1995 (RJ 745), en la que un contratista había renegociado con el subcontratista unos trabajos que implicaban el uso de una grúa de gran tamaño en la instalación de unos rada-

res de la NASA en España. El contratista alegaba que había accedido a esa novación bajo la amenaza del subcontratista de retirar la grúa y ante la inexistencia de grúas similares en el mercado. Su alegación de intimidación fracasó en el caso, entre otras cosas, porque el contratista no pudo demostrar la inexistencia de grúas similares en el mercado. La conclusión, entonces, no tiene escapatoria: si el contratista podía haber contratado en el mercado otra grúa similar y no lo hizo, es claro que consintió la novación propuesta por el subcontratista porque quiso y no por la presión de la amenaza de retirar la grúa.

En cambio, en la STS en comentario, la amenaza de no entregar las piezas que Difamasa construyó específicamente para Zincobre es muy eficaz porque va de suyo que no existen piezas similares a éstas en el mercado. En efecto, cuando la amenaza consiste en no entregar una cosa que sólo el autor de la amenaza puede entregar, no existen esas alternativas extrajurídicas. Esto ocurre típicamente en casos de entrega de un bien específico o en casos similares al afrontado en la STS en comentario, en los que se trata de entregar piezas construidas por encargo¹³. Lo mismo ocurre cuando se amenaza con no entregar un bien que es propiedad del amenazado¹⁴. En todos estos casos lo único que puede hacer, entonces, el amenazado es acudir a las alternativas jurídicas: defenderse del mal amenazado por medio de los recursos que el ordenamiento pone a su disposición.

Lo que ocurre es que hay veces que los remedios jurídicos no representan una alternativa razonable. Por ejemplo, en un caso estadounidense antiguo y muy comentado, el acreedor cuyo crédito había quedado fuera de la masa de la quiebra logra cobrar a través de obtener una orden judicial que le permitía retener un bien de la propiedad del deudor. En el caso, el bien retenido era un cargamento de hielo que estaba en un vagón aparcado al sol. No había otra manera de salvar el cargamento de hielo que no fuera pagar el crédito. Así lo hizo el deudor en el ejemplo, impugnando luego con éxito ante los tribunales el pago mediante una alegación de intimidación.

En nuestro caso, el Tribunal Supremo no explica por qué Zincobre no puede defenderse a través de los remedios jurídicos habituales. Quizá es porque lo da por supuesto, pero en mi opinión estaría bien haber dejado claro que no basta con que el amenazado no quiera pleitear o desee ahorrar tiempo, sino que sólo en algunos casos cabe entender que los remedios jurídicos no son una alternativa razonable para el amenazado. Como he explicado en otro lugar, la dilación en la aplicación de los remedios jurídicos es un ingrediente necesario pero no suficiente para entender que el amenazado no puede recurrir a los remedios legales para defenderse de la amenaza de incumplimiento.

¹³ En la literatura del análisis económico del Derecho se señalan estos casos como terreno abonado a lo que se llama comportamiento oportunista de las partes de un contrato. Véase, por todos, el resumen de O.E. WILLIAMSON, «Opportunistic Behaviour in Contracts», en P. Newman, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, III, Londres, 1998, pp. 703 y ss.

¹⁴ Como ocurría en la STS 4 de octubre de 2002 (RJ 9797), en la que la propietaria de un buque (Lloyd Brasileiro) se niega a entregar el cemento que ese buque transportaba y que era ya de la propiedad del amenazado (Agrox S.A.). Éste tuvo que consentir un acuerdo en el que accedía a pagar a Lloyd Brasileiro unos 80.000 €, para lograr que el buque retornara a aguas españolas y entregara la mercancía. Una vez con la mercancía en su poder, Agrox S.A. impugna el citado acuerdo por intimidación y el TS acaba dándole la razón. Se puede ver un comentario de esa STS en P. DEL OLMO, «La bolsa, la vida y la intimidación económica», en Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola, II, Madrid, 2006, pp. 3337-3352.

La formulación de las razones que hacen que el remedio jurídico no sea una alternativa razonable para el amenazado no es fácil y, en mi opinión, no hay más alternativa que la de recurrir a una cláusula general.

Así, se puede entender que el remedio jurídico es inadecuado para el amenazado cuando aquel no puede evitar el daño especial que éste sufriría a raíz del incumplimiento que amenaza el deudor. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha prestado atención, en este sentido, al daño a la propia imagen y al prestigio del amenazado frente a sus clientes (STS de 7 de febrero de 1995), al daño muy remoto y difícilmente indemnizable (STS 6 mayo 1960), al daño causado por caer en concurso de acreedores (STS 5 de abril 1993), al peligro de sufrir la resolución del contrato de venta a un tercero y de que se desencadene la aplicación de una cláusula penal (STS 5 de octubre 1995). Ya hemos dicho que en nuestro caso la sentencia es quizá demasiado parca en la descripción de los males que Zincobre sufriría a causa del incumplimiento de Difamasa (el FD 2.º sólo dice que Zincobre acepta novar para evitar «mayores retrasos y daños en la obra de Perú»). Sólo queda la posibilidad de imaginar que el incumplimiento de Difamasa causaría a Zincobre daño a su reputación, otros daños por incumplir sus propios compromisos en Perú que no es fácil saber si resultarían cubiertos por el ámbito de protección del contrato incumplido por Difamasa y, en este caso, la necesidad de habérselas con una empresa, Difamasa, que es una pantalla descapitalizada de Llaneza, lo que añade más incertidumbre a una eventual exigencia de responsabilidad.

En cualquier caso, merece la pena destacar que, cuando estamos ante un contrato novatorio situado en contextos mercantiles y empresariales como el caso de la STS en comentario, juega un papel fundamental la idea de que los remedios jurídicos por incumplimiento (del contrato) no sean adecuados¹⁵. Esto se debe a que, como se ve en la situación creada en nuestro caso por la negativa de un contratista a entregar las piezas especialmente fabricadas a un comitente que las va a emplear en un proyecto que desarrolla en Perú para un tercero, (a) la resolución no tiene mucho sentido, dada la ausencia de la posibilidad de cubrirse en el mercado por la especificidad de la maquinaria retenida; (b) la pretensión de cumplimiento no es lo suficientemente rápida para obtener la entrega de esa maquinaria; y, sobre todo, (c) la inadecuación de los remedios por incumplimiento se debe en estos casos a que la pretensión indemnizatoria –que puede acompañar con distinta medida a las dos primeras acciones– probablemente no alcanzaría a cubrir los daños que causa el incumplimiento de Difamasa.

(b) Segundo requisito: la injusticia de la amenaza.

El segundo requisito de la definición de amenaza que formulamos al comienzo de estos comentarios es el de que la amenaza sea injusta o antijurídica. En este terreno hay que partir de reconocer que todos los contratos se celebran bajo una presión que deriva de las circunstancias normales de nuestra economía. Esto es así hasta el punto de que los economistas han teorizado un presupuesto general que afecta a todas las decisiones económicas: el lla-

¹⁵ Sobre los remedios por incumplimiento en general, F. PANTALEÓN, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993-IV, pp. 1719 ss; A.M. MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, 2006 y N. FENOY, «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», *ADC*, 2011-IV, pp.1481 ss.

mado supuesto de la decisión bajo restricciones. En nuestro sistema la doctrina dice en un sentido similar, por ejemplo, que cabe amenazar con acudir a otro proveedor para arrancar unas mejores condiciones en el intercambio¹⁶. Así las cosas, la cuestión es que, como había dicho ya F. de Castro, «los jueces tienen así que realizar la delicada tarea de distinguir entre: las presiones usuales en la vida de los negocios, que como tales se estiman permitidas, de aquellas otras claramente reprobadas». Esa delicada tarea se realiza mediante el requisito de la injusticia de las amenazas.

Hablando de este requisito en general se puede recordar que en muchas ocasiones la doctrina hace la distinción entre el anuncio de un mal que es ilícito en sí mismo y el anuncio de un mal que no lo es. Los primeros suponen amenazas que por regla general son injustas, mientras que las segundas exigen hilar más fino.

Para estas últimas, que en nuestro caso no creo que ofrezcan interés, el punto de partida ha estado siempre en la idea de que *non videtur vim facere qui suo iure utitur*. Es decir, que el ejercicio no abusivo de un derecho –el que pretende lograr el mismo contenido que el derecho reconoce a su titular– no puede ser considerado una amenaza. Esta forma de plantear las cosas es conocida en la doctrina italiana actual con el nombre de *teoría de la congruencia*. El Tribunal Supremo lo ha formulado recientemente diciendo que «no es injusto el mal que dependa del ejercicio de un derecho o facultad legítima», siempre que «el ejercicio del derecho que se anuncia sea correcto y no abusivo». Es decir, que «con la amenaza se pretenda obtener lo que se conseguiría también mediante el proceso judicial con que se intenta intimidar» (todas son citas de STS 21 octubre 2005 RJ 8548, en el FD 3.º que hace referencia a otras muchas SSTs).

En la STS en comentario no se alude a este requisito de la injusticia de la amenaza, quizá porque la amenaza del caso es claramente injusta. De todas formas, creo que merece la pena explicar el papel que juega normalmente ese requisito de la injusticia en las amenazas utilizadas en los contratos novatorios. Para esto, el punto de partida ya lo hemos colocado y es intuitivamente muy claro: la amenaza de incumplir un contrato es injusta, por regla general.

En efecto, amenazar con incumplir un contrato es anunciar un mal injusto en sí mismo y, en ese sentido, se parece a una amenaza dirigida contra la integridad física o contra la propiedad. Sin embargo, como regla general que es, la regla de que es injusto amenazar con incumplir un contrato admite excepciones. En el terreno de los contratos novatorios, la razón que está detrás de esas excepciones es la conveniencia de que sea posible modificar los contratos después de su perfección. En el grupo de casos más significativo, esas excepciones obedecen a la necesidad de que el sistema deje un margen en el que las partes puedan renegociar válidamente un contrato para ajustarse a los cambios relevantes que de forma sobrevenida hayan afectado a las circunstancias que rodean ese contrato. En efecto, todos los contratos pueden revelarse incompletos y, por ello, la posibilidad de pactar sobre la marcha para ajustarse a las nuevas circunstancias no puede ser despreciada. Por eso, hay veces que amenazar con incumplir un contrato no es injusto. Por decirlo con palabras más suaves, pero que no cambian el significado de la frase, hay veces en las que el *anuncio* de que no se va a cumplir con lo originalmente pactado puede suponer no una amenaza injusta, sino el ejercicio de un derecho.

¹⁶ El ejemplo es de G. GARCÍA DE VALDECASAS, *Parte general del Derecho civil español*, Madrid, 1993, p. 356.

Esto ocurre típicamente cuando las circunstancias que rodean al contrato han variado tanto que se ve afectado el compromiso mismo en que consiste dicho contrato. La manera en que la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Derecho de Obligaciones elaborada en 2009 por la Comisión General de Codificación (PMDO, en lo sucesivo) aborda la llamada «alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato» puede servirnos de guía en este momento. Así, el artículo 1213 de la citada PMDO dice que, «Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso (...), no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, *podrá pretender su revisión*, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución» (énfasis añadido)¹⁷.

En los casos en los que ha habido un cambio sobrevenido en las circunstancias que rodeaban el contrato, se puede lícitamente anunciar el incumplimiento (o amenazar con incumplir, que para el caso es lo mismo) porque, en realidad, se está ejercitando extrajudicialmente el derecho a pedir a un juez que reescriba equitativamente el contrato: no es otra cosa lo que se puede pedir en los casos de cambio de circunstancias que destruyen la base del negocio cuando no es aplicable la resolución de ese negocio.

De esta manera, queda claro que la regla general es la de que es injusto anunciar que se va a incumplir un contrato, pero que excepcionalmente cada parte puede anunciar a la otra que las circunstancias han cambiado tanto para ella que considera que se ha visto afectada la base del negocio y que, por tanto, es necesario reajustarlo equitativamente. Si la otra parte admite ese cambio de circunstancias y accede a renegociar, no habrá problemas. Si su apreciación es distinta, tendrá que elegir entre resistirse o (aparentar que está de acuerdo en) consentir y luego impugnar por intimidación si se cumplen los requisitos de esta figura. Si opta por consentir bajo amenazas, estará en ocasiones mitigando las consecuencias del incumplimiento que la otra parte le había anunciado, de forma que al pedir luego la anulación de la novación podrá reclamar sin problemas la indemnización correspondiente a los daños inevitables y los costes de mitigar¹⁸.

Finalmente, en estos casos de disparidad de las partes en la apreciación de las nuevas circunstancias, las cosas acabarán siendo decididas por un juez. Éste tendrá que determinar si realmente era aplicable la figura de la denominada cláusula *rebus sic stantibus* o si, por el contrario, en el caso no había novedades que justificaran apartarse del principio de *pacta sunt servanda*.

¹⁷ Por su lado, el artículo III.1:110 del DCFR, dedicado también al cambio de circunstancias, da un paso más y dice –en el párrafo (3), letra d)– que la resolución o la modificación equitativa del contrato hecha por el juez sólo puede tener lugar si la parte que la pretende ha intentado de buena fe modificar dicho contrato para alcanzar ese reequilibrio equitativo. Hay una norma similar en artículo 6.2.3 de los Principios de UNIDROIT.

¹⁸ Sobre el deber de mitigar, se puede citar ahora el artículo 1211 de la PMDO, según el cual «No responderá el deudor del daño que el acreedor hubiera podido evitar o reducir adoptando para ello las medidas requeridas por la buena fe, pero deberá resarcir los gastos razonablemente ocasionados al acreedor con tal fin, aunque las medidas hayan resultado infructuosas». Una norma similar estaba ya en el artículo 77 de la CISG. Sobre esta norma, A. SOLER PRESAS, «Comentario al art. 77», en L. DíEZ-PICAZO (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías*, Madrid, 1998, p. 625.

Como se desprende de lo dicho hasta aquí, en el caso decidido en la STS en comentario las cosas son fáciles desde el punto de vista de la injusticia de la amenaza. En efecto, Difamasa, que es quien quiere introducir modificaciones en el contrato original, ha condicionado el cumplimiento por su parte a que Zincobre accediera a la modificación del contrato, pero no ha logrado aportar ninguna razón que justificara ese anuncio de su incumplimiento. Como es Difamasa la que anuncia que no va a cumplir, es ella la que debe demostrar que hay razones para la novación que propone, más allá de su deseo de aprovechar en su propio provecho la situación de dependencia en que Zincobre se ha colocado al contratar con Difamasa la maquinaria en cuestión.

2.2 El significado de otros datos del caso

Merece la pena exponer el significado que tienen desde el punto de vista teórico algunos datos que se recogen en la STS de 29 de julio de 2013 que todavía no han sido explicados en las páginas anteriores:

– La STS destaca que el mismo comitente se ha ocupado en expresar, cuando procede a dar un aval para cumplir el acuerdo de julio de 2007, que ese aval «se realiza para permitir la salida de la mercancía retenida ilegalmente por Difamasa y Talleres Llaneza y evitar mayores retrasos y daños en la obra» (FD 2.º2). No es infrecuente que, como ocurre aquí, el amenazado trate de preconstituir la prueba de los verdaderos motivos que le llevan a consentir cuando acepta una novación bajo intimidación. En este caso, se realiza esa comunicación en la orden que el comitente da a su propio banco de que presente un aval para así cumplir el acuerdo novatorio de julio de 2007. En otros casos conocidos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo el amenazado acude a un notario a hacer un acta de manifestaciones antes de consentir la novación¹⁹. Para el amenazado es probablemente buena idea expresar protestas al consentir, pero ha de ser consciente del escaso valor de su protesta. Por un lado, es claro que, si dirige las protestas al autor de la amenaza, éste también presionará para que se supriman. Por otro lado, si manifiesta sus protestas a un tercero ese hecho –dado, además, que será un dato que él mismo habrá decidido aportar luego al proceso– sólo será un indicio de que efectivamente está consintiendo la novación porque no tiene otra alternativa. Es decir, que no es que se arrepienta ahora de su decisión de novar, sino que consintió bajo presión. Al hilo de este último comentario, se puede recordar aquí la idea de que en la auténtica intimidación la víctima siempre va contra sus propios actos: consiente hoy (bajo amenazas) para desdeñarse mañana (impugnando el acuerdo). El ordenamiento permite al coaccionado ir contra sus propios actos porque no puede garantizar a la víctima protección eficaz en el momento en que es amenazada: por eso le permite al menos una buena vía de escape.

– En este caso, y es señalado correctamente por la STS en comentario y la SAP Asturias impugnada, la propia Difamasa había facilitado la prueba de la amenaza a Zincobre al enviarle una comunicación señalando que «es importante que no enviéis los camiones antes de tener solucionado el tema de

¹⁹ Ocurrió así, por ejemplo, en la STS 5 abril de 1993 (RJ 2791) y, más recientemente, en la ya citada STS de 20 febrero 2012: en esta última STS, sin embargo, no se apreció la existencia de intimidación.

los avales y el contrato, pues no podrían cargar (se sobreentiende que se refiere a la maquinaria)». Esto facilita probar que, efectivamente, la entrega de la mercancía (el cumplimiento) estaba condicionada a la novación del contrato original.

– A los datos anteriores, la SAP Asturias ya mencionada añade que hay pruebas de que los documentos preparatorios del acuerdo de julio de 2007 fueron preparados unilateralmente por el contratista, sin que el comitente pudiera en realidad negociar ninguno de sus términos (FD 3.º). En efecto, cuando estamos ante un acuerdo que no está incluido en condiciones generales, la predeterminación del clausulado puede ser un buen indicio de la presión que una parte ejerce sobre la otra.

– Se destaca también en la STS en comentario que en el acuerdo novatorio de julio de 2007 el contratista hace importantes renunciaciones «sin obtener a cambio ninguna ventaja relevante para sí» (FD 2.º2). Además, la SAP de Asturias que se impugna en casación se preocupa de aclarar (en su FD 3.º) que el compromiso asumido por parte de Difamasa en ese acuerdo de julio de 2007 de enviar dos ingenieros a Perú durante quince días en realidad no puede verse como una ventaja para Zincobre, porque ese compromiso ya estaba incluido en el contrato original. Estos datos son también buenos indicios de que había una intimidación en el caso. En especial, el dato que destaca la SAP Asturias, recuerda –en negativo– al requisito expresado en el enfoque tradicional del *common law* de que los acuerdos novatorios tuvieran su base en una nueva causa o intercambio (*fresh consideration*). Así, se entendía que los contratos debían ser cumplidos tal y como se habían pactado y que, si había un acuerdo novatorio, hacía falta que éste tuviera su propia causa, dado que el cumplimiento de un deber preexistente (el deber contractual original) no bastaba para ese papel. En efecto, si una parte se compromete (¡de nuevo!) a cumplir el contrato inicialmente pactado a cambio de que la otra acepte modificar en su propio perjuicio los derechos que ese contrato original le reconocía, lo más probable es que estemos ante un intento de una de las partes del contrato de lograr una mayor porción de la riqueza común que ese contrato había generado. La llamada *regla del deber preexistente* que se usaba en el *common law*, trataba así de evitar el comportamiento oportunista en los contratos a través de aprovechar la situación de dependencia en que una parte quedaba respecto de la otra, que es un peligro que claramente está presente en casos como el que se decide en la STS en comentario. Esta forma tradicional de plantear las cosas del *common law* efectivamente protegía muy bien frente a los comportamientos oportunistas, pero a costa de dificultar enormemente la renegociación de los contratos. Por ello, las necesidades de la práctica acabaron imponiendo, en el *common law* estadounidense (adoptado luego en los textos de *soft law* ya citados), un enfoque de la novación a través de las reglas de la intimidación y no a través de las exigencias de la causa de los contratos²⁰. Todo esto nos debe llevar a la idea de que el significado de que no haya ventajas para Zincobre en el acuerdo novatorio de julio de 2007 es un indicio de que ha existido presión, pero que no es lo decisivo para decidir sobre la validez de ese acuerdo. Para saber si ese acuerdo novatorio es válido o no hay que preguntarse, como hicimos en el cuerpo de este comentario, si una de las

²⁰ Más información sobre todo esto en P. DEL OLMO (2003) pp. 73 ss.

partes había dirigido a la otra una amenaza injusta que le había dejado sin más alternativa razonable que la de dar su consentimiento.

3. CONCLUSIÓN

En la STS de 29 de julio de 2013 un comitente acepta una modificación que le perjudica del contrato de obra, porque el contratista había condicionado a esa modificación la entrega de la maquinaria que el primero había encargado para la ejecución de un proyecto que estaba realizando en Perú. En el caso, la estrategia del comitente es clara: consiente la novación abusiva, obtiene la entrega de la maquinaria comprometida y, una vez que de esta manera ha escapado de la situación de dependencia en que le había colocado la ejecución del contrato de obra, impugna la novación por intimidación y reclama una indemnización de daños.

En el caso, el Tribunal Supremo confirma la SAP impugnada por el contratista y aprecia que efectivamente el comitente había consentido la novación bajo intimidación. La decisión es correcta, como hemos tratado de explicar recordando que la presión ejercida en el caso por el contratista era injusta y que esa amenaza había dejado al comitente sin más alternativa que la de consentir. Efectivamente, (a) la amenaza era injusta porque el contratista amenazaba con incumplir un contrato y no aportaba razones que permitieran excluir la injusticia de esa amenaza y (b) el comitente no tenía más alternativa razonable que la de consentir porque ni podía encontrar en el mercado maquinaria similar a la retenida por el contratista, ni podía esperar a recibir la maquinaria mediante el normal funcionamiento de la justicia y, en cualquier caso, porque probablemente no podría reclamar luego todos los daños causados por el incumplimiento de la otra parte. Estos dos requisitos, amenaza injusta y ausencia de otra alternativa razonable para la víctima, que son los que integran la definición de la intimidación en los textos y doctrinas más avanzados, permiten plantear de la forma más sencilla y clara las peculiaridades de la intimidación cuando se amenaza con incumplir un contrato para lograr su modificación.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Pilar BENAVENTE MOREDA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LECAZANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

DERECHO DE LA PERSONA

1. Ponderación entre la libertad de información y de expresión y el derecho al honor.—Ante el conflicto entre estas libertades y derechos constitucionales, la jurisprudencia tiene establecida la necesidad de realizar una ponderación entre ellos, atendiendo a las circunstancias del caso (entre otras, SSTS de 13 de enero de 1999, 2 de septiembre de 2004, 21 de julio de 2008 y 6 de julio de 2009). Esta ponderación exige valorar, en primer lugar, el peso en abstracto de los derechos en colisión. De ello se extrae el resultado de la prevalencia de las libertades de información y de expresión sobre el derecho al honor, por resultar las primeras esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que es un principio básico de convivencia y que viene exigido por el principio democrático (STS de 11 de marzo de 2009). Como tiene declarado en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional, tal protección, además, alcanza un nivel máximo cuando estas libertades son ejercitadas por los profesionales de la información (SSTC 105/1990 y 29/2009). En segundo lugar, se

debe ponderar el peso relativo de los derechos fundamentales que entran en colisión, y desde esta perspectiva, se ha de tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o si se proyecta sobre personas con proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso (SSTS de 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003 y 6 de julio de 2009, entre otras). Ahora bien, cuando la noticia puede redundar en el descrédito de una persona, igualmente se exige que la información cumpla el requisito de veracidad; esto es, que no se base en la mera transmisión de rumores, invenciones o insinuaciones gratuitas o infundadas, sino que sea el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso (SSTC 139/2007 y 29/2009). Tal deber de advenir la realidad del contenido de la información adquiere, además, su máxima intensidad cuando se implica a un menor de edad en la información suministrada y se cuestiona su intervención en los hechos, así como su condición de víctima en los mismos.

Doctrina del reportaje neutral. Límites.—El requisito de veracidad que se exige en la ponderación entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor se modaliza en el caso del «reportaje neutral». Según el Tribunal Constitucional (STC 76/2002), éste exige que las declaraciones recogidas sean por sí noticia y se pongan en boca de personas determinadas responsables de ellas, y que el medio informativo sea mero transmisor de tales declaraciones, sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia, ni reelaborarlas o provocarlas. En este caso, el requisito de la veracidad exigible se limita entonces a la verdad objetiva de la existencia de la declaración. Por otra parte, la transmisión de una noticia o reportaje no puede sobrepasar aquí el fin informativo que se pretende, dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, ya que el límite a la libertad de expresión se sitúa en el insulto (SSTC 112/2000, 181/2006, 56/2008). Con estos perfiles, el Tribunal Supremo niega que pueda aplicarse la doctrina del «reportaje neutral» a programas televisivos cuyo formato se plantee sobre la intervención directa de periodistas e invitados, que dan su opinión sobre los hechos, generando con sus preguntas, las respuestas y opiniones (SSTS de 3 y 7 de noviembre de 2011).

Protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en el caso de los menores de edad.—Declara el Tribunal Supremo que el menor goza de una protección reforzada —pero no distinta— en estos derechos fundamentales, *ex* artículo 4.3 Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, cuando la lesión se realiza por medios de comunicación. Este principio, recogido igualmente en diversos textos internacionales (*v. gr.*, art. 16 Convención de los Derechos del niño y punto 8.29 Carta Europea), se justifica por la especial situación de desvalimiento de estos sujetos y de mayor vulnerabilidad ante estos ataques, así como por la multiplicación exponencial del daño que sufren cuando dicho ataque a sus derechos se realiza a través de medios de comunicación. Por este motivo, la Directiva 89/552/CEE, incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley 25/1994, impone a los medios televisivos la obligación de protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. (STS de 11 de mayo de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En sendos programas televisivos se hace eco de la noticia de la petición de indulto de un condenado por cuatro delitos

de agresión sexual a un menor en un pueblo de Andalucía. Sobre el formato, respectivamente, de debate y de reportaje, se recogen en ambos programas opiniones, se realizan juicios de valor y, en definitiva, se realizan manifestaciones tendentes a crear la impresión de que la condena penal fue injusta y de que hubo participación voluntaria del menor; a ello se suma el hecho de que en el libro de visitas de la página web del Ayuntamiento del pueblo se permite durante diez días, sin ningún tipo de supervisión o control, que los vecinos viertan y difundan todo tipo de opiniones sobre la supuesta injusticia de la condena y la dudosa condición de víctima del menor. Se genera con ello cierta confusión en la opinión pública sobre los hechos del caso, así como sobre la condición de condenado del agresor, al que se refieren en los programas televisivos como «acusado», pese a existir sentencia firme condenatoria al respecto.

El padre del menor víctima de los abusos interpone en nombre de éste demanda de protección del derecho al honor y a la intimidad de su hijo contra las cadenas televisivas emisoras de los programas, las productoras y los directores de los mismos, el presentador de uno de ellos, el Ayuntamiento del pueblo y dos vecinos cuyas opiniones manifestadas en los programas televisivos van dirigidas al desprestigio del menor. El Juzgado de primera instancia estima la demanda y condena solidariamente a los demandados al pago de una determinada indemnización, así como a la difusión de la sentencia en los programas televisivos y al cierre del libro de visitas de la página web del Ayuntamiento del pueblo. Interpuesto recurso de apelación por todos los demandados, la Audiencia desestima el recurso, estimando prevalente en el caso el derecho al honor sobre la libertad de información, al no poder ampararse los programas en la doctrina del «reportaje neutral». Contra esta sentencia interponen recurso de casación el presentador, el director y la productora de uno de los programas de televisión demandados, alegando la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho al honor. (A. M. M.)

2. Colisión de la libertad de información con el derecho al honor y a la propia imagen. Publicación de la fotografía de una persona perfectamente identificable como parte integrante de una noticia.—El derecho a la propia imagen es un derecho constitucional autónomo del derecho al honor y del derecho a la intimidad. Dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguardia de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente al conocimiento de los demás. No es un derecho absoluto, sino que se encuentra limitado por otros derechos constitucionales, en particular por las libertades de expresión y creación artística. En la ponderación se debe tener en cuenta que el derecho a la libertad de información ostenta una posición prevalente sobre el derecho al honor como garantía para la formación de una opinión pública libre. Para que ello sea así en cada caso concreto la ponderación debe tener en cuenta la relevancia pública e interés de la noticia, la información transmitida debe ser veraz y la transmisión de la noticia no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado. En caso de conflicto entre la libertad de información y el derecho a la propia ima-

gen se debe tener en cuenta que el canon de relevancia que permite la afectación sobre el derecho a la propia imagen ha de ser necesariamente más tenue que el que faculta a una intromisión en los derechos al honor o a la intimidad. Además, en esta última ponderación habrá de considerarse la conducta previa del afectado por la difusión no consentida de la propia imagen, que puede haber hecho que desciendan las barreras de reserva y, con ello, prevalezca el interés ajeno o público. (STS de 7 de mayo de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D.^a Antonia presentó demanda de juicio ordinario de protección civil del derecho al honor y a la propia imagen contra el diario M, S.A., en la que reclamaba que se declarase la existencia de intromisión ilegítima por la captación y publicación no consentida de una fotografía de la demandante el día de su boda en la que aparece junto con otras personas de raza gitana, familiares suyos, como parte integrante de una noticia sobre la operación de reconstrucción del himen. La demandante entiende que la inclusión de la fotografía supuso una humillación al poner en duda su virginidad, por lo que solicita la condena a la demandada de una indemnización por los daños y perjuicios, la publicación de la sentencia y, por último, la no difusión en lo sucesivo de la imagen de la demandada. En su sentencia de 25 de noviembre de 2009, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Jerez de la Frontera estimó la demanda salvo en lo relativo a la cuantía de la indemnización.

El recurso interpuesto por la mercantil demandada es desestimado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 8.^a, de 16 de junio de 2010, al considerar que la fotografía se había tomado en el transcurso de un acto privado y en un sitio privado, como es el local de celebración de una boda, que su publicación no era necesaria ni esencial para el reportaje, que no ocupaba en éste un lugar accesorio y que inducía a pensar que la persona que figuraba en ella se había sometido a la intervención quirúrgica de la que habla el reportaje.

Contra dicha sentencia interpone recurso de casación la parte demandada, pero éste no es estimado por el Tribunal Supremo. Entiende el Alto Tribunal que, aunque la información publicada gozaba de interés público y su veracidad no se pone en cuestión, produce una vinculación de la demandante con los hechos relatados que afecta a su dignidad como persona al cuestionarse aspectos pertenecientes a su vida íntima, sin que exista la debida proporción entre el ejercicio del derecho a la información y el respeto al honor de la persona. A ello se une una vulneración del derecho a la propia imagen. En el caso concreto, en la ponderación entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la propia imagen debe prevalecer este último toda vez que el lugar donde se captó la fotografía no es un lugar abierto al público, la persona fotografiada no ejerce un cargo público ni una profesión de notoriedad o proyección pública y no se trata de información sobre un acontecimiento de interés público en el que la fotografía aparezca con carácter accesorio, sino más bien todo lo contrario. Además, el diario, pudiendo haberlo hecho, no pixeló el rostro de la fotografiada, que es perfectamente identificable. (G.M.A.)

3. Ámbito de aplicación de la disposición transitoria única, apartado 3, de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre Igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios (LITN).—En el ámbito de aplicación de esta disposición sólo están contemplados aquellos litigios —sobre el mejor derecho a poseer un título nobiliario transmitido con arreglo a la legislación anterior a la LITN— que se encuentren pendientes a su entrada en vigor. La LITN no es aplicable a los procesos sobre transmisiones acaecidas con arreglo a la legislación anterior, pero promovidos con posterioridad a la entrada en vigor de la LITN. La LITN no impone que sus efectos alcancen indiscriminadamente a las situaciones producidas con arreglo a la legislación anterior, en las que en la transmisión del título se hubiera efectuado por la aplicación del principio de varonía. La LITN respeta los efectos jurídicos ya producidos en el pasado. Estimar que la LITN es aplicable cuando se promuevan litigios con posterioridad a la vigencia de la LITN, afecta al principio de seguridad jurídica, ya que coloca en situación de interinidad permanente a todas las transmisiones en las que fue determinante la aplicación del principio de varonía.

Además, apunta el Tribunal Supremo que la *vacatio legis* no es un plazo concedido para la realización de actividad alguna, sino el instrumento del que una ley se sirve para dar cumplimiento al principio de publicidad de las normas contemplado en el artículo 9.3 CE, como consecuencia de la proclamación del Estado de Derecho y en íntima relación con el principio de seguridad jurídica. (STS de 27 de junio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La demandante reclama frente a su hermano menor, varón, un título nobiliario, del que fue la última poseedora la madre de ambos litigantes. La demanda se presentó el 20 de noviembre de 2006. En la demanda se expuso que la madre de los litigantes cedió el título al demandado, que obtuvo Carta de Sucesión en abril de 1975, y alegó, fundamentando su mejor derecho a la posesión del título: a) que es aplicable la LITN; b) como consecuencia de su aplicación, quedan derogadas las normas históricas que discriminan a la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios; c) el mejor derecho a la posesión del título corresponde a la actora, al estar situada en la sucesión en igual grado que el demandado y ser de mayor edad que él; d) la demandante es la prellamada a la sucesión del título, como consecuencia de la aplicación de la LITN, por lo que la cesión es nula, al realizarse sin el consentimiento de la actora. El demandado alegó con la contestación que: 1) no es aplicable la LITN, ya que en la misma se establece que las sucesiones ya acaecidas no se reputarán inválidas; 2) la Constitución no altera el orden regular histórico de sucesión de títulos nobiliarios; 3) la demandante no tenía que prestar su consentimiento para la cesión del título, dado que el demandado tenía preferencia al título cuando se hizo la cesión.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, señalando: a) que la regla general es la irretroactividad de la LITN, con la única excepción contemplada en su DT única; b) dicha norma excluye las situaciones consolidadas con arreglo a la legislación anterior; c) este es el caso del título que se discute, cuya titularidad no era objeto de pendencia el 27 de julio de 2005, fecha a la que se

retrotrae la aplicación de la LITN, al no estar en dicha fecha pendiente de resolución administrativa o jurisdiccional.

La Audiencia Provincial desestimó igualmente el recurso de apelación, indicando: 1) el hecho de que no haya transcurrido el tiempo para que opere la prescripción adquisitiva no significa que la transmisión del título no sea una situación consolidada; 2) no procede la aplicación retroactiva de la LITN, ya que cuando se produce la entrada en vigor de la LITN no hay pendiente ningún expediente administrativo ni judicial sobre el título; 3) el demandado ha consolidado la posesión del título.

En casación, la actora vuelve a reiterar las alegaciones establecidas en la demanda. Según el Tribunal Supremo, la demanda se presentó ya vigente la LITN, lo que tuvo lugar a las cero horas del día 20 de noviembre de 2006, puesto que la LITN se publicó en el BOE el 31 de octubre de 2006, de acuerdo con la DF segunda de la LITN. Es irrelevante que la presentación de la demanda se produjera el mismo día de entrada en vigor de la LITN, ya que no son dos hechos simultáneos o superpuestos. De ahí que el Alto Tribunal acabe desestimando el recurso.

NOTA.—El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en muchas veces sobre la aplicación de la DT única LITN: SSTs de 3 de abril de 2008, 27 de julio de 2005, 22 de octubre de 2009, 7 de junio de 2010, 5 de septiembre de 2011, 4 de julio de 2011 y 16 de enero de 2012, entre otras. En algunas de ellas, la cuestión relativa al principio de varonía ha planteado muchas polémicas, acordes con la evolución y desarrollo del principio de igualdad entre hombre y mujer ya establecido en la Constitución. La LITN de 2006 declara la igualdad en el derecho a suceder en la posesión de un título, sin otorgar privilegios de los varones sobre las mujeres. Por tanto, las previsiones de las Cartas de Concesión del título donde se excluya a la mujer de los llamamientos serán nulas. (S.L.M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

4. Vicios del consentimiento. Dolo: concepto.—El dolo presupone la actividad, intencionadamente desplegada por una de las partes, para captar la voluntad de la otra, las «palabras o maquinaciones insidiosas» a que se refiere el artículo 1269 CC y el efecto de generar en ella una representación fraudulenta de la realidad, induciéndola «a celebrar un contrato que, sin ellas, no habría celebrado», en palabras del mismo artículo 1269 CC, por tanto, constituye un vicio del consentimiento con entidad para anularlo, artículos 1269, 1270, párrafo primero, y 1300 CC.

Vicios del consentimiento. Dolo: manifestación negativa.—La jurisprudencia admite una manifestación negativa del dolo, en forma de reticencia u ocultación maliciosa de alguna información que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y las exigencias de la buena fe, el contratante que guarda silencio debía haber comunicado al otro.

Vicios del consentimiento. Dolo: requisitos.—El dolo, para que produzca la anulación del contrato, ha de ser grave, en el sentido de determinante de

su celebración a lo que añade la jurisprudencia la necesidad de que se pruebe. **(STS de 5 de septiembre de 2012; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La administración concursal de E., S.L., y la mercantil I., S.A., ligadas por un contrato de ejecución de obra, con arreglo al cual E., S.L., quedó obligada a realizar los trabajos de albañilería precisos para terminar la construcción de un edificio de varias plantas. Ambas partes interpusieron entre sí demandas por incumplimiento contractual, que fueron acumuladas. I., S.A., alegó que su voluntad estuvo viciada por dolo al contratar, ya que E. sabía, y se lo ocultó al hacerlo, que no podría cumplir lo pactado, dado que a los pocos días solicitó ser declarada en concurso. El Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Barcelona estimó la demanda incidental formulada por la administración concursal de E., S.L., y declarando la resolución del contrato de ejecución de obra, igualmente desestimó la demanda incidental formulada por I., S.A. Recurrida en apelación, la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó sustancialmente el recurso interpuesto por I., S.A. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación instada. *(N.D.L.)*

5. Condiciones potestativas.—El artículo 1115 CC permite distinguir entre las condiciones puras o rigurosamente potestativas, que son nulas por depender absolutamente de la voluntad del deudor, y las condiciones simplemente potestativas, que se consideran válidas porque dependen no sólo de la voluntad del obligado sino también de otros factores. Conforme al principio de autonomía de la voluntad, es válida y no se considera arbitraria, la condición resolutoria pactada en virtud de la cual se hace depender de la valoración del socio fundador unida al voto favorable de otros dos socios la apreciación del incumplimiento de las condiciones pactadas.

Incumplimiento resolutorio.—El incumplimiento puede tener efecto resolutorio, aunque no tenga objetivamente la categoría de incumplimiento grave, cuando así ha sido pactado expresamente por las partes. **(STS de 16 de mayo de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—En el contexto de operaciones de reestructuración de un negocio, se realizó un contrato entre socios, de venta de participaciones, en el que se introdujo una cláusula conforme a la cual se imponía como requisito para adquirir la condición de socio una permanencia de seis años como trabajador de la empresa, y la resolución del contrato de compraventa de acciones en el caso contrario. El socio fundador se reservaba la potestad de decidir, con el voto de otros dos socios, la existencia de incumplimiento del contrato por alguno de los nuevos socios. El demandante, que había adquirido participaciones en dicha sociedad como directivo de la misma, fue posteriormente despedido (antes de que transcurrieran los seis años de permanencia) y recibió comunicación de la resolución de la compraventa de participaciones de parte del socio fundador, avalada por el voto favorable de otros dos socios. El despido fue declarado improcedente por los juzgados de lo social. En la

demanda se solicita se declare la validez de la adquisición de las participaciones y la nulidad de la cláusula en virtud de la cual el socio fundador se reserva la potestad de decidir, con el voto de otros dos socios, sobre la existencia de un incumplimiento contractual resolutorio. En ambas instancias se desestimó la demanda. En casación, no hubo lugar.

NOTA.—La calificación del despido del demandante como «improcedente» por parte de los Tribunales de lo social permite —cuanto menos— dudar de la absoluta buena fe de la parte demandada, o de la ausencia de arbitrariedad en este caso, en la medida en que se ha valorado el incumplimiento de la condición por parte del demandado al no haber éste permanecido trabajando en la sociedad durante el tiempo mínimo estipulado, condición que no ha sido posible cumplir por causas ajenas a la voluntad del demandante. (C.J.D.)

6. Incumplimiento contractual. La exceptio non adimpleti contractus. Concepto y requisitos.—La excepción de incumplimiento contractual es un medio de defensa que supone una negativa provisional al pago que suspende, o paraliza a su vez, la ejecución de la prestación a cargo de quien la opone, mientras la otra parte no cumpla con exactitud. La doctrina jurisprudencial exige que la obligación incumplida por la otra parte consista en una obligación básica, no bastando el cumplimiento defectuoso de la prestación, ni el mero incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias.

Diferencias existentes entre la exceptio non adimpleti contractus y el incumplimiento resolutorio del artículo 1124 CC.—En primer término, y respecto a sus efectos, la excepción de incumplimiento no reporta una modificación de la relación obligatoria, pues su aplicación provoca una mera suspensión provisional del cumplimiento de la obligación; por contra, la pretensión resolutoria supone el ejercicio de una facultad de configuración jurídica que reporta la modificación de la relación obligatoria por medio de su efecto resolutorio. En segundo término, y en relación al ámbito común de la valoración del incumplimiento, la gravedad requerida se sitúa en dos planos o perspectivas que deben ser matizadas. Así, en la aplicación de la *exceptio*, resulta suficiente con que dicha gravedad o entidad del incumplimiento revele una quiebra básica o esencial respecto de la exactitud del programa de prestación acordado que, por lo general, seguirá siendo útil a los intereses del acreedor si se cumple satisfactoriamente. Sin embargo, en la dinámica resolutoria, la gravedad del incumplimiento debe proyectarse o generar una situación de quiebra básica de los elementos básicos respecto de la posible satisfacción de los intereses del acreedor, a los que da lugar la diversa tipología de los llamados incumplimientos esenciales: imposibilidad sobrevenida fortuita, transcurso del término esencial, «aliud pro alio», imposibilidad de alcanzar los rendimientos o utilidades previstos, o la frustración del fin del contrato. (STS de 18 de mayo de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Una sociedad mercantil vende a otra una serie de parcelas asumiendo, además de la obligación de entrega de los inmuebles, la realización de una serie de operaciones urbanísticas al objeto de que el comprador las recibiera plenamente dispuestas

para su edificación. La vendedora instó judicialmente la acción de cumplimiento del contrato, reclamando a la compradora el pago de la parte del precio no satisfecho. Tanto el Juzgado de Instancia como la Audiencia la desestima al constatar el incumplimiento por parte de la vendedora de sus obligaciones de índole urbanística. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—Como señala la sentencia, la excepción de incumplimiento supone una simple negativa provisional al cumplimiento de su obligación por parte de quien la alega. El que se ve demandado de cumplimiento, sin que el actor haya cumplido su contraprestación, se opone a la demanda tan sólo mientras éste no cumpla simultáneamente con su obligación. Nuestro Código, siguiendo el modelo francés, no contiene una formulación general de la excepción. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia, entienden que encuentra su fundamento y apoyo en las disposiciones de los artículos 1100, último párrafo, 1124, 1466, 1500 y 1502 CC. Está reconocida de manera explícita en el Código Civil italiano (art. 1460), en el Código Civil alemán (§ 320) y en los PECL (art. 9:201), entre otros ordenamientos. (C.O.M.)

7. Contrato de compraventa. Resolución por incumplimiento del vendedor basado en el retraso en el cumplimiento de su obligación de entrega de la cosa. Necesidad de que revista carácter esencial para que tenga alcance resolutorio.—La jurisprudencia más reciente interpreta que el incumplimiento que justifica la resolución ha de ser grave o sustancial, lo que exige la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte (v. SSTS de 14 de junio de 2011 y de 9 de julio de 2007, así como art.7.3.1.[2.b] de los Principios UNIDROIT). Respecto al plazo de entrega, la jurisprudencia tiene señalado que el mero retraso no siempre produce dicha frustración, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento. Exigiendo que se aprecie en el acreedor un «interés jurídicamente atendible», lo que supone poder apreciar el carácter abusivo o contrario a la buena fe, o incluso doloso, que puede tener la resolución cuando se basa en un incumplimiento más aparente que real, pues no afecta al interés del acreedor en términos sustanciales. De manera que es necesario que el retraso implique un incumplimiento grave y esencial, que frustra el fin del contrato o la finalidad del mismo, capaz de producir insatisfacción de las expectativas de la parte perjudicada por el mismo (SSTS 12 de abril de 2011, de 25 de junio de 2009 y de 17 de diciembre de 2008; en el mismo sentido, art. 49.1 CISG de 1980). (STS de 28 de junio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los demandantes habían celebrado un contrato privado de compraventa de vivienda en construcción con la promotora, abonando una parte del precio a la firma del contrato y quedando diferido el pago del resto al otorgamiento de la escritura pública y entrega de la vivienda, fijado para el 30 de septiembre de 2004, con posibilidad de prorrogarse hasta el último día de ese año. Sin embargo, el certificado final de obra no fue expedido hasta el 15 noviembre del año siguiente, requiriendo entonces la vendedora a los compradores para que otorgasen la escritura pública y pagasen

la cantidad pendiente. A la vista del retraso en la entrega y de que la vivienda no contaba con licencia de primera ocupación, estando pendiente además la anulación de la licencia de obras, los compradores instaron la declaración judicial de resolución contractual y devolución de las cantidades abonadas con los intereses. La vendedora se opuso, y reconvinó demandando el cumplimiento de lo pactado. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Málaga acogieron la demanda y estimaron que el retraso en la entrega constituía un incumplimiento grave que frustraba el fin contractual. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la demandada.

NOTA.—El carácter esencial del incumplimiento, que frustre las legítimas expectativas de la parte perjudicada, como base del ejercicio de la facultad resolutoria, viene también recogido en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, en línea con lo establecido en los Principios UNIDROIT (art.7.3.1) y en los PECL [art. 9.301 (1)], y se inspira en la redacción del artículo 25 CISG, el cual se corresponde de manera muy directa con la noción de incumplimiento esencial del Derecho inglés [véase Díez-Picazo, Roca y Morales, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos* (Madrid 2002) pp. 350 y 351]. No obstante, a diferencia de estos instrumentos, la Propuesta de Modernización no define lo que deba entenderse por incumplimiento esencial. (L.A.G.D.)

8. Indemnización de daños y perjuicios. Lucro cesante. Prueba. Determinación de su existencia de acuerdo con criterios de razonabilidad.—El derecho a la indemnización no nace del incumplimiento, sino de la efectiva generación de daños y perjuicios, por lo que, dado que el incumplimiento contractual no general de forma automática e inexorable daños y perjuicios, su existencia debe ser demostrada (STS de 9 de mayo de 2011). Y, a diferencia de lo que sucede con el daño emergente, la existencia y cuantía del lucro cesante no deja de ser una hipótesis precisada de una demostración adaptada a su naturaleza de probabilidad más o menos intensa de acuerdo con las reglas de la experiencia, teniendo en cuenta lo que normalmente habría sucedido en la mayoría de los casos. En este sentido, la jurisprudencia (*cfr.* SSTS de 1 de marzo de 2011 y de 30 de abril de 2010) exige criterios de razonabilidad a la hora de valorar la prueba de su existencia, debiendo partirse de la ponderación razonable sobre la probabilidad de que dicho lucro o ganancia hubiese tenido lugar. (STS de 28 de junio de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—En agosto de 2005 los actores habían celebrado un contrato con los demandados por el que adquirirían el 100% de las acciones y participaciones que éstos tenían en las sociedades que integraban el grupo GDA. Conjuntamente se estipuló un pacto de inhibición de competencia por el que los demandados se obligaban a no concurrir en la misma actividad, para lo que se suscribió un contrato de arrendamiento de servicios por 18 meses durante los que los vendedores debían desplegar una serie de servicios a favor de la compradora. Sin embargo, sobrevenidas ciertas desavenencias, vendedo-

res y compradores declararon unilateralmente resuelto el contrato de arrendamiento de servicios, imputándose recíprocamente el incumplimiento de sus obligaciones. La parte vendedora reclamó judicialmente, en demanda reconvenzional, la indemnización de daños y perjuicios por la resolución del contrato de arrendamiento de servicios, solicitando en concepto de lucro cesante el pago de 649.600 euros correspondientes a los meses de contrato que faltaban por cumplir. Tanto en instancia como en apelación se condenó al pago de dicha cantidad. El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación de los actores y redujo la cuantía de la indemnización.

NOTA.—La pauta jurisprudencial viene siendo conforme con el tratamiento que del lucro cesante se hace en los instrumentos unificadores. Así, tanto los PECL [art. 9.501.(2).b], como los Principios UNIDROIT (art. 7.4.3), establecen un criterio de razonabilidad a la hora de acreditar la mayor o menor probabilidad de que el daño futuro tuviera lugar. Por su parte, el artículo 1207 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos sigue esta misma línea al disponer que para estimar el lucro cesante debe atenderse a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias. (L.A.G.D.)

9. Cláusula penal. Facultad judicial de moderación de la pena.

Artículo 1154 CC.—Cuando los contratantes prevén una pena para el caso de un incumplimiento total de la obligación y la obligación principal ha sido cumplida en parte o irregularmente por el deudor, el juez modificará equitativamente la pena convencional, pues, en tal caso, se considera alterada la hipótesis prevista. Así se desprende del artículo 1154 CC y de sus precedentes históricos y de Derecho comparado (art. 1085 del Proyecto de CC de 1851 y art. 1231 CC francés).

Ahora bien, cuando el incumplimiento parcial o defectuoso ha sido el pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, se descarta el uso de la potestad judicial moderadora de la pena convencional, aun en supuesto de incumplimiento parcial o defectuoso, ya que entonces la hipótesis prevista no ha sido alterada. Así lo ha manifestado constantemente la jurisprudencia, que, por respeto a la potencialidad normativa creadora de los contratantes (art. 1255 CC) y al efecto vinculante de la regla contractual (art. 1091 CC) rechaza la moderación cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento parcial o deficiente de la prestación. (STS de 7 de mayo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los litigantes celebraron un contrato privado de compraventa que tenía por objeto un conjunto residencial y que novaba y extinguía otros anteriores. La parte compradora abonó a la vendedora una cantidad a cuenta del precio. En el contrato se hizo constar, para el supuesto de impago total del precio aplazado con carácter previo al otorgamiento de la escritura pública de venta, una condición resolutoria expresa y una penalización, que facultaba a la vendedora para retener, en concepto de daños y perjuicios, la totalidad de la cantidad abonada por la parte compradora a cuenta del precio total.

El dato esencial que el Tribunal Supremo toma en cuenta para dilucidar la presente controversia es que la penalización se convino para el supuesto de impago del total del precio aplazado y los hechos probados demuestran que esta obligación se incumplió parcialmente.

NOTA.—Véase el comentario a esta sentencia elaborado por María Teresa Álvarez Moreno publicado en *CCJC*, núm. 92, mayo-agosto 2013, pp. 115 a 138. (B. G. F.)

10. Acción rescisoria por fraude de acreedores. Evolución jurisprudencial.—La jurisprudencia ha evolucionado a una concepción más objetiva del fraude de acreedores y más funcional y flexible en su caracterización y requisitos de ejercicio, centrada ya en la protección patrimonial del derecho de crédito, como objeto de la tutela dispensada y conexas, tanto materialmente como teleológicamente, con el entramado orgánico de la propia relación obligatoria, así como con las reglas y principios básicos de nuestra organización económica, particularmente de la efectividad de la responsabilidad patrimonial como fundamento primario de la acción rescisoria.

Acción rescisoria por fraude de acreedores: objetivización.—El artículo 1111 CC contiene una firme respuesta a las necesarias garantías que deben ser inherentes a las obligaciones, expresando un principio de justicia para la efectividad de su funcionalidad no sólo económica sino también decididamente social, que ha llevado, no obstante no darse la exigencia de *animus nocendi* o de perjudicar a los acreedores, a proyectar el requisito subjetivo del *consolium fraudis*, bien entendido como actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de causarlo llegando a alcanzar cotas de cuasi objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación. En este sentido, el acto o contrato que permite el ejercicio de la acción pauliana o rescisoria debe perjudicar al acreedor, minorando la solvencia del deudor, de modo que aquél no pueda cobrar lo que éste le debe; en definitiva consiste en la frustración del derecho de crédito.

Acción rescisoria por fraude de acreedores: noción de fraude.—La moderna configuración de la acción conlleva la determinación de su concepto en la articulación de la acción ya no responde a una aplicación autónoma y directa en el terreno subjetivo de la culpabilidad de los comportamientos implicados, particularmente de las conductas dolosas, ni tan siquiera a la heterogeneidad derivada del recurso auxiliar a otras fuentes de integración tales como su referencia a un abstracto principio de justicia, o a la aplicación interpretativa del criterio de equidad, sino que su concreción se realiza desde los principales deberes que sustentan la efectividad del derecho de crédito y su respectiva incidencia en el marco de la constatación del resultado lesivo inferido al acreedor.

Acción de rescisión por fraude de acreedores. Relación insolvencia y daño.—La relación lógico-jurídica entre la insolvencia y el *eventus damni* ha sido plenamente aceptada por la jurisprudencia, en donde tanto el requisito de la subsidiariedad de la acción como, en su caso, la demostración o realidad del perjuicio pauliano, vienen confirmados en orden a la situación de insolvencia patrimonial en la que incurre el deudor.

Insolvencia y lesión del derecho de crédito. Tutela: alcance.—La tutela desplegada con base a la tipicidad de la insolvencia comprende todo tipo de obligación, con independencia del contenido de su correspondiente objeto. Además, la tutela derivada de la insolvencia como lesión del derecho de cré-

dito también se proyecta con independencia de la condición civil o mercantil del deudor.

La determinación de la insolvencia como presupuesto material de la lesión del derecho de crédito: requisitos.—La insolvencia del deudor para que pueda ser considerada como presupuesto material de la lesión patrimonial del derecho de crédito debe reunir los siguientes requisitos: por un lado, el carácter sobrevenido de la insolvencia lo que supone que la proyección del daño o perjuicio derivado de la insolvencia no alcanza a los acreedores posteriores al acto o negocio de disposición, que la insolvencia debe representar una alteración del estado patrimonial del deudor consistente en una significativa merma o disminución de su garantía patrimonial en relación con el importe derivado de la reclamación de las deudas, así como que dicha merma o disminución significativa de la garantía patrimonial debe perdurar en el momento en que se ejerciten las correspondientes medidas de protección o tutela del derecho de crédito. Por otro, la idoneidad del acto o negocio causante de la lesión, en este sentido, la jurisprudencia mantiene una reiterada doctrina en favor del carácter abierto de la naturaleza o tipología de actos o negocios jurídicos impugnables por medio de la acción rescisoria.

Acción rescisoria por fraude de acreedores. Carácter subsidiario.—La configuración técnica de la acción rescisoria por fraude de acreedores, particularmente en la conexión existente entre el *eventus damni* y la juridicidad de la insolvencia, ha permitido adecuar y flexibilizar la nota de subsidiariedad como caracterización del ejercicio de la acción, pues no en vano dicha nota revela, en esencia, la situación de indefensión en la que se encuentra el acreedor al tiempo de producirse el perjuicio patrimonial de su derecho de crédito. De ahí, entre otros extremos, que no sea necesario la acreditación de la insolvencia del deudor en un juicio previo y se permita su prueba en el mismo proceso en donde se pretende la rescisión del acto o negocio fraudulento. Por ello, la jurisprudencia ha declarado que la prueba o realidad de la insolvencia no ha de producirse de una forma absoluta, sino que es suficiente con la acreditación de la existencia de una notable disminución patrimonial que impida o haga sumamente difícil la percepción o cobro del crédito, e igualmente, resulta innecesario la demostración de la carencia absoluta de bienes del deudor, siendo suficiente con acreditar haber llevado a cabo la persecución de los bienes que le sean debidamente conocidos según las circunstancias del caso. (STS de 7 de septiembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La representación procesal de don J. A. contra don A. y la mercantil C., S.L., solicitando que se resuelva contrato de compraventa sobre un inmueble y se declare la rescisión, por haberse celebrado en fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Vinaroz dictó sentencia estimando la demanda y declaró resuelto el contrato de compraventa celebrado sobre la finca objeto del litigio al mismo tiempo desestimó la interpuesta contra la mercantil C., S.L. Recurrida en apelación, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana estimó el recurso en el sentido de estimar la demanda contra ambos demandados. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (N.D.L.)

11. Delegación de deuda perfecta o expromisión. Liberación del antiguo deudor necesidad de que conste expresamente. Efectos de la falta de pago por el deudor delegado.—La ausencia en nuestro Código de regulación expresa y sistemática de la delegación de deuda, no es obstáculo para la admisión de la novación modificativa por sucesión particular en el débito, admitida a estos efectos por el artículo 1203 CC. Por lo que es perfectamente admisible la delegación perfecta o expromisoria de la deuda o negocio plurilateral por el que el delegatario o acreedor, además de aceptar la delegación o pacto entre deudores por el que uno de ellos asume como propia la obligación del otro, se aquieta a liberar al delegante y sustituirlo por el nuevo deudor delegado (STS de 10 de enero de 1983). Si bien, para ello es necesario el acuerdo expreso; de manera que la mera delegación en la que sólo se acuerda el pago por el tercero, no libera al deudor (STS de 21 de diciembre de 2010). Y sin que esta liberación del antiguo deudor equivalga a tener por ejecutada la prestación por él prometida, ya que el incumplimiento por el delegado repercute en la imposibilidad de exigir la prestación recíproca asumida por el acreedor delegatario. (STS de 7 de mayo de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—Mediante una compleja operación, en un primer contrato la sociedad AZM vendió un conjunto de bienes y derechos a la sociedad INT. En la misma fecha se suscribió un segundo contrato en el que la sociedad URM vendió a la sociedad IBZ el 56% de las acciones que poseía en el capital social de AZM, disponiéndose que la parte del precio pendiente de pago fuera entregada por la compradora a la misma sociedad AZM, cuyas acciones eran objeto de venta, para liquidar precisamente la deuda que la sociedad INT (participada al 100% por URM) había adquirido con AZM como consecuencia del primer contrato de compraventa de bienes y derechos. De manera que esta última operación de adquisición de bienes y derechos se financiaba mediante el otro contrato de venta de acciones. La falta de pago del precio y la de entrega de los bienes determinó que URM y otros demandara la resolución de los contratos, que entendían vinculados, de compraventa de acciones y de compraventa de bienes y derechos. La Audiencia Provincial de Madrid, confirmando la sentencia de instancia, consideró que los actores no llegaron a liberarse de su obligación de pago, por lo que estimó parcialmente la demanda y condenó sólo a la resolución del contrato de venta de acciones. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de los actores. (L.A.G.D.)

12. Doble venta de inmuebles: Incongruencia: Cambio de causa petendi: Estimación.—La LEC se expresa con claridad en el párrafo 2.º del número 1, del artículo 218, permitiendo al Tribunal resolver conforme a las normas aplicables al caso aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes, si bien prohíbe *apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer*. Y esto es lo ocurrido en el presente caso, por lo que debe estimarse el motivo y, con él, el recurso por infracción procesal, ya que la sentencia impugnada prescinde del fundamento jurídico de la acción, que consistía en la afirmación del demandante de ser propietario de los

inmuebles en virtud de contrato, para negándole tal condición, estimar finalmente la demanda por una razón distinta, cual es la de considerar que el segundo contrato de compraventa era nulo por concurrir en el mismo causa ilícita; fundamento que incluso es distinto del de la afirmación de inexistencia de buena fe en el segundo comprador y que, acogido por la Audiencia Provincial sin previa alegación por la parte demandante, significa para la demandada indefensión en cuanto no pudo contradecirlo en la fase alegatoria.

La Disposición Final 16.^a de la LEC, regla 7.^a, lleva a que, tras la estimación del recurso por infracción procesal y la anulación de la sentencia recurrida conforme al artículo 476.2 de la citada Ley, se dicte por esta Sala nueva sentencia teniendo en cuenta lo alegado como fundamento del recurso de casación que, en este punto, se fundamenta en el mantenimiento de la buena fe del recurrente en su adquisición y la consiguiente aplicación a su favor del artículo 1473 CC que, para el caso de doble venta de inmueble, dispone que la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro de la Propiedad, exigiéndose la buena fe de dicho adquirente, según reiterada jurisprudencia (recogida en STS de 11 de junio de 2004).

Primera venta en documento privado: Tradición efectuada al primer comprador: Venta en escritura pública al segundo comprador e inscripción registral: Condena al vendedor como autor de estafa impropia con reserva de acciones civiles: Prejudicialidad penal hasta dictarse sentencia estimatoria.—Después de abonar parte del precio, el primer comprador, introdujo a su costa algunas modificaciones en la vivienda, y la entidad vendedora hubo de reformar el proyecto de construcción, pedir nueva licencia y modificar la escritura de declaración de obra nueva, y una vez obtenido el certificado de obra nueva requirió a los vendedores para acudir a la notaría y firmar las correspondientes escrituras, no acudiendo el primer comprador por discrepancias sobre el precio, interponiendo luego demanda interesando la condena a la promotora de otorgar la escritura de venta, aunque posteriormente desistió del proceso. Al no existir acuerdo, la promotora vendió los inmuebles a un segundo comprador, el cual inscribió la venta en el Registro, y notificándose al primero le requirió que se abstuviera de realizar actos de dominio sobre los mismos. Cuatro años más tarde recae sentencia penal contra la vendedora, como autora de un delito de estafa impropia con la atenuante de reparación parcial del daño y la analógica de confesión del hecho. Ejercitada la acción civil reservada por el primer comprador, el Juzgado de Primera Instancia desestima su demanda, pero la Audiencia Provincial estima el recurso con alteración de la *causa petendi*. El segundo comprador recurre también en casación, además de recurrir por infracción procesal, recurso que le ha sido estimado.

Interpretación del artículo 1473 CC: Doble venta de inmuebles: Evolución de la jurisprudencia de la Sala Primera.—En nuestro sistema de transmisión de propiedad se requiere tanto la existencia de título (en este caso, el contrato de compraventa) como el modo o *traditio* de la cosa que constituye objeto del contrato (art. 609 CC). La entrega comporta un traspaso posesorio y en este sentido el artículo 1462 CC dice que se entiende entregada la cosa vendida *cuando se ponga en poder y posesión del comprador*, lo que podrá producirse en cualquiera de las formas de adquisición posesoria a que se refiere el artículo 438 CC. De aquí que la *traditio* se entiende cumplida si el *accipiens* ocupa materialmente la cosa con el consentimiento del transferente, si la cosa queda sujeta a la acción de la voluntad de aquél o si se cumplen los actos propios o las formalidades legales establecidas para adqui-

rir tal derecho. En este sentido se ha de admitir que la entrega se ha producido cuando el comprador actúa sobre la cosa como verdadero dueño, con el consentimiento del vendedor, y como efectivo poseedor, modificándola para establecer determinadas mejoras cuyo importe asume directamente.

A partir de la consideración de que el demandante llegó a ser propietario de los inmuebles adquiridos, por haber sido entregados al mismo, resulta necesario plantear los efectos de la posterior venta y presunta entrega *ex artículo 1462* del CC al hoy recurrente –el segundo comprador–, que procedió a inscribir en el Registro de la propiedad su adquisición. Sobre esta cuestión hemos de partir de la doctrina sentada por el Pleno de esta Sala 1.^a en su sentencia núm. 928/2007, de 7 de septiembre, la cual pone de manifiesto en su fundamentación jurídica dos grandes periodos en la jurisprudencia en relación con la apreciación de supuestos de doble venta o de venta de cosa ajena. A) Hasta los años noventa del siglo xx, se consideró que el artículo 1473 CC resultaba aplicable tanto a los supuestos de doble venta estricta, cuanto a los casos de doble venta que a su vez dan lugar a supuestos de cosa ajena, por lo que no se exigía una cierta coetaneidad cronológica entre ambas ventas para su aplicación (SSTS de 6 de diciembre de 1962, 13 de abril de 1988, 23 de enero de 1989, 24 de enero de 1990 y 10 de abril de 1991); B) A partir de los años noventa, sin embargo, comienzan a excluirse del ámbito de aplicación del artículo 1473 aquellas ventas múltiples que originasen supuestos de venta de cosa ajena, exigiéndose en consecuencia una cierta coetaneidad cronológica entre ambas ventas para la aplicación de dicha norma (SSTS de 8 de marzo de 1993, 25 de marzo de 1994, 6 de mayo y 24 de junio de 2004, y 30 de diciembre de 2005). Es decir, la jurisprudencia a partir de los años noventa introduce un criterio de preferencia de orden cronológico pues parece que la lejanía en el tiempo entre dos ventas constituye un indicio concluyente de la consumación de la primera, y consiguiente venta de cosa ajena. La STS de 7 de septiembre de 2007 ha venido a unificar la doctrina sobre la materia, abandonando la última postura al considerar que el artículo 1473 CC no exige necesariamente el requisito de «una cierta coetaneidad cronológica» entre dos o más ventas en conflicto, incluyendo así en su ámbito de aplicación a las ventas múltiples que a su vez originen una venta de cosa ajena, como consecuencia de la consumación de la primera de las ventas. Esto es, se afirma que la doble venta y la venta de cosa ajena son figuras complementarias y no excluyentes que entran bajo el ámbito de aplicación del artículo 1473 CC.

Doble venta: El requisito de la buena fe del adquirente de inmuebles.—Como dice la STS de 11 de febrero de 2011, podría parecer que el Código Civil no exige la concurrencia de buena fe cuando se trata de bienes inmuebles, pero no es así. Tal como expresa la STS de 13 de noviembre de 2009, su exigencia se deduce de los principios generales del derecho –ejercicio de los mismos de buena fe–, y de relacionar esta norma con el artículo 34 LH, lo cual ha sido mantenido por constante jurisprudencia, desde las antiguas sentencias de 13 de mayo de 1908, 29 de noviembre de 1928 y 31 de octubre de 1929, hasta las recientes de 1 de junio y 24 de julio de 2000, y 11 de junio de 2004, pasando por las de 30 de junio de 1986, 29 de julio de 1991 y 24 de noviembre de 1995. En definitiva, la cuestión viene a desembocar en la apreciación de la situación de conocimiento del demandado respecto de la venta anterior realizada al demandante por la misma empresa vendedora sobre el mismo inmueble, en cuanto ello determinará la existencia o no de buena fe por su parte y poder beneficiarse de lo dispuesto en el artículo 1473 CC, partiendo de que *no resulta necesario un conocimiento acabado y*

preciso de la transmisión anterior, sino que basta un estado de duda sobre ello que el propio interesado no intenta resolver con el fin de aprovecharse de tal preferencia, no bastando ni siquiera el error cuando este ha de considerarse como inexcusable, ya que no cabría premiar un comportamiento de grave negligencia. De la prueba practicada se deducen dos circunstancias que ponen de relieve la mala fe del segundo comprador: en primer lugar el conocimiento de la situación que venía dada por la ausencia del primer comprador en la notaría para otorgar la escritura por discrepancias con la entidad vendedora, y en segundo lugar, el precio de la compraventa notablemente inferior al de compra por el primer adquirente, que ponía de manifiesto la urgencia de la vendedora que no podía cobrar el precio pendiente por las discrepancias con el primer comprador (se admite una disminución de unos doce mil euros, que no era acorde con el incremento de precio que se notaba notablemente en el año 2003).

En consecuencia, al resolver sobre el fondo, procede la estimación de la demanda presentada por el primer comprador, si bien parcialmente porque no procede declarar la nulidad de la segunda venta, por cuanto subsiste la relación obligacional entre ambas partes y, en todo caso, la misma no afecta al demandante en cuanto se declara que la propiedad se transfirió efectivamente a su favor por la *traditio*. **(STS de 27 de junio de 2012; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

NOTA.—Supuesto de hecho, en cierto modo, típico de la doble venta regulada por el artículo 1473 CC, acompañado de un significativo episodio penal intermedio, con una confesión del vendedor que, en cierto modo, preanunciaba el resultado final. Una promotora que entrega a los adquirentes las llaves cuando todavía la obra no está rematada, y firma el documento privado de compraventa recibiendo un adelanto del precio. Conflicto con el (primer) adquirente a la hora de elevarlo a escritura pública, y su sustitución apresurada al negarse a asistir aquél a la notaría, por un segundo comprador, en mejores condiciones económicas, quien firma aquélla y lo inscribe en el RP, conociendo las circunstancias concurrentes, por lo que no puede alegar buena fe, y declaración judicial de validez de la primera venta; fallo que es de aprobar. En general, sobre el tema, vid. mi *Com. al artículo 1473*, en «Com. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart», t. XIX, 2.^a ed., (Madrid 1991), pp. 260-274, esp. pp. 270 ss. Con doctrina y jurisprudencia ulterior, Martínez de Aguirre, *Curso* (II), 2.^a ed. (Madrid 2008) p. 554-556. (G.G.C.)

13. Contratos. Libertad contractual: relación negocial compleja.—El principio general de la libertad contractual, que establece el artículo 1255 CC, permite la posibilidad de que las partes puedan configurar una relación negocial compleja sin la necesidad de ajustarse a los tipos preestablecidos por la ley y, a la vez, la posibilidad de modificar o sustituir la disciplina correspondiente a un determinado tipo de contrato; todo ello de conformidad con los concretos intereses negociales que, en cada caso, las partes traten de articular por medio de su relación negocial.

Contratos. Novación extintiva: requisito.—En orden a determinar el alcance extintivo de la novación, es necesario que conste con claridad la

voluntad de llevar a cabo la extinción de la primitiva obligación o, en su caso, la razón de la plena incompatibilidad de las respectivas obligaciones.

Cesión de créditos. Saneamiento por evicción: delimitación.—La jurisprudencia considera que se delimita el saneamiento en la cesión del crédito en atención a dos obligaciones que incumben al cedente: por una parte, con una clara similitud en relación vicio o defecto del derecho transmitido en la responsabilidad por evicción en la compraventa (*propter vitium in jure auctoris*), el cedente se obliga a la llamada *veritas nominis* del crédito cedido, haciéndose responsable de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta. Por la otra parte, ya configurándose como una extensión de la obligación del vendedor acerca del: *praestare ut habere licere* o bien, como una aplicación analógica con base a la finalidad del saneamiento por vicios ocultos, el cedente viene obligado a la garantía de la *bonitas nominis* del crédito cedido, haciéndose responsable de la bondad del crédito transmitido, esto es de su inicial efectividad o valor de realización en cuanto exponente de un contenido patrimonial.

Cesión de créditos. Garantía de solvencia: aspectos.—La garantía alude a dos aspectos claramente diferenciados en el primero de ellos, conforme a su incidencia en el contexto operativo del término *periculum*, la solvencia del deudor cedido se inserta en el contenido natural de la cesión configurándose como un riesgo normalmente derivado del negocio celebrado, de suerte que la transmisión del crédito determina la transferencia del riesgo de la solvencia del deudor. En el segundo, la llamada garantía de la *bonitas nominis*, conforme a su incidencia en el contexto operativo del término *damnum*, responde a la tipicidad central de la insolvencia como hecho o causa legal que refiere la lesión del derecho de crédito, dando lugar a la correspondiente medida de protección o tutela.

Cesión de créditos. Obligación ex lege de garantía: límites.—La obligación *ex lege* de garantía también presupone una determinada «función negocial». En este sentido, el Código contempla dicha garantía en un negocio de cesión de créditos que tiene su causa en la compra-venta del crédito, conforme a la caracterización de los contratos traslativos de orden oneroso y conmutativo. Por eso, la obligación de garantía no suele tener lugar cuando la cesión tiene su origen en una causa diversa. Así, por ejemplo, cuando la cesión ha sido gratuita debe entenderse aplicable el artículo 638 CC, de suerte que el donante no viene obligado al saneamiento de las cosas donadas, a no ser que la donación comprenda también una cierta onerosidad (donación modal), en cuyo caso el donante responde por la *bonitas nominis* del crédito hasta la concurrencia del gravamen. Tampoco parece que juegue dicha garantía cuando se modifica la anterior función negocial, caso de las cesiones con función solutoria. En este sentido, en la cesión *pro soluto* la garantía de la solvencia del deudor tampoco viene contemplada en principio, a menos que se estipule expresamente. También al igual que acontece en sede de saneamiento, la responsabilidad del ceder por el incumplimiento de esta obligación de garantía va a ser ponderada de acuerdo con el criterio de la «buena fe» del cedente.

Cesión de créditos. Obligación de garantía: naturaleza jurídica.—La jurisprudencia ha declarado que no debe haber inconveniente en admitir que la naturaleza de esta obligación de garantía, conforme a su inserción en el esquema contractual de la cesión, viene configurada técnicamente dentro del cuadro típico del instituto del saneamiento, quedando articulada como una de las obligaciones que el Código impone al cedente en aras a lo que se ha denominado «idoneidad» del crédito cedido.

Cesión de créditos. Obligación de garantía: fases.—La jurisprudencia distingue un primer momento (pendiente el evento lesivo) en donde la garantía por la *bonitas nominis* viene configurada como una obligación «natural» del negocio de cesión de créditos. El segundo momento en el desenvolvimiento de la garantía por la *bonitas nominis* corresponde a la «consumación» del evento lesivo, esto es, a la prueba o realidad de la insolvencia anterior del deudor del crédito cedido. En este momento la acción del cesionario se proyecta sobre un contenido indemnizatorio propio de una fase de responsabilidad contractual. El artículo 1529 CC no distingue expresamente las citadas fases, quedando comprendidas dentro del alcance general del saneamiento del crédito cedido.

Cesión de créditos. Interpretación del artículo 1529 CC.—En primer lugar, hay que tener en cuenta que este régimen de responsabilidad, de acuerdo con los antecedentes en la materia, responde en gran parte a una configuración objetiva, conclusión claramente constatable en orden a la pretensión restitutoria del cesionario (párrafo 2.º del art. 1529, en relación a los gastos expresados en el núm. primero del art. 1518 CC). En segundo lugar, respecto al supuesto de responsabilidad agravada (párrafo 3.º del art. 1529 CC), el resarcimiento de los daños y perjuicios no sigue el sistema tradicional de la responsabilidad por culpa, sino que queda restringida en el marco de la mala fe del cedente. Por último, en tercer lugar, conviene recordar que dicho régimen de responsabilidad, en concordancia con el contenido obligacional, atiende a la esfera valorativa del comportamiento cedente, sin adentrarse en la posible responsabilidad del cesionario; consecuencia, por lo de más, que cuadra perfectamente con el régimen general de los supuestos relativos a la lesión del crédito con base a la tipicidad de la insolvencia

Cesión de créditos. Régimen de responsabilidad del cedente: delimitación.—Supuesta su buena fe y a falta de estipulación expresa respecto de su exclusión la insolvencia anterior del deudor del crédito cedido, acompañada de su carácter público, determina una presunción de *iuris et de iure* de responsabilidad que sirve de fundamento a la pretensión restitutoria del cesionario en los términos previstos por el núm. 1 del artículo 1518 CC. El carácter «anterior de la insolvencia» colorea el presupuesto material de la lesión del crédito, mientras que la nota de «publicidad» configura de modo objetivo el régimen de responsabilidad derivado. En el supuesto de mala fe del cedente, el resarcimiento de daños y perjuicios, ya sea la insolvencia pública o no, requiere de un presupuesto subjetivo no presunto que viene determinado por la responsabilidad del cedente en cuanto tuvo conocimiento real de la situación de insolvencia del deudor, por lo que el cesionario deberá probar la *scientia* del cedente en este punto

Cesión de créditos. Responsabilidad del cedente: supuestos excluidos.—La jurisprudencia considera que un primer caso lo obtenemos a través del cauce de la voluntad negocial, cuando las partes libremente manifiesten de forma expresa su acuerdo acerca de la no inclusión de esta obligación ex lege de garantía. La validez de dicho pacto viene respaldada por el carácter dispositivo de esta obligación, que no se integra en los elementos esenciales del negocio de cesión de créditos. Otro caso, siguiendo el modelo del saneamiento por evicción, se infiere de un modo presunto cuando el posible perjuicio derivado de la *bonitas nominis* del crédito cedido ha sido estimado por las partes, repercutiendo en el precio resultante por la transmisión del crédito. Por último, otra excepción a la aplicación de esta obligación de garantía se reduce cuando se modifica el carácter conmutativo de la cesión configurán-

dose la bondad del crédito como un evento aleatorio (*spes*), de modo que el negocio celebrado se entienda realizado a «pleno riesgo».

Cesión de créditos. Pretensión del cesionario: límites.—La pretensión de resarcimiento del cesionario queda delimitada en dos órdenes, claramente diferenciados, en el supuesto de buena fe del cedente (párrafo 2.º del art. 1529 CC), la obligación de garantía funciona de un modo análogo a una pretensión restitutoria, concretándose en el reembolso de los gastos previstos en el número primero del artículo 1518 CC: «Los gastos del contrato realizado y cualquier otro pago legítimo hecho para la celebración del negocio»; en el supuesto de mala fe del cedente, la obligación de garantía acenúa su vocación indemnizatoria concretándose: «en el pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios derivados» (párrafo 3.º del art. 1529). (STS de 10 de julio de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La representación procesal de la mercantil U., S.L., interpuso demanda contra B. de S., S.A., solicitando la declaración de nulidad de ciertas escrituras notariales y su constancia en el Registro de la Propiedad. El Juzgado de Primera Instancia número 14 de Málaga, dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación instada. (N.D.L.)

14. Responsabilidad decenal por defectos constructivos. La reparación de los daños y perjuicios del artículo 1591 CC.—La clara dicción del artículo 1591 («responder de los daños y perjuicios»), no debería plantear problemas de interpretación sobre lo que debe ser el resultado de la obligación incumplida, ni justifica la incertidumbre que tanto ha preocupado a la doctrina y la jurisprudencia en relación a si estamos ante una obligación de hacer o simplemente indemnizatoria, cuyo importe se adecue al coste de las reparaciones que hayan de efectuarse para remediar los males constructivos, puesto que caben las dos soluciones, ya que lo que se pretende realmente es que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización o reparación y a costa del responsable del daño, en situación igual o al menos equivalente, a la que tenía antes de haber sufrido el daño.

Distintas soluciones para la reparación de los daños y perjuicios del artículo 1591 CC.—a) obras de subsanación y reparación in natura; b) reclamación de reintegro de las cantidades realmente invertidas por la comunidad de propietarios; y, c) solicitar que se fije cantidad determinada para que la comunidad de propietarios pueda afrontar por sí misma y atender al costo de los trabajos y actividades necesarias para la consolidación, refuerzo y reparaciones en general en las zonas afectadas por la situación de ruina que se denuncia (SSTS de 10 de marzo de 2004 y 15 de febrero de 2011).

Mayor efectividad de la solución indemnizatoria, pero constituye la excepción.—Posiblemente la solución indemnizatoria sea más efectiva que la reparación a costa del responsable del daño, en atención a las complicaciones, dilaciones y conflictos que se pueden plantear en el trámite ejecutivo a resultas de una condena de hacer a costa de quien causó el daño. Pero, como señala la STS de 13 de julio de 2005, el pago constituye una excepción a la regla general del artículo 1098 CC (si el obligado a hacer una cosa no lo

hiciera, se mandará hacer a su costa...) y para ello se precisa, entre otras cosas, una serie de circunstancias (requerimiento desatendido por los agentes responsables para ejecutar las obras de reparación de los desperfectos existentes). Esta solución fue la aceptada por las SSTS de 10 de marzo de 2004 y 15 de febrero de 2011. **(STS de 11 de mayo de 2012; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios demandó por incumplimiento contractual y por responsabilidad decenal por defectos constructivos a la entidad constructora y al director de la obra, por la construcción de un aparcamiento. La parte demandada se opuso y formuló reconvención donde solicitaba la declaración de obra nueva y ejercitaba una acción de reclamación de cantidad.

El juzgado estimó en parte la demanda al condenar a los demandados solidariamente a realizar en el garaje las obras de reparación determinadas por el perito judicial y, en su defecto, a entregar a la actora una cantidad de dinero determinada para ello. Asimismo, estimó en parte la reconvención y condenó a la actora a otorgar escritura pública de las plazas de garaje que son propiedad de los demandados, así como a entregarles una cantidad en dinero. Recurrieron en apelación la parte actora y la constructora. La audiencia estimó parcialmente ambos recursos en el sentido siguiente: 1. La comunidad debía abonar a la constructora una cantidad algo inferior a la de primera instancia; 2. Suprimió la condena a la actora de otorgar escritura pública de las plazas de garaje y en su lugar se le condenó a otorgar escritura pública de declaración de obra nueva del aparcamiento; y, 3. La constructora tendría que facilitar a la comunidad la documentación del garaje necesaria para la obtención de la licencia de actividad, así como abonarle la cantidad que resulte de alquilar las plazas de garaje durante la realización de las obras. El Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida por la comunidad, al condenar además a la constructora a abonar a la comunidad la cláusula penal contenida en el contrato de obra.

NOTA.—En la actualidad, la LOE, de forma expresa, en su artículo 19.6, permite al asegurador optar por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños o por la reparación de los mismo. Véase, en este sentido, la STS de 21 de diciembre de 2010. (*I. D.-L.*)

15. Responsabilidad civil del abogado: Muerte de tres obreros subcontratados por empresa de Astilleros: Ejercicio de acciones penales, civiles y laborales por familiares que se declaran prescritos: Relación contractual entre Abogado y cliente: Negligencia profesional: Doctrina general.—a) La relación contractual entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato (últimamente SSTS de 26 de febrero y 18 de octubre de 2007, y 22 de octubre de 2008). En esta relación, si el abogado incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual. El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la

lex artis, esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado, a título de ejemplo: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el cumplimiento del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos.

b) La jurisprudencia ha precisado que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (SSTS 14 de julio de 2005 y 21 de junio de 2007). El juicio de imputabilidad exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino de medios, ya que lograr una resolución favorable dependerá, entre otros factores, de haber logrado la convicción del juzgador (entre otras, SSTS de 30 de marzo de 2006 y 26 de febrero de 2007). Este criterio impone examinar si como consecuencia del incumplimiento de las reglas de oficio, se ha producido una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficientes para ser configuradas como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva y por ello un daño resarcible en el marco que consagra el artículo 1101 CC (STS de 23 de julio de 2008).

c) Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina, en un contexto valorativo, que el daño debe calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción que debió intentarse, pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, el cual no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. Así la STS de 27 de julio de 2006 declara que la responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. No puede apreciarse la existencia de una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, cuando la producción del resultado desfavorable debe entenderse razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal, y no atribuible directamente a una omisión objetiva y cierta al abogado. Es menester, en suma, que exista una relación de certeza objetiva entre el incumplimiento de su obligación por parte del profesional jurídico y la inadmisión o desestimación de las pretensiones formuladas en defensa de su cliente, como ocurre en los supuestos de falta de presentación de escritos en los plazos establecidos o de omisión de trámites exigidos por la ley como carga para hacer valer las respectivas pretensiones, o la omisión de algún concepto indemnizable cuando se solicita una indemnización de daños y perjuicios, según jurisprudencia consolidada como es el caso del daño moral o del lucro cesante (STS de 14 de diciembre de 2005).

Prescripción de la acción: *Dies a quo*.—Es constante la jurisprudencia en declarar que la determinación del *dies a quo* es función que corresponde a la Sala de instancia, y que su decisión no es revisable en casación, salvo

cuando se halla en juego la correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables. La prescripción debe ser interpretada restrictivamente (STS de 14 de marzo de 2007), al no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho (STS de 6 de mayo de 2009). El *dies a quo* para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio non nata non praescribitur*, el cual exige que la parte disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar. En el presente caso la conducta del abogado demandado es susceptible de ser calificada como integrante de una infracción del deber de diligencia profesional pues la demanda de responsabilidad civil se presentó cuando había transcurrido más de un año desde la notificación al procurador del auto de la Audiencia Provincial que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juzgado de Instrucción que declaró la prescripción de la falta con expresa reserva de acciones civiles, y la inactividad del abogado determinó que el procedimiento iniciado no pudiera cumplir su fin de reconocimiento de la responsabilidad civil. En consecuencia, el daño consistió en frustración de la acción judicial.

Viabilidad de la acción.—En cuanto a la pérdida de oportunidades, la sentencia de apelación sigue los criterios de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que la pretensión de resarcimiento de las familias de los trabajadores tenía posibilidades de éxito, lo que acepta esta Sala pues el accidente que provocó la muerte de los tres trabajadores no fue debido a su imprudencia sino al hecho de que no se adoptaron medidas de seguridad, pues aquellos se encontraban en el interior de la canastilla de la grúa móvil, sin ningún tipo de sujeción.

Fijación de la cuantía de la indemnización.—Es doctrina reiterada que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales, como en el presente caso, no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia, salvo por error notorio o arbitrariedad, cuando exista una notoria desproporción, o se cometa una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del *quantum*. La valoración de la sentencia de apelación se funda en las circunstancias del caso y resuelve según sus expectativas, fijando una cantidad intermedia entre la suma inicialmente pedida por cada familia (que oscila entre 180.000 y 150.000 euros), y la concedida por el Juzgado de Primera Instancia (que oscila entre 12.000 y 6.000 euros), fijando 60.000 euros para cada viuda y 15.000 euros para cada hijo. Cantidades que deben ser confirmadas pues no se advierte una notoria desproporción entre el daño patrimonial sufrido por los recurridos y la indemnización fijada conforme a las circunstancias del caso, integradas, entre otros extremos, por las posibilidades de éxito de las actuaciones frustradas por la negligencia del abogado. **(STS de 28 de junio de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Los hechos luctuosos originarios ocurrieron el 31 de octubre de 1986 (fallecimiento de tres obreros que trabajan en una empresa subcontratista de limpieza de buques en los astilleros de Cádiz). Aparte las prestaciones ordinarias percibidas por los familiares, la única en que intervino con éxito el letrado demandado ocurrió en 1999 y consistió en declarar la responsabilidad solidaria de los Astilleros una vez que la empresa subcontratista fue declara-

da insolvente. En efecto, el abogado demandado acumuló sentencias desfavorables ante la jurisdicción penal, civil y laboral, por una única y misma causa, a saber la de haber prescrito la acción ejercitada; acción civil que el Tribunal Supremo declara viable, a estos efectos. Pasados 26 años desde la muerte de los trabajadores, los familiares ven parcialmente satisfecho su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Los hechos se comentan por sí solos (*G.G.C.*)

16. Precario y comodato en relación con la vivienda: Distinción.—Es jurisprudencia reiterada la que considera que, en los supuestos de cesión gratuita de una vivienda (normalmente entre familiares), sólo debe apreciarse la existencia de comodato cuando pueda probarse la celebración de un contrato entre las partes conforme al cual se cede el uso gratuito del bien durante un tiempo determinado o para un uso concreto. Fuera de estos casos, se considera que el uso de la vivienda por los familiares del propietario es meramente tolerado por éste, quien, por consiguiente, está legitimado para recuperar la posesión al tratarse de una situación jurídica de precario. (**STS de 11 de junio de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Al casarse la hija de la demandante, ésta cedió el uso de una vivienda contigua a la suya al nuevo matrimonio. Con el tiempo, tuvieron lugar adversidades entre madre e hija, que fueron objeto de reproche penal (sin llegar a fijarse una distancia mínima de alejamiento entre las partes). En tales circunstancias, la demandante interpuso una demanda de desahucio por precario, a fin de recuperar la posesión. Por su parte, el matrimonio demandado alegó en su defensa que la situación jurídica no podía calificarse como precario sino que podía apreciarse la adquisición de la propiedad por donación o por usucapión, o bien la existencia de un comodato. No se presentaron pruebas de la donación ni pudo apreciarse la concurrencia de los presupuestos de la usucapión; pero el Juez de Primera Instancia apreció, sin embargo, la existencia del comodato y, al declarar que no concurría causa suficiente para la extinción del mismo (en tanto no variasen las circunstancias de la familia que la habitaba, al haber sido cedida la vivienda para el uso familiar), denegó el lanzamiento pretendido por la demandante. La Audiencia Provincial, revocando la anterior, consideró que los demandados ocupaban en precario la vivienda, por no existir indicio alguno de pacto o contrato que les legitimara para conservar la posesión en contra de la voluntad de la propietaria, y los condenó al abandono de la misma. En casación, no hubo lugar.

NOTA.—Aun cuando —como hizo el Juez de Primera Instancia— se hubiera apreciado la existencia de un contrato de comodato (que lógicamente no lo hubo, como lo prueba el hecho de que las partes aleguen, en primer lugar la donación o la usucapión), pudiera estimarse la extinción del mismo por voluntad de la demandante por causa de ingratitud de la parte demandada, en caso de haberse apreciado la existencia de delito en el litigio penal que medió entre las partes, siendo aplicable por analogía al contrato de comodato la

regla que admite la revocación de donaciones por ingratitud del donatario (art. 648 CC), dada la naturaleza gratuita del comodato (arts. 1740.II y 1741 *in fine* CC). (C.J.D.)

17. Crédito al consumo. Gratuidad: interpretación.—La concesión por parte de una de una entidad financiera de un crédito para el consumo con un interés de tipo 0, no supone, sin más, la obtención de un préstamo gratuito. En este sentido, la jurisprudencia, ha sostenido que basta con que el prestamista convenga con el proveedor de los servicios una retribución a cargo de este, para que la gratuidad respecto del consumidor, pese a estar expresamente pactada en la financiación, deba considerarse excluida en el conjunto de la operación, dada la aptitud potencial del oneroso contrato conexo como instrumento para provocar una repercusión en la contraprestación pactada en el otro contrato. (STS de 20 de julio de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La asociación de consumidores y usuarios A. D. I. de B. y C. de A. de E. interpuso demanda contra la mercantil CES., S.L., y las entidades financieras BSCH, C de M. y M. de P de M., PSFE de F. S.A, y BBVA F. B. de C S.A., solicitando la resolución de los contratos de enseñanza concertados por los consumidores a que representaba con la academia de enseñanza de idiomas, al haber dejado de prestar los servicios concertados y los contratos suscritos con las entidades bancarias que habían concedido préstamos a los consumidores con los que estos habían financiado los cursos de enseñanza. El Juzgado de Primera Instancia número 27 de Barcelona estimó parcialmente la demanda declarando la resolución de los contratos de enseñanza suscritos. Recurrida en apelación, la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente el recurso en el sentido de añadir a la resolución de los contratos de enseñanza, la invalidación de los contratos de financiación vinculados a ellos concertados. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación instada (N.D.L.)

18. Concurrencia de la normativa sobre usura y sobre protección de consumidores.—El Tribunal Supremo declara que es una práctica habitual la invocación conjunta de ambas normativas y que ello no plantea ninguna cuestión de incompatibilidad, ni conceptual ni material, ya que se trata de controles de distinta configuración y alcance con ámbitos de aplicación propios y diferenciables.

Distinción entre la normativa sobre la usura y la normativa sobre protección de los consumidores.—Las diferencias se fijan en tres aspectos. Así, en primer lugar, axiológicamente, mientras que la Ley de Usura se refiere a un caso particular, la normativa de consumo responde a una finalidad de práctica legislativa definida programáticamente en el texto constitucional, que incorpora, además del reforzamiento del principio de libertad contractual, unas claras finalidades de la Unión Europea en orden a fomentar el consumo y la competencia dentro del mercado único. Correspondientemente, la sanción que deriva de la usura queda concretada a un ámbito subjetivo concreto, sin más finalidad de abstracción o generalidad; pero la normativa de

consumo tiene una marcada función de configurar el ámbito contractual y, con ello, de incidir en el tráfico patrimonial. Por otra parte, en segundo lugar, mientras que en el caso de la usura, el control se realiza como sanción a un abuso inmoral especialmente grave o reprochable que explota una determinada situación subjetiva de la contratación –siendo, por tanto, proyección del límite general del artículo 1255 CC–, en el caso de la protección de los consumidores, la cláusula de buena fe solamente toma en consideración el ámbito objetivo del desequilibrio resultante, sin presuponer ninguna intención o finalidad reprochable. Finalmente, en cuanto a la sanción que imponen ambas normas, la usura comporta la nulidad del contrato realizado, con la correspondiente obligación restitutoria (entre otras, SSTS de 5 de julio de 1982 y 31 de enero de 2008); la normativa sobre consumidores, en cambio, no determina directamente la nulidad del contrato o su ineficacia total, siempre que no afecte a los elementos esenciales del mismo.

Ausencia de control sobre el precio a través de la normativa sobre usura y sobre protección de consumidores.—Ninguna de estas normativas realiza un control sobre el precio. En primer lugar, en el caso de la usura, la Ley se encuadra en el esquema liberal, que se fundamenta en el libre intercambio de bienes y servicios y en la determinación de su respectivo precio o remuneración, que ordena la autonomía privada de las partes contratantes. La libertad de precios, por tanto, se impone como una pieza maestra de la doctrina liberal (SSTS de 8 de abril de 1947, 26 de octubre de 1965, 29 de diciembre de 1971 y 20 de julio de 1993). En segundo lugar, en el caso de la normativa sobre protección de consumidores, tampoco se da un control de precios, ni del equilibrio de las prestaciones propiamente dicho, ya que es transposición de la Directiva 93/13/CEE, que excluye expresamente del control de contenido de las cláusulas abusivas tanto la definición del objeto principal del contrato, como la adecuación con el precio pactado. No obstante, estos elementos esenciales del contrato pueden ser objeto de control por la vía de la inclusión y de la transparencia; ello persigue que el cliente pueda conocer la carga económica que, en conjunto, supone para él el contrato y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte.

Determinación del interés usurario.—El control realizado por la normativa sobre la usura se proyecta en dos planos: objetivo y subjetivo. Por lo que respecta al primero, señala el Tribunal Supremo que la mera alegación de un interés elevado, o su concurrencia con una garantía hipotecaria, no determina por sí solo el carácter usurario del préstamo, sino que es necesario acreditar que resulte manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. Respecto al plano subjetivo, que valora la validez del consentimiento prestado, considera el Tribunal Supremo que, por ejemplo, la mera alegación de la existencia de embargos preventivos que recaen sobre la vivienda de los actores no sería causa suficiente por sí sola para acreditar, conforme exige la Ley de Usura, una «situación angustiosa» que determina la aceptación de las condiciones del préstamo, sino que es necesario, para apreciar el vicio del consentimiento, acreditar las circunstancias que puedan tenerse como reveladoras de dicha situación de angustia en el caso concreto (STS de 23 de noviembre de 2009); así, por ejemplo, el pleno conocimiento de la trascendencia económica y patrimonial del préstamo proyectado.

Concepto de consumidor en la normativa sobre consumidores.—La normativa española no acoge la referencia amplia contenida en la normativa europea, que se remite a cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, sino que combina un elemento positivo, de consu-

midor como «destinatario final», con un elemento negativo, que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios «para integrarlos en procesos relacionados con el mercado». A la hora de interpretar este concepto, nuestra jurisprudencia, siguiendo la línea de la europea, considera que la remisión al destinatario final tiene sentido restrictivo, referido al consumo familiar y doméstico o al mero uso personal o particular (SSTS de 18 de julio de 1999, 16 de octubre de 2000 y 15 de diciembre de 2005).

Compatibilidad de los criterios de interpretación de la normativa sobre protección de consumidores con los criterios generales de interpretación del Código civil. Aplicación del criterio de interpretación literal.

Los criterios para determinar la abusividad de una determinada cláusula no son distintos ni incompatibles respecto de los criterios generales de interpretación establecidos en el Código Civil. De hecho, el propio artículo 6.3 LCGC remite supletoriamente a las disposiciones sobre interpretación de los contratos recogidas en el Código. En concreto, en relación al criterio de la interpretación literal, el Tribunal Supremo tiene declarado (STS de 18 de mayo de 2012) que, en el ámbito de interpretación de los contratos, la interpretación gramatical referida al «sentido literal» que dispone el artículo 1281 CC no constituye un fin en sí misma, sino que debe integrarse en la prevalencia de la voluntad realmente querida por las partes contratantes. Su relevancia, por tanto, hay que observarla fuera de esta determinación o dialéctica, y dentro de la unidad del fenómeno interpretativo en su conjunto. (STS de 18 de junio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Un matrimonio suscribió el 11 de julio de 2006 una escritura de préstamo hipotecario por una elevada cantidad con una entidad bancaria. Con anterioridad a ello, el matrimonio había comparado y contrastado las condiciones del préstamo con otras entidades bancarias y había suscrito, previamente a la formalización en escritura pública del préstamo convenido, una serie de documentos explicativos de la entidad financiera, donde se les informaba de las condiciones concretas de la operación a realizar. En concreto, el plazo de duración del préstamo quedó establecido hasta el día 1 de agosto de 2007, fecha en que debía procederse a la amortización de capital. Los intereses ordinarios se pactaron a un interés nominal anual del 20,50 %, con devengo mensual a partir del 1 de junio de 2007, acordándose junto a ello unos intereses por amortización anticipada al 5 %. Como garantía, se constituyó hipoteca sobre una finca urbana sobre la que pesaban ya algunas otras cargas y gravámenes.

Amparándose en la redacción de las condiciones del préstamo recogidas en la escritura pública —y en el equívoco uso del término «devengo» en las mismas, referido tanto al capital, como a los intereses—, el matrimonio hizo entrega del capital con antelación a la fecha del primer devengo mensual, aplicándole únicamente los intereses del 5 %. Ante la negativa de la entidad bancaria de recibir el pago, el matrimonio interpuso demanda solicitando la declaración de que el tipo de interés aplicable era el calculado por ellos, y no el del 20,50 %, así como la nulidad de la cláusula del contrato en la que se fijaba el interés anual, por considerarla nula. Ambas pretensiones fueron desestimadas, tanto en primera instancia, como en

apelación, sobre varios argumentos: que la confusión en la redacción de la escritura era un mero error gramatical sin trascendencia sobre la validez del consentimiento prestado, que era dudoso el carácter de consumidores del matrimonio y el carácter no negociado de la cláusula y que los intereses pactados, aunque elevados, no eran abusivos, en consideración al riesgo de la operación acordada. El matrimonio interpuso entonces recurso de casación, fundamentado en el incumplimiento de la normativa sobre la usura, así como, subsidiariamente, sobre cláusulas abusivas.

NOTA.—Las referencias realizadas a la normativa de consumidores y usuarios que contiene la sentencia se remiten a la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 19 de junio de 1984, así como a la Ley de Condiciones Generales de 13 de abril de 1998. Es, por tanto, anterior al actual Texto refundido de 16 de noviembre de 2007, hoy vigente. (A. M. M.)

19. Responsabilidad civil por actividad contaminante realizada sobre terrenos enajenados: Legislación administrativa estatal y autonómica: Artículo 1902 CC: Jurisprudencia contradictoria del Tribunal Supremo.—Pese al extraordinario volumen de las actuaciones procesales, el problema jurídico del litigio es uno sólo y de planteamiento relativamente sencillo. Se trata de saber si una sociedad mercantil constituida por entes públicos para la regeneración y consiguiente explotación de un puerto deportivo-pesquero y su zona residencial contigua puede repercutir retrospectivamente los costes de descontaminación a la sociedad mercantil que en tiempos contaminó la zona, y ello pese a haber tenido que cesar esta en su actividad industrial y haber vendido en su día los terrenos a bajo precio debido precisamente a su contaminación, conocida por todas las entidades que sucesivamente fueron adquiriendo derechos sobre dichos terrenos. Y esta decisión se somete por la actora-recurrente a la jurisdicción civil con base en el CC pero invocando el principio de *quien contamina paga*, presente en diversas normas administrativas de protección medioambiental que se consideran aplicables al caso. Cabe adelantar desde ahora mismo que esa repercusión retrospectiva no tiene amparo legal, ni en los artículos 33, 43 y 45 CE, ni en el artículo 1902 CC, ni en los artículos 1210 y 1158 del mismo cuerpo legal, ya que el principio *quien contamina paga*, por una parte, no deja de ser una manifestación concreta en materia medioambiental del principio de que cada uno debe responder de sus propios actos y, por otra, ha de ser conciliado, cuando los terrenos contaminados hayan sido objeto de sucesivos contratos privados, con el principio de que los contratos deben ser cumplidos (art. 1258 CC).

Esta Sala se ha pronunciado contradictoriamente sobre dos casos de gran similitud con el presente, ya que en ambos la demandada era también Ercros y ésta había vendido los terrenos contaminados en los que había desarrollado su actividad industrial. En la STS de 29 de octubre de 2008, sobre un recurso de Ercros contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 octubre 2003, que la había condenado a indemnizar a la Inmobiliaria CSA, adquirente en subasta pública de los terrenos vendidos por Ercros, a la compañía mercantil PISA, y esta Sala resolvió, en líneas generales, de acuerdo con las tesis de la aquí actora-recurrente, es decir responsabilidad extracontractual de la vendedora e improcedencia de apreciar prescripción de la acción por considerar que la acción era imprescriptible. Sin embargo en la STS de 22 de

diciembre de 2008, sobre un recurso igualmente de Ercros contra la sentencia que le había condenado a retirar los residuos enterrados en un solar que había sido de su propiedad, estimando así la demanda de Resinar, S.L., última propietaria después de una cadena de transmisiones, casó la sentencia impugnada y desestimó la demanda. Declara también que las normas administrativas que prohíben la realización de actividades de vertido gravemente perjudiciales para la comunidad imponen a las Administraciones públicas la obligación de impedir y de sancionar esas conductas, en el caso de que se produzcan, y de exigir las consiguientes responsabilidades por los daños causados a los intereses públicos, generales o colectivos; pero el instituto de la responsabilidad civil extracontractual no puede ser utilizado para transformar la obligación de indemnizar a la comunidad por daños originados en general a los bienes colectivos en una obligación de reparación concebida particularmente en beneficio del comprador de un inmueble que pudo haber tenido en cuenta, al pactar las condiciones de la compraventa, el deficiente estado del solar y en ese caso resultaría después beneficiado de manera injusta por la reparación de unos daños cuyo sujeto pasivo es la comunidad.

Entre los dos referidos criterios opuestos de decisión, esta Sala considera que debe reiterar el de la sentencia de 22 de diciembre de 2008 por corresponderse con el dato de que la conocida contaminación de los terrenos ocupados por la demandada desde el primer tercio del siglo XIX y en los que desarrolló una actividad industrial de fabricación de productos químicos, hasta verse obligada a cesar en la misma por decisión de la Administración, se computó no sólo en el precio por el que en 1987 vendió la mayor parte de los terrenos a la Corporación Metropolitana de Barcelona, sino también en la aportación que esta, ya como Consell Comarcal del Barcelonés, hizo a la demandante, del mismo modo que asimismo se computó en la venta del resto de los terrenos que el ICO hizo en 2002 a aquella.

Así las cosas, no cabe indemnización alguna con base en el artículo 1902 CC por las razones expresadas en la Sentencia de 22 de diciembre de 2008, cuyo criterio de decisión se reitera aquí plenamente, ni en su caso cabría considerar no prescrita la acción, pues no sólo la calificación de los daños como permanentes y no continuados por la sentencia recurrida se ajusta por completo a lo resuelto por la sentencia de 28 de octubre de 2009, sobre contaminación de un acuífero, sino que además los hechos probados demuestran tanto la notoriedad de la contaminación como la probabilidad más que alta, conocida por todos los interesados e igualmente notoria a la vista de los productos que fabricaba la demandada, de que se extendiera más allá de lo que podía manifestarse en superficie.

Procede, en consecuencia, desestimar el motivo 5.º por infracción procesal y los motivos 3.º y 4.º de casación, todos ellos orientados, desde una u otra perspectiva, a que se declare la responsabilidad civil extracontractual de Ercros y no prescrita la acción; debiendo, no obstante, puntualizarse que lo denunciado como infracción procesal es formalmente la incongruencia y falta de motivación de la sentencia recurrida, con vulneración de los artículos 218 LEC y 24 CE, pero lo materialmente planteado no tiene nada que ver con la incongruencia ni con la falta de motivación, pues consiste en la disconformidad de la recurrente con la calificación del daño como permanente y no como continuado, alegando dicha parte que por los fenómenos atmosféricos los residuos y sus elementos contaminantes se extendían por el subsuelo y hasta el acuífero, algo que tanto al transmitirse los terrenos por Ercros como

al decidirse dedicar la zona a puerto y uso residencial tenía que resultar más que sabido dado el tipo de industria a que se había dedicado la demandada.

Acciones de subrogación, repetición o reembolso: No hay cosa juzgada.—Tampoco pueden ser estimados los recursos desde su otra perspectiva, la de las acciones de subrogación, repetición o reembolso fundadas en que la actora cumplió frente a la Administración un obligación que incumbía a Ercros.

Aparte de ser el presente caso una clara manifestación de huida del Derecho administrativo mediante la constitución de una compañía mercantil por entidades públicas para invocar, según convenga, el Derecho privado o el Derecho público, fenómenos sobre el que esta Sala ha llamado la atención en la STS de 10 de junio de 2011, lo cierto es que ni la STSJ de 28 de abril de 2004 produjo efecto positivo de cosa juzgada en el presente litigio civil ni los gastos de descontaminación soportados por la actora para destinar la zona contaminada al uso decidido por la Administración y cuyos beneficios iban a aprovechar a la propia actora, pueden considerarse una obligación civil de Ercros íntegramente cumplida por aquella, porque desde la perspectiva del Derecho privado esos gastos ya se computaron tanto en el precio de la venta de los terrenos como en la aportación de estos por la Corporación Metropolitana de Barcelona a la propia actora. Bien puede considerarse que el principio *quien contamina paga* se cumplió en el presente caso, pues Ercros no sólo se vio obligada a cesar en su actividad de gran industria sino que además recibió por sus terrenos un precio muy inferior al de mercado. Por otra parte el STSJ no se pronunció sobre los acuerdos privados o de alcance urbanístico que acompañaron a la transmisión de los terrenos, siendo así que en un litigio civil lo decisivo serían precisamente esos acuerdos privados. No hubo ninguna declaración de que Ercros estuviera obligada frente a la Administración a descontaminar sus antiguos terrenos para dejarlos en condiciones aptas para un uso portuario-residencial, y de haberse producido un fallo de la jurisdicción contencioso-administrativa en este sentido tampoco habría podido impedir que en un ulterior litigio civil se atendiera a la relevancia de los acuerdos privados no valorados por dicha jurisdicción.

Descartada la cosa juzgada, tampoco puede acogerse el planteamiento subsidiario del recurso fundado en la obligación legal de descontaminar que supuestamente imponen a Ercros la Ley 42/1975, de 19 noviembre, sobre desechos y residuos sólidos urbanos, la Ley 20/1986, Básica de residuos tóxicos y peligrosos, o la Ley catalana 6/1993, de 15 julio, reguladora de los residuos, porque sobre la polémica entre las partes acerca de su ámbito temporal y material de aplicación, debe prevalecer el hecho de que, desde el punto de vista civil, Ercros soportó su obligación de descontaminar por vía contractual, mediante una muy notable disminución del precio cuando vendió los terrenos, al tiempo que la hoy recurrente compensaba el coste de la descontaminación realizada por ella al comprar a bajo precio la otra parte de los terrenos al ICO y al computar ese costo en la valoración de la aportación no dineraria hecha por el Consell Comarcal del Barcelonés.

De ahí que la sentencia recurrida, acertadamente, resolviera el litigio desde el punto de vista contractual de las sucesivas transmisiones y de las aportaciones a la sociedad anónima hoy recurrente, punto de vista que coincide con el de la STS de esta Sala de 22 de diciembre de 2008, y que la parte recurrente elude prácticamente por completo. La realidad es que, habiéndose producido diversas transmisiones de unos terrenos altamente contaminados por una actividad industrial centenaria, y conocida esa alta contaminación,

aunque no su alcance exacto, por los sucesivos adquirentes, incluida la sociedad anónima hoy recurrente, la repercusión a la demandada de los costes de descontaminar aquellos mismos terrenos para adecuarlos a un uso portuario y residencial sólo podía intentarse ante la jurisdicción civil con fundamento en los propios contratos privados determinantes de las sucesivas transmisiones o aportaciones sociales, no con base en el artículo 1902 CC ni con base en el cumplimiento por la hoy recurrente de una obligación que las leyes administrativas medioambientales pudieran imponer a Ercros. En suma, el cómputo de la gran contaminación de la zona en el precio de las compraventas y en la valoración de la aportación a la sociedad recurrente implicaba que los contratos asignaban al contratante adquirente el riesgo que la contaminación pudiera suponer para los futuros usos de la zona, esto es, el coste de la descontaminación necesaria para estos usos (**STS de 11 de junio de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Importante sentencia (merecería, incluso, haber sido dictada por el Pleno), no tanto por la cuantía de la indemnización solicitada (que excede los 25 millones de euros) sino porque, ante dos fallos contradictorios de la misma Sala en fecha reciente (STS de 29 de octubre de 2008 y STS de 22 de diciembre de 2008), sobre casos análogos con identidad, incluso, de una de las partes litigantes, opta resueltamente por el criterio de la segunda, razonando cumplidamente la orientación ahora adoptada, acomodándose así puntualmente a la doctrina del TC sobre jurisprudencia divergente. En la argumentación hace una serena defensa de la jurisdicción civil frente a la contencioso-administrativa, al tiempo que desmascara ciertas prácticas habituales que, —a mi juicio—, semejan al empleo del uso alternativo del derecho, y, además, traduce civilmente el eslogan del socorrido principio *quien contamina paga* (= cada uno es responsable de sus propios actos). Frente a una inflación que ha experimentado la responsabilidad extracontractual con base en el artículo 1902 CC, hace valer la preferencia de la responsabilidad *ex contractu*. Frente a tópicos demasiado extendidos la sentencia extractada efectúa una necesaria clarificación: en el ámbito civil prima el contrato, y no es adecuado utilizar el artículo 1902 CC para fines exclusivamente iuspublicistas.

Al margen de las anteriores consideraciones, el Tribunal Supremo se ve obligado a recordar la larga historia de la empresa demandada, que con su importante actividad contribuyó, indudablemente a la prosperidad de la zona en que se instaló inicialmente, manteniendo por más de un siglo una fábrica de productos químicos, de gran importancia cuantitativa y cualitativamente en el orden económico, pero de efectos muy contaminantes para el medio ambiente. Probablemente se considerarían los hechos a la sazón como un episodio de la era de la industrialización, y nadie denunció otros futuros perjuicios que inevitablemente habrían de producirse para otros sectores de la sociedad. Adviene la era del estado del bienestar, y se asigna a los terrenos, por quien tiene potestad de hacerlo, una finalidad distinta y opuesta; así, en vez de industrial se dedicará el terreno a una finalidad portuario-residencial. La Administración adopta las decisiones oportunas, que se llevan puntualmente a efecto. La centenaria empresa de productos químicos se ve forzada a cerrar, y trasla-

darse a otro lugar, y a malvender sus terrenos. Hay actuaciones muy complejas que la sentencia describe minuciosamente. La empresa de carácter público que va a llevar a la práctica los nuevos planes administrativos, asume una parte importante de la tarea descontaminadora, y pretende reembolsarse de los gastos demandando a Ercros, la empresa reconocida por todos como principal contaminadora. Probablemente cabe imaginar con verosimilitud que cuando esta empresa inició su actividad, la Administración de la época apoyara y favoreciera su funcionamiento, acaso hasta con subvenciones. Puede suponerse que también emitiera alguna autorización o licencia; ¿se le podría demandar, ahora, por no haber previsto, hace muchos años, la contaminación futura? Otra Administración posterior y distinta modifica legalmente el destino de los terrenos, y obliga a realizar costosos trabajos de descontaminación. Surgen interrogantes: ¿se le podría demandar ahora, o en el futuro, por imponer cargas exorbitantes a la empresa concesionaria? Finalmente: ¿hemos aprendido alguna lección del pasado? ¿hubiera sido más práctico esperar a que la propia naturaleza culminara, sin costo, su proceso de descontaminación antes de reutilizar esos terrenos? (G.G.C.)

20. Responsabilidad médica y sanitaria: Incongruencia.—No concurre incongruencia alguna en la sentencia recurrida, ya que lo que realmente declara y acoge es que hubo una deficiente organización por el centro sanitario del sistema de guardias, que facilitó la producción del resultado, a saber, graves secuelas en el nacido de un parto de riesgo. Todo ello, en clara respuesta al suplico de la demanda y a las argumentaciones que la contienen en la que, al amparo de las acciones ejercitadas de responsabilidad y legal derivada de los derechos de los consumidores y usuarios, se recogen los reproches fácticos que se formulan a la recurrente, entre otros, la falta de medios humanos y materiales adecuados y el de una inadecuada organización de los servicios.

Falta de motivación de la sentencia.—La motivación de la sentencia de la Audiencia Provincial es ciertamente pobre, fragmentaria o deficiente, pero resulta suficiente a los efectos de los artículos 24 y 120 CE y 209 y 218 LEC. La devolución de actuaciones por esta Sala al juzgado para dar cumplimiento efectivo al deber constitucional de motivación, desde la idea de que se ha privado de una instancia a la recurrente, solo se produce en los casos de nulidades de actos procesales, o del procedimiento, que deban acarrear tal consecuencia. En otro caso debe prevalecer el denominado efecto positivo de jurisdicción que da lugar a la asunción de la instancia, que es el sistema judicial que resulta del artículo 465 LEC, apartados 2 y 3 LEC, y que siempre mantuvo la jurisprudencia de esta Sala, como recuerda la STS de 14 de febrero de 2011.

Servicio deficiente prestado por la clínica: Responsabilidad médica y sanitaria: Culpa concurrente: Probabilidad cualificada.—La clínica, a partir de una política de racionalización de recursos, siempre reprochable cuando está en juego el derecho constitucional a la salud de las personas, no debió autorizar la situación que se produjo. Obligación suya era organizar la dinámica del centro y las guardias de los profesionales de otra forma, impidiendo que en un parto de riesgo se tuviera que ausentar el médico para atender de forma teóricamente simultánea una emergencia, por más que fuera la paciente quien contratara el servicio pues, en definitiva, proporcionó un servicio deficiente a

la usuaria de la que resultaron unos daños y perjuicios de indudable gravedad, del que debe responder bien por la específica responsabilidad legal que dimana de la LGDCU, bien a partir de la concurrencia de los requisitos del artículo 1902 CC. La exigencia de responsabilidad tanto de los médicos o del personal sanitario como de la institución o entidad sanitaria se funda en la falta de una actuación diligente o de medidas de prevención o de precaución, independientemente de que la omisión pueda residenciarse también en un sujeto determinado, y no tiene carácter objetivo, mientras que la causalidad se establece entre la actuación del servicio hospitalario y el daño producido, y que, sin que pueda fundarse en simples conjeturas o posibilidades, admite lo que esta Sala ha calificado reiteradamente de *probabilidad cualificada* (SSTS de 5 de enero de 2007 y 20 de julio de 2009).

Aplicación LGDCU.—La responsabilidad que se imputa a la clínica se concreta en la existencia de un daño ocasionado al menor bajo su control causalmente vinculado al sistema del organizativo de las guardias establecidas en la misma. Como dice la STS de 20 de julio de 2009, esta Sala ha venido admitiendo la vinculación de la LGDCU por el defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios, si bien advierte que los criterios de imputación de la expresada ley deben proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario, sin imputar los daños imputables directamente a los actos médicos. Como precisa la STS de 5 de enero de 2007, el principio culpabilístico en torno al que se articula la responsabilidad extracontractual en el Código Civil, no se opone a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, debe entenderse insita objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando éste se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto o concurran circunstancias exógenas aptas para destruir este criterio de imputación, anteponiendo las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la servicio del empresario.

Interpretación del contrato de asistencia médica.—En el caso, los hechos probados de la sentencia, a partir de los cuales se debe calificar la naturaleza jurídica del contrato, ponen de relieve que entre la actora y la recurrente existía una relación jurídica de contrato de seguro, no de reembolso con modalidad de pago directo, sino mixto de reembolso y asistencia sanitaria, y que los actos médicos fueron ofertados por la mutua, contratados por la usuaria y abonados por la aseguradora bajo la segunda modalidad en la que se incluía un servicio médico complejo y completo a través de una entidad previamente contratada, cuya negligencia no solo ha quedado determinada sino que ha sido causa de los daños y perjuicios que se han ocasionado a la actora.

Intereses moratorios impuestos a la aseguradora.—Se formula este recurso con base en la infracción del artículo 20 LCS, al estimar que no procede el abono de los intereses moratorios desde la fecha de la interpelación judicial, sino desde la fecha de la sentencia, ya que ha sido necesario el pleito para determinar el alcance de la responsabilidad de asegurado, de forma que la aseguradora consignó las cantidades una vez que se dicta sentencia condenatoria en primera instancia. El motivo debe desestimarse por inexistencia de razones que permitan reputar justificada la negativa de la aseguradora a cumplir su deber de satisfacer la prestación en plazo. Como expresa la sentencia recurrida, no estamos ante una reclamación, globalmente considerada, desproporcionada, ni visto el resultado del recurso, se puede fundamentar en

ninguna duda seriamente relevante de hecho o de derecho en cuanto al éxito de la acción, la reticencia a ofrecer una suma aceptable, vistos los enormes daños y perjuicios ocasionados (**STS de 24 de mayo de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Se trata de la responsabilidad extracontractual y legal derivada de un parto con riesgo ocurrido el 7 de marzo de 2001, respecto del cuarto alumbramiento de una madre de 33 años, con la consecuencias de importantes secuelas, no discutidas en el proceso (grave parálisis cerebral, tetraparexia mixta, equivalente a oligofrenia grave, que ha originado la declaración de discapacidad del 75% del hijo nacido, con incapacidad laboral absoluta), recayendo condena a elevada indemnización coincidente en ambas instancias (1.627.213,55 euros), aunque absolviendo en apelación al anestesista y comadrona y sus aseguradoras, pero manteniendo la condena del médico ginecólogo, la clínica y sus respectivas aseguradoras, al apreciar que existe relación causa-efecto entre la negligencia médica y el resultado, así como entre el sistema de guardias establecido por el centro sanitario y el daño causado. Parece que empieza a corregirse, con cierta lentitud, el retraso endémico de nuestros tribunales: fallo del Juzgado de Primera Instancia, 2007; resolución de la apelación, 2009; y sentencia del Tribunal Supremo, en 2012. La desestimación de los recursos extraordinarios y de casación, deja incólume la resolución de la Audiencia Provincial, plenamente convincente (*G.G.C.*)

21. Responsabilidad médica. No aplicación del sistema de responsabilidad de la legislación de consumidores a los actos médicos en sí, sino tan solo a los aspectos organizativos de la prestación del servicio.—Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS de 5 de febrero de 2001, de 26 de marzo de 2004 y de 5 de enero de 2007). (**STS de 18 de mayo de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La actora se sometió a una intervención de cirugía plástica, tras lo cual sufrió un ictus cerebral que le dejó graves secuelas permanentes de infarto en zona cerebral derecha y hemiplejía izquierda. La sentencia de instancia consideró que la causa de la lesión se debía a la retirada de una medicación anticoagulante que venía tomando la paciente, sin que se adoptara por el cirujano ninguna otra pauta farmacológica y sin control posterior alguno; por lo que estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación del demandado y desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la actora. (*I.D.-L.*)

22. Responsabilidad por productos: Medicamento para la menopausia: Efectos secundarios: Valoración de la prueba.—Lo que se pretende realmente es que la Sala tenga en cuenta el criterio de los peritos del recurrente y que prive de valor a los medios probatorios que han servido a la Audiencia Provincial para sentar su propia convicción sobre los hechos debatidos, lo que no es admisible. La emisión de varios dictámenes o el contraste de algunos de ellos con las demás pruebas, posibilita que la autoridad de un juicio pericial se vea puesta en duda por la del juicio opuesto o por otras pruebas, y que, con toda lógica, los Jueces y Tribunales, siendo la prueba pericial de apreciación libre y no tasada acepten el criterio más próximo a su convicción, motivándolo de forma suficiente y adecuada, como ocurre en este caso mediante la referencia expresa a aquellos elementos que se han tomado como base de las declaraciones efectuadas, lo que excluye la arbitrariedad. Tampoco son ilógicas ni contrarias a las reglas de la razón las consideraciones sobre los efectos secundarios del medicamento imputados al laboratorio, atendido el contenido de las pruebas.

Cuando la ciencia aun no ha demostrado algo relativo al consumo de un fármaco y se pone de manifiesto un efecto contrario a la salud funciona un sistema de control que, en el caso del medicamento *Agreal*, supuso la suspensión de la comercialización del mismo acordada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS), en 20 de mayo de 2005 (efectiva el 15 de junio de 2005), alertada por el Sistema Español de Farmacovigilancia, tras recibir diversas notificaciones de reacciones psiquiátricas adversas y reevaluar el balance beneficio-riesgo del fármaco Veraliprida en sus indicaciones autorizadas, para analizar toda la información disponible tanto acerca de las reacciones adversas como de la eficacia del mismo.

Agreal es un medicamento de composición Veralipride, como fármaco antagonista dopaminérgico, empleado para atenuar los síntomas vasculares y vegetativos de la menopausia, que produce efectos adversos relacionados con indicación de sistemas extrapiramidales (SEP): temor, distonias, rigidez o acatisia, parkinsonismo y también, discinesia tardía. Ninguna de dichas reacciones adversas consta recogidas en el prospecto analizado y comercializado desde 1983, sin que el Laboratorio farmacéutico solicitase nueva ficha técnica hasta el 19 de abril de 2002; ficha técnica y prospecto que no resultaron aprobados, tras la evaluación del beneficio-riesgo por parte de la AEMPS, iniciado en el año 2004, y dictado en fecha 20 de mayo de 2005, mediante resolución revocando la autorización de la comercialización una vez que el Comité de Seguridad de Medicamentos de Uso Humano de la AEMPS concluyera que el balance entre los beneficios terapéuticos y los riesgos que entrañaba resultaba desfavorable en las indicaciones autorizadas, dictándose Comunicación Informativa de 7 de septiembre de 2005 sobre recomendaciones para la retirada del tratamiento con *Agreal*, dejado de comercializar por el Laboratorio farmacéutico a partir del 15 de junio de 2005, y a partir del 15 de septiembre de 2006 de poder ser dispensado en las oficinas de farmacia.

Dice el laboratorio recurrente que «el derecho no puede suplantar a la ciencia, ni los jueces pueden imponer normas que una acreditada y usual práctica clínica determina como universal de utilización de fármacos». Dichas afirmaciones carecen de fundamento en orden a acreditar la existencia de error en la valoración de la prueba, dado que el objeto del proceso no es fijar un hecho científico ni una técnica universal, sino determinar algo tan simple como si se ha acreditado la existencia de efectos secundarios del fár-

maco no descritos en el prospecto y, si con arreglo a la normativa aplicable, debían figurar en él.

La valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva del tribunal de instancia, no es revisable en el recurso extraordinario, al amparo del artículo 469.1.2.º, LEC que se refiere a las normas procesales reguladoras de la sentencia, entre las cuales no figuran los preceptos enunciados en el motivo. Únicamente a través del artículo 469.1.4.º, LEC por ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial consagrado en el artículo 24 CE, lo que no ocurre en este caso, como tampoco ocurrió en las resoluciones que han antecedido a ésta, en el que tales documentos han sido emitidos por médicos que, junto a los laboratorios, tienen un conocimiento directo de los efectos del medicamento que prescriben para el tratamiento de sus pacientes, y han sido recogidos en un informe pericial para su valoración conjunta.

Derecho a la información del consumidor en el ámbito sanitario.—La función del recurso de casación no es la revisión de los hechos sino el control de la aplicación del derecho al hecho probado declarado en la instancia. Tampoco es posible reconducir el debate casacional a un contexto «del débil contra el fuerte», anclada en «tópicos» contruidos alrededor de una normativa sobre medicamentos, o a una interpretación rigorista sobre la protección del consumidor en el recurso.

Señalaron las SSTS de 1 de junio de 2011 y 28 de mayo de 2012, que «junto al etiquetado, la ficha técnica y el prospecto constituyen vertientes fundamentales del derecho a la información en ámbito del derecho sanitario»; y es lo cierto que en el prospecto de *Agreal* no se hallaban descritos suficientemente los efectos adversos del medicamento «para un uso adecuado y seguro del fármaco . y el conocimiento por parte del paciente del fármaco que se le ha pautado deviene esencial para la mejor ponderación del beneficio/riesgo que es en definitiva la balanza sobre la que debe decidirse la utilización o no del producto», como también precisa la sentencia recurrida con cita del artículo 8 del RD 2236/1993, de 17 diciembre, por el que se regula el etiquetado y el prospecto de los medicamentos de uso humano, norma que se reitera en el artículo 29.1, del RD 1345/2007, de 11 diciembre, que deroga el anterior («El etiquetado y el prospecto garantizarán la inequívoca identificación del medicamento, proporcionando la información necesaria para su correcta administración y uso por los pacientes o usuarios y, en su caso, por los profesionales sanitarios»).

Se indica también que la duración del tratamiento no viene especificada en el prospecto con el cual era comercializado, puesto que sólo se dice que las curas de 20 días pueden retomarse tras 10 días de descanso, transmitiendo, como argumenta la sentencia recurrida «una información equívoca e incompleta pues hace pensar que no se han detectado problemas derivados de un tratamiento prolongado, lo que no parece sostenible, a la vista de la información suministrada por los peritos».

Tampoco estaban en ficha técnica todas las reacciones adversas científicamente comprobadas, al menos las que no ofrecen discusión, por más de que exista el intento de que se deduzcan de extremos tales como la composición, las propiedades, las indicaciones, la posología, las observaciones o la intoxicación su tratamiento. El laboratorio es quien comercializa el medicamento y quien infringía sistemáticamente todas las normas respecto a la información suministrada a médicos y pacientes y si no había ficha técnica destinada a informar a los médicos de las características del fármaco en los

términos del artículo 19.5 de la Ley del medicamento, difícilmente podían médicos y farmacéuticos informar a los pacientes respecto de los efectos adversos o pautas terapéuticas salvo desde un criterio puramente voluntarista o de simple oficio con evidente riesgo para todas ellas, alguno materializado. **(STS de 6 de junio de 2012;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Sobre defectos en prótesis mamarias, STS de 9 de diciembre de 2010, extractada en ADC, 2012, p. 491-495, similar al aquí resuelto pues la empresa comercializadora no había realizado estudios previos sobre eventual toxicidad del material utilizado, aunque *a posteriori* se prueba que el producto no era tóxico (G.G.C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

23. Prescripción adquisitiva o usucapión. Inversión del título posesorio. No basta la mera voluntad del poseedor. Necesidad de actos inequívocos que acrediten dicho cambio.—Es jurisprudencia constante la de que la inversión o interversión del concepto o título posesorio no puede operar por el mero «animus» o unilateral voluntad del tenedor, sin una conducta que exteriorice, mediante actos inequívocos, de forma clara y manifiesta dicho cambio o inversión frente al resto de la sociedad (así, SSTS de 17 de mayo de 2002, de 25 de octubre de 1995, de 16 de mayo de 1983 y de 6 de octubre de 1975). No cabe, pues, que la demandada por su propia voluntad, convierta su posesión en algo distinto y tampoco que se pretenda que la situación de dueño quede configurada por la mera asunción de determinados gastos que, vendrían mínimamente a compensar los beneficios derivados del disfrute de la vivienda. **(STS de 11 de junio de 2012;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Los actores interpusieron demanda contra su hermana para pedir la disolución del condominio existente sobre un piso que los tres habían adquirido conjuntamente. La demandada se opuso a la acción de división y reconvino pidiendo se declarara su condición de propietaria única por estimar que había adquirido por usucapión extraordinaria al poseer el piso, en el que residía, por más de treinta años, durante los que se había hecho cargo del pago de los gastos de comunidad y de la contribución urbana. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial acogieron la demanda y desestimaron la reconvencción. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la demandada. (I.D.-L.)

24. Comunidad de bienes. Consideración.—La jurisprudencia sostiene que con arreglo a nuestro Código Civil (arts. 392 y siguientes), puede afirmarse que la institución de la comunidad de bienes denota una fuerza expansiva que va más allá de la mera titularidad plural de un derecho real para comprender, entre otros, fenómenos como la copropiedad, la titularidad plural de un derecho en cosa ajena, el crédito mancomunado que no origina

su fragmentación o los patrimonios y masas patrimoniales de titularidad colectiva.

Comunidad de bienes. Régimen supletorio para las sociedades irregulares o sin ánimo de lucro: alcance.—La institución de la comunidad de bienes se proyecta sobre las sociedades irregulares o sin personalidad jurídica, en donde el artículo 1669 CC dispone que se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. Aunque debe advertirse que esta remisión no supone, por ella sola, ni una automática conversión de la sociedad, ni tampoco una absoluta equiparación de sus reglas de organización y funcionamiento con las de la comunidad; no obstante, tampoco le resta valor informador a la perspectiva enunciada, de forma que en aquellos supuestos en donde suelen confundirse ambas figuras, por carecer su formación de una clara voluntad de las partes o de actos y hechos concluyentes al respecto, el sentido de la interpretación vendría reforzado en la línea de la *vis atractiva* de la comunidad, esto es, del género, frente a la mayor concreción o determinación que requeriría la aplicación de las reglas de la sociedad civil, como suerte o especie de la comunidad.

Comunidad de bienes. Diferencias sociedad civil: postura jurisprudencial.—La jurisprudencia sostiene que cuando la formación de la situación jurídica de comunidad o sociedad civil resulte dudosa, generalmente por carecer de un negocio jurídico de creación o desenvolvimiento de la misma, el proceso de interpretación debe seguir las siguientes pautas: Por un lado, la valoración del título que originó la situación de indivisión, conforme a los criterios hermenéuticos generales, y de acuerdo a la naturaleza *mortis-cause* o *intervivos* de la misma, con especial aplicación a este último caso, si diere lugar, a la valoración de las conductas de las partes como medio interpretativo y a los usos de los negocios o del tráfico (arts. 1284 y 1287 CC). Por otro, de acuerdo con el criterio diferencial señalado con anterioridad, el examen del tipo o modo de explotación de los bienes puestos en común, de forma que, como criterio de interpretación general, la explotación conjunta con criterios y organización de empresa debería entenderse como una situación de sociedad, mientras que su mera utilización y aprovechamiento consorcial debería entenderse como situación de comunidad. Igualmente, la aplicación, en su caso, de las doctrinas de los actos concluyentes y de los propios actos. También, respecto a la incidencia de la voluntad de las partes en el desenvolvimiento de la situación, y particularmente en relación con la denominada «*affetio societatis*», como criterio diferencial, debe señalarse que su aplicación como criterio interpretativo va más allá de la constatación del mero ánimo o disposición de estar en una situación de sociedad, requiriéndose a los partícipes la realización de actos de configuración potestativa que inequívocamente tiendan a la creación de una situación real y efectiva de sociedad civil. Y por último, si la aplicación de los anteriores criterios no resuelven las dudas acerca de la calificación que merezca la situación objeto de estudio entonces se deberá aplicar el criterio «*pro-communio*» que se deriva de la mayor fuerza expansiva y sistemática que implícitamente viene en la generalidad del concepto de comunidad.

Comunidad de bienes. Derecho a la división de la cosa común.—Este reconocimiento tan explícito de la acción de división, más allá del posible disfavor con el que nuestro Código acoge la regulación de las situaciones de comunidad, se presenta como una aplicación de uno de los principios rectores que informan a la comunidad de bienes conforme a su clara orientación romana: la preferencia de la libertad individual que cada comunero conserva

pese al estado de indivisión, de forma que se erige en una significativa facultad del comunero de naturaleza imprescriptible (art. 1965 CC), calificada, además, como irrenunciable.

Comunidad de bienes. Derecho a la división de la cosa común: principios de proporcionalidad e igualdad.—El principio de proporcionalidad que se deriva de la cuota, debe reconocerse como criterio rector para resolver el concurso de los partícipes (art. 393 CC), así como el principio de igualdad que, con relación al principio de proporcionalidad, debe presidir la correspondiente adjudicación de bienes a los partícipes que ponga fin al estado de indivisión (arts. 393, párrafo segundo, 1061 y 406 CC). (STS de 17 de julio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La representación procesal de don A., don A. J. y doña N. Interpuso demanda contra el resto de comuneros solicitando su derecho a cesar en la indivisión, decretando la disolución de la copropiedad o condominio constituido sobre la finca y, de forma subsidiaria, si ello no fuere posible por cualquier causa, se declare la procedencia de su división económica mediante su realización en pública subasta con admisión de licitadores extraños, repartiendo su precio entre los comuneros en proporción a sus respectivas cuotas o participaciones. El Juzgado de primera instancia de Piedrahíta desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección primera de la Audiencia Provincial de Ávila estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (N.D.L.)

25. Propiedad horizontal: la cubierta y el forjado de la terraza un edificio son elementos comunes por naturaleza.—Las terrazas, son unos de los denominados elementos comunes por destino y por tanto pueden ser objeto de desafectación, pero ello no significa que la parte de ellas que configura la cubierta y el forjado del edificio, que son elementos comunes por naturaleza, pueda convertirse en elemento de naturaleza privativa (STS de 8 de abril de 2011). (STS de 18 de junio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La propietaria de una vivienda situada en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, demandó a la comunidad de propietarios para que realizase las obras de reparación necesarias a efectos de evitar que se siguiesen ocasionando daños en su vivienda como consecuencia de las filtraciones de agua que provenían de las terrazas que estaban encima de su inmueble, así como para que reparase los daños ya ocasionados.

El juzgado desestimó la demanda al entender que el origen de los daños se encontraba en las filtraciones de una terraza que tenía naturaleza privativa. La audiencia estimó íntegramente el recurso de apelación al considerar que el origen de las filtraciones estaba en el forjado del edificio, elemento común por naturaleza, que no puede quedar desafectado ni por el título constitutivo, ni por el acuerdo unánime de la comunidad de propietarios. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la demandada.

NOTA.—Los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal se componen por elementos comunes y privativos. Dentro de los denominados elementos comunes, algunos tienen tal consideración por su propia naturaleza y otros por destino. La diferencia estriba en que los primeros no pueden quedar desafectados, por resultar imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los diferentes pisos o locales que configuran el edificio, mientras que los denominados elementos comunes por destino, a través del título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, o por acuerdo unánime de la comunidad de propietarios, podrían ser objeto de desafectación. (*I. D.-L.*)

26. El título constitutivo de la propiedad horizontal.—El título constitutivo, los estatutos y la cuota de participación son elementos esenciales para conocer los datos del inmueble y las reglas de su funcionamiento, sin perjuicio de su modificación con el quórum necesario que expresa el artículo 17.1 LPH. La cuota identifica y clasifica cada piso o local. Si no existieran cuotas, la Comunidad podría reivindicar como elemento común aquella parte del inmueble no clasificada como independiente y con asignación de coeficiente, salvo los casos de utilización privativa de un elemento común. La redacción y el otorgamiento de la escritura de división horizontal, donde se precisa el coeficiente de cada piso, local, estancia o finca independiente del edificio, se efectúa, como regla general, por el promotor o propietario único al iniciar su venta. Las reglas contenidas en el título constitutivo pueden abarcar aspectos relacionados con el uso o destino del edificio y sus diferentes pisos o locales, instalaciones, servicios, gastos, administración y gobierno, entre otros. Su modificación está sujeta a los mismos requisitos para su constitución.

Desafección de elementos comunes.—Aunque los desvanes se consideran elementos comunes, cabe darles un uso privativo. Una forma de hacerlo es en el propio título constitutivo elaborado por el único dueño del edificio, concediendo la reserva antes indicada a los propietarios, conforme a los límites y las reglas establecidas en el artículo 5 LPH. (**STS de 28 de mayo de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios demanda a B, mediante el ejercicio de acción reivindicatoria, con la petición de que los trasteros o buhardillas, ubicados bajo cubierta del edificio y ocupados por la demandada, son elementos comunes y deben ser restituidos a la actora con la declaración de la titularidad dominical de ésta sobre los mismos. La demandada contesta suplicando que se declare su dominio privativo sobre dichas estancias, por ostentar tal condición en virtud de escritura de venta.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó la demanda, al entender que B era la propietaria de los trasteros, sentencia que fue revocada en apelación. La Audiencia entiende que la reserva del uso privativo por la demandada de los trasteros, determinada en el título constitutivo con la posibilidad de su cesión a un tercero ajeno a la comunidad, supondría que éste podría adquirir la condición de comunero, pero sin constancia en el título de su cuota participativa en la vida comunal, y como se ha repartido el total en dicho docu-

mento, se necesitaría aumentar el tope legal de las cien centésimas, con vulneración del artículo 3.b LPH.

La demandada interpone recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 5 y 17.1 LPH. El Tribunal Supremo se plantea la validez o no de la reserva en el título constitutivo del uso privativo de un elemento común y, en concreto, si ello supone una contravención o no del régimen de propiedad horizontal. Apunta el Alto Tribunal que en el título constitutivo, después de la descripción del inmueble y su sometimiento al régimen de la LPH, se hace la asignación de cuotas y, entre otras disposiciones, se recoge la de reservar a los propietarios el uso de los desvanes, pudiendo cederlos a terceros. Por tanto, la cláusula de reserva, a juicio del Tribunal Supremo, es válida y no atenta contra precepto alguno. De ahí que termine estimando el recurso planteado por la demandada.

NOTA.—La desafectación de elementos comunes o la concesión privativa de derechos sobre un elemento común debe adoptarse a través un acuerdo que requiere la unanimidad. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en muchas ocasiones (SSTS de 23 de julio de 1990, de 22 de diciembre de 1994 y de 29 de julio de 1995, entre otras). Ahora bien, cuando esa posibilidad aparece como reserva en el propio título constitutivo será válida, siempre que esté establecida por el único propietario del inmueble antes de verificar su venta por espacios independientes (SSTS de 23 de mayo de 1984, de 5 de mayo de 1986, de 31 de diciembre de 1993, de 9 de mayo de 1994 y de 19 de mayo de 2006, entre otras). Cabe, por tanto, dar un uso privativo a un elemento común. La libertad de contratación y la obligatoriedad de los pactos, siempre que sean acordes con el artículo 1255 CC, son principios que tienen plena aplicación en estos casos. (S.L.M.)

27. Planteamiento de cuestiones inconstitucionalidad.—La cuestión de inconstitucionalidad no tiene como fin la depuración abstracta del ordenamiento jurídico, sino que representa un instrumento procesal puesto a disposición de los órganos jurisdiccionales para conciliar la doble obligación de su sometimiento a la Ley y a la Constitución.

Eficacia de los acuerdos entre las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y las asociaciones de interesados.—La eficacia, que al amparo del artículo 1091 CC, tienen los acuerdos a los que llegan las entidades de gestión y otros interesados queda circunscrita a quienes sean parte, sin que puedan tener efectos sobre terceros ajenos a la relación (art. 1257 CC). Así, en caso de discrepancia entre las partes, no es la decisión de quienes alcanzan el acuerdo la que vincula a los discrepantes.

En este sentido, las entidades de gestión están obligadas a establecer tarifas generales por el uso de su repertorio y a alcanzar acuerdos con los interesados sobre las mismas. Para ello, deben comunicar al Ministerio de Cultura tales tarifas generales, conforme al artículo 159.3 LPI. Sin embargo, el Ministerio no tiene facultades de aprobación de las tarifas, sino únicamente una facultad de recepción de la comunicación y de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones y requisitos establecidos en la LPI, la cual implica un grado de tutela muy leve e insuficiente. De ahí que la jurisdicción conten-

cioso-administrativa no sea la más idónea para entrar a valorar la equidad de las tarifas.

Constitucionalidad de la compensación equitativa por copia privada.—El artículo 33 CE reconoce el Derecho a la propiedad privada y atribuye a la ley la delimitación de su contenido de acuerdo con la función social. En la medida en que los derechos de autor y afines son auténticos derechos de propiedad, no tiene sentido plantear una cuestión de constitucionalidad cuyo punto de partida sea hacer tabla rasa de derechos de propiedad intelectual, máxime si tenemos en cuenta su alto nivel de protección, a fin de asegurar la creación y la producción cultural.

Reconocimiento de la compensación equitativa por copia privada.—El artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29, sobre derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI) permite a los Estados miembros decidir si introducen o no en sus ordenamientos jurídicos el límite de copia privada. Ahora bien, de este precepto y de su Considerando 36 se desprende que si lo prevén, deberán establecer el abono de una compensación equitativa a favor de los titulares de derechos de propiedad intelectual que se vean perjudicados por la copia privada. No obstante, los Estados tienen libertad para determinar, dentro de los límites del Derecho de la UE, la forma, las modalidades de financiación y de percepción, y la cuantía de dicha compensación. A esta exigencia se adapta el Derecho nacional, ya que en el artículo 31.2 LPI se hizo uso de la facultad de establecer el límite de copia privada, sin perjuicio de la compensación del artículo 25.1 LPI.

El artículo 25, en la redacción anterior a la Ley 23/3006 de reforma de la LPI, disponía que la remuneración se debía determinar para cada modalidad de equipos y soportes materiales idóneos para realizar copias privadas, lo debe entenderse como una cláusula abierta, sin perjuicio del listado de bienes que estaban gravados con la compensación. El legislador, dentro de la expresión «materiales» incluye los soportes digitales. La citada Ley los incluía expresamente, con una redacción prácticamente idéntica a la del apartado 2 del artículo 25 LPI.

Respecto a esta cuestión, destaca la sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010. El Tribunal Europeo señaló que la compensación equitativa debe calcularse necesariamente sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores de obras protegidas como consecuencia del establecimiento del límite de copia privada. Se ajusta a los requisitos del justo equilibrio la previsión de que las personas que disponen de equipos y soportes de reproducción digital y que ponen tales bienes a disposición de usuarios privados o les prestan un servicio de reproducción, sean deudores de la compensación equitativa, en la medida en que dichas personas tienen la posibilidad de repercutir la carga real de tal financiación sobre los usuarios privados. Además, debe existir una vinculación entre la aplicación de la compensación y el presumible uso de los equipos y soportes para hacer copias privadas. En consecuencia, entiende el TJUE que la aplicación indiscriminada de la compensación, en particular en relación con equipos y soportes digitales que no hayan sido puestos a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de la realización de copias privadas, no resulta conforme a la DDASI.

Planteamiento de cuestiones prejudiciales.—La obligación de los Estados miembros derivada de una Directiva de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se impone

a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas las autoridades judiciales. Cuando una disposición de Derecho de la UE no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance, deberá ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme.

Los órganos jurisdiccionales nacionales tienen una amplia facultad para acudir al Tribunal de Justicia si consideran que un asunto pendiente ante ellos plantea cuestiones que versan sobre la interpretación o la apreciación de validez de las disposiciones de Derecho comunitario que precisan de una decisión por su parte. Corresponde al Tribunal nacional apreciar si la interpretación de una regla del Derecho de la Unión es necesaria para poder resolver el litigio pendiente ante él. No basta que una parte mantenga que el litigio suscita una cuestión de interpretación del Derecho comunitario para que el órgano jurisdiccional que conoce del mismo esté obligado a estimar que existe una cuestión en el sentido del artículo 234 TUE. En este sentido, no es procedente el planteamiento de cuestión prejudicial: a) cuando no se justifica la utilización del tal mecanismo porque no existe duda sobre la interpretación razonable de la norma si el Tribunal, además, llega a la conclusión de que los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros y el propio TJUE coincidirán en tal interpretación; b) si el acto ha sido aclarado, por haber sido resuelta otra cuestión prejudicial en un asunto análogo.

Inexistencia de monopolio en la actuación de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.—Los contratos celebrados por las entidades de gestión con los titulares de derechos de propiedad intelectual, constituyen contratos impuestos por la ley para cumplir con la finalidad de facilitar la difusión en condiciones razonables y mediante retribución de los derechos (art. 152 LPI). Las entidades de gestión no pueden imponer restricciones contrarias al principio de libre competencia o imponer condiciones discriminatorias a unos u otros usuarios fundándose en la posición privilegiada que se deduce en su favor de la exclusividad de la gestión en los respectivos ámbitos de actuación, sin ni siquiera acreditar cuáles son los concretos titulares de derechos que les han confiado la gestión (art. 150 LPI). **(STS de 22 de junio de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—Durante el ejercicio 2004, una compañía adquirió y comercializó diversos componentes informáticos y electrónicos susceptibles de múltiples usos, entre los que se hallaban discos versátiles digitales regrabables. En ninguna de las facturas emitidas aparece repercutida al cliente final, ni se menciona que esté incluida en el precio, cantidad alguna en concepto de compensación equitativa por copia privada. EGEDA, entidad de gestión que recauda los derechos de los productores audiovisuales, reclama a la compañía el pago de la compensación al amparo del artículo 25 LPI, en su redacción anterior a la Ley 23/2006. Entendía que se trata de materiales aptos para la copia privada audiovisual. Por su parte, la demandada se opuso señalando que los discos regrabables no eran legalmente materiales de reproducción visual o audiovisual aptos para generar la compensación, ya que podían almacenar cualquier tipo de información, fueran o no obras protegidas. Cuestionó la constitucionalidad de la compensación y afirmó pro-

ducida la violación de los principios de la UE, en la medida en que podía afectar a la libre circulación de mercancías.

El Juzgado de Primera Instancia entendió que los formatos digitales de los discos estaban incluidos entre los soportes aptos para la copia privada y que el artículo 25 LPI reconocía el derecho a obtener la compensación por la comercialización de tales soportes, con independencia de que luego fueran utilizados para efectuar copias privadas de obras protegidas por la propiedad intelectual. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia, exclusivamente en relación con la cuantía de la compensación, que fijó en la mitad del importe reclamado.

La compañía demandada interpuso recurso de casación, interesando el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE y de inconstitucionalidad ante el TC, además de reiterar las alegaciones de su contestación a la demanda. El Tribunal Supremo declara la improcedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pues con ello el recurrente pretende la revisión del régimen de la compensación y del sistema de funcionamiento interno de las entidades de gestión. El Alto Tribunal rechaza igualmente el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE, en la medida en que la recurrente no ha concretado cuáles son las normas europeas de aplicación al caso. En cuanto al régimen de la compensación equitativa propiamente dicho, el debate se centra en la sujeción o no de los soportes digitales a la compensación, dado que en el 2004, fecha en que se desarrollaron los hechos, el artículo 25 LPI no hacía mención expresa a ellos. Apunta el Tribunal Supremo que el artículo 25 LPI utilizaba el criterio de la idoneidad para permitir las copias privadas a la hora de gravar los equipos y soportes, aptitud que se cumple con los DVDs. Así, aunque no estuvieran expresamente mencionados en la LPI, la aplicación de este criterio debe llevar a considerarlos gravados. No se trata de una aplicación retroactiva de la Ley de 2006, sino de una interpretación aclaratoria. Por tanto, el TS acaba desestimando el recurso de casación, pues la demandada no ha probado que haya suministrado esos DVDs a destinatarios que les vayan a dar un uso distinto a la copia privada.

NOTA.—El tema de la compensación equitativa por copia privada es un tema complejo y discutido, a poco que veamos las últimas reformas sobre la materia. El artículo 31.2 LPI reconoce el límite de copia privada, es decir, la posibilidad de hacer reproducciones para uso privado de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual, sin necesidad de solicitar la autorización de los titulares de derechos, pero siempre que se cumplan los requisitos que en ese precepto se establecen. Como contrapartida, y al objeto de mitigar los perjuicios ocasionados con ese límite, el legislador reconoce la compensación equitativa. El sistema de compensación ha cambiado radicalmente del año pasado a esta parte. Con anterioridad a 2012, la compensación se pagaba con cargo en los equipos y soportes idóneos para realizar o almacenar copias privadas. Cada vez que un usuario acudía a un establecimiento para adquirir, por ejemplo, un disco virgen, un *pendrive* o una grabadora de CDs, una parte del precio iba destinada a compensar a los titulares de derechos de propiedad intelectual. Posteriormente, la DA 10.ª RDL 20/2011, de 30

de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, modificó el régimen, pasando a pagarse con cargo en los Presupuestos Generales del Estado. Se le da un carácter marcadamente tributario, pasando a pagar todos los ciudadanos, y no sólo aquel que acude a comprar un equipo o soporte al que antes me referí. Pues bien, centrándome en la cuestión planteada en la sentencia aquí reseñada, resulta que los equipos y soportes digitales estaban gravados ya con anterioridad a la Ley 23/2006. Muestra de ello es el acuerdo firmado entre ASIMELEC (Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones) y cinco entidades de gestión (SGAE, AISGE, EGEDA, AIE y DAMA) el 30 de julio de 2003. Incluso anteriormente a este acuerdo, la forma tan amplia en que el artículo 25 LPI definía los equipos y soportes gravados permitía entender que estaban incluidos los de carácter digital. Además, el principio de idoneidad objetiva jugaba como una cláusula de cierre de los listados incluidos en las normas sobre bienes gravados con la compensación. Todo lo que fuera idóneo para hacer o almacenar copias privadas debía estar gravado, y los equipos y soportes digitales no lo son menos que los analógicos. Finalmente, la sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010, citada aquí por el Tribunal Supremo, ha sido objeto de una interpretación bastante equivocada y errónea por parte de la AP de Barcelona, en su sentencia de 2 de marzo de 2011, resolviendo el caso *Padawan*, y por parte del legislador español. El sistema anterior de compensación equitativa no era contrario a la UE, como parece entender el legislador. El TJUE entendió que únicamente era contrario el hecho de gravar indiscriminadamente a personas físicas y personas jurídicas por la adquisición de equipos y soportes, cuando éstas últimas no pueden hacer copias privadas a tenor del artículo 31.2 LPI. Para adaptar el sistema español a la doctrina del TJUE no era necesario cambiar de manera tan radical el artículo 25 LPI, sino únicamente excluir a modo de excepción a las personas jurídicas. (*S.L.M.*)

28. Doble inmatriculación en el Registro de la Propiedad. Acción reivindicatoria.—El Tribunal Supremo entiende que la cuestión de la doble inmatriculación de un mismo terreno, inscrito como perteneciente a dos fincas distintas a favor de dos personas o grupos de personas distintas, parte de una situación en la que ambas partes quedan en igualdad desde el punto de vista registral y ha de ser resuelta a favor de una parte o de otra por aplicación de las normas de derecho civil, con la consecuencia necesaria de que la parte perjudicada por esa resolución queda privada de la finca, pero sin que ello suponga una infracción del artículo 33.3 CE ni de la validez puramente obligacional del título de adquisición (arts. 348, 349 y 609 CC). Cuando nos referimos a los elementos comunes de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal hablamos de una comunidad de bienes en el sentido del artículo 392 CC. El Tribunal Supremo extiende al régimen de la propiedad horizontal una regla consolidada en el terreno de la comunidad de bienes: cualquier comunero puede actuar en juicio en beneficio de la comunidad (SSTS de 21 de junio de 1989, 28 de octubre de 1991, 8 de abril de 1992, 3 de marzo de 1998 y 18 de noviembre de 2000, entre otras). En el régimen

de propiedad horizontal, se entiende que cuando el presidente de la comunidad actúa lo hacen todos los comuneros, por lo que la sentencia que se obtenga produce sus efectos a favor o en contra de todos los comuneros actuales o futuros, los cuales son indeterminados en la fecha de presentación de la demanda. Por último, siguiendo las SSTs de 28 de enero de 1997, 18 de diciembre de 2000, 11 de octubre de 2004 y 12 de diciembre de 2005, el Tribunal Supremo advierte que en aquellos supuestos en los que una misma porción de terreno aparece incorporada a dos fincas distintas inscritas en el Registro de la Propiedad, la cuestión no puede resolverse mediante la aplicación de las normas hipotecarias, es decir, mediante la prevalencia del derecho del tercero hipotecario, sino en aplicación de las normas de Derecho civil puro. Y ello porque la fe pública registral se refiere únicamente a la titularidad de las fincas, pero no a sus datos físicos, y la protección que el artículo 34 LH confiere al tercero hipotecario no se extiende a datos de hecho ni le confiere un derecho frente a la doble inmatriculación. **(STS de 18 de mayo de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios demandante promueve juicio ordinario en ejercicio, por un lado, de acción reivindicatoria sobre un trozo de terreno contra la mercantil I, S.A., inicial propietaria del terreno en cuanto promotora de la edificación, y contra los posteriores adquirentes de dicho terreno, y, por otro lado, en ejercicio de una acción de nulidad del título de compraventa que se celebró entre los citados adquirentes y la mercantil I, S.A., y de una acción de cancelación de la inscripción registral a la que dio lugar esa compraventa.

En su sentencia de 1 de septiembre de 2006, el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Móstoles desestimó la demanda. El recurso de apelación interpuesto por la comunidad de propietarios contra la citada sentencia es estimado por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 21.^ª). En su sentencia de 24 de marzo de 2009, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia y estima parcialmente la demanda condenando a los demandados adquirentes del terreno a entregar a la parte actora la parcela objeto de la acción reivindicatoria y ordenando la cancelación de las inscripciones a las que se refería la demanda. La Audiencia Provincial entiende que la parcela litigiosa pertenece a la comunidad de propietarios demandante como elemento común, pues formaba parte de la finca registral sobre la que se constituyó el régimen de propiedad horizontal, siendo la codemandada I, S.A., quien sin título legítimo provocó la doble inmatriculación de ésta.

Los demandados interponen recurso de casación sobre esta última sentencia, que es desestimado por el Tribunal Supremo, que confirma el contenido de la sentencia de instancia.

NOTA.—Al hilo del contenido del recurso de casación planteado por los demandados podemos destacar la existencia de una corriente doctrinal iniciada por M. CLEMENTE MEORO y apoyada por varias SSTs (entre ellas, la de 15 de marzo de 1958, 28 de enero de 1961, 1 de julio de 1967, 12 de noviembre de 1970, 26 de marzo de 1991 y 4 de octubre de 1993), que defiende que se puede dar respuesta a la cuestión de la doble inmatriculación por la vía de la aplicación del artículo 34 LH cuando sólo uno de los titulares

registrales ostenta la condición de tercero hipotecario (M. CLEMENTE MEORO, *Doble inmatriculación de Fincas en el Registro de la Propiedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 48-54). En este sentido parecen pronunciarse también A. PAU PEDRÓN, *Manual de Derecho registral inmobiliario*, FUFAP, Madrid, 2001, p. 97; y C. LASARTE ÁLVAREZ, *Derechos reales y Derecho hipotecario*, 4.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 315. A nuestro modo de ver, esta solución plantea problemas si partimos de la base de que nuestro sistema registral consagra la inscripción declarativa, y no constitutiva, de manera que los derechos reales nacen y se transmiten fuera del registro. Por ello, el hecho de que una inscripción registral sea anterior a otra no implica necesariamente que la segunda presente el error constitutivo de la doble inmatriculación. Cuando existe doble inmatriculación *a priori* no sabemos cuál es la inscripción equivocada, es decir, la que no se corresponde con la realidad extrarregistral. Por ello, coincidimos con la STS reseñada en la afirmación de que la única solución posible ha de venir de la mano de las normas civiles puras, esto es del Código civil, por tratarse de un problema de titularidad dominical, que habrá de resolverse a través de un proceso ordinario, tras el ejercicio de la correspondiente acción reivindicatoria, en el que se determine qué titular registral tienen el mejor título de adquisición, tal y como sucede con fincas no inmatriculadas. *Vid.* P. SABORIDO SÁNCHEZ, *Reflexiones sobre el tercero hipotecario*, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2009; y L. J. ARRIETA SEVILLA, «Fe pública registral, doble inmatriculación y usucapión: comentario a la STSJ Navarra de 28 de abril de 2008 (RAJ 2009/306)», *Revista Jurídica de Navarra*, N.º 47, 2009, pp. 183-201. (G.M.A.)

29. Registro de la Propiedad. Eficacia registral de la escritura pública otorgada por notario de un país miembro de la UE. La necesidad de intervención de un notario español significaría la imposición de una limitación a la libre transmisión de bienes y una innecesaria duplicidad de exigencias formales.—En el estado actual de los ordenamientos comunitario y español, la necesidad de intervención, en todo caso, de un notario español supone un cuestionamiento del principio de libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea y la imposición de una limitación a la libre transmisión de bienes que no resulta justificada. Amén de la necesidad de evitar la duplicidad en la exigencia de requisitos de carácter predominantemente formal cuando ya se han cumplido las formas o condiciones necesarias en otro Estado miembro según una finalidad idéntica o similar a la requerida en el Estado en que el acto o negocio ha de producir efecto. Duplicidad que quedaría establecida si, otorgada escritura de compraventa ante notario en un país miembro, se negara su total equiparación a la otorgada ante notario del país en que hubiera de surtir efectos, lo que en la práctica exigiría el otorgamiento de otra ante este último.

Las solemnidades precisas para el otorgamiento de una escritura se rigen por la ley del país donde el contrato se otorga, como dispone el artículo 11 CC.—La remisión que el artículo 36 RH realiza a las normas de derecho internacional privado conduce directamente a la aplicación del artículo 11 CC, conforme al cual las formas y solemnidades de los contra-

tos se registrarán por la ley del país en que se otorguen; norma que prácticamente quedaría vacía de contenido si, cumplida en sus propios términos, no pudiera desplegar su natural eficacia el contrato de que se trate.

La escritura pública extranjera equivale a la entrega mediante tradición instrumental en virtud del artículo 1462 CC.—La propiedad del bien, objeto de la venta, se transmite por su entrega o «traditio»; y tal entrega se entiende producida, salvo excepciones previstas en la ley, por el otorgamiento de la escritura pública. La escritura de compraventa autorizada por un notario comunitario queda integrada en el concepto de «escritura pública» a que se refiere el artículo 1.462 CC, por lo que han de aplicarse los efectos que a la misma reconoce dicho precepto respecto de la entrega de la cosa que constituye su objeto. (STS de 19 de junio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La cuestión que se discute es la negativa del Registrador de la Propiedad de Puerto de la Cruz y de la DGRN a practicar la inscripción de una escritura de compraventa de un inmueble radicado en España, otorgada ante notario alemán por dos extranjeros residentes en Alemania. La solicitud de inscripción se realiza presentando copia, debidamente apostillada, del documento notarial alemán. La compradora presentó demanda contra la resolución de la DGRN. Tanto el Juzgado como la Audiencia dan la razón a la compradora. La Abogacía del Estado recurrió en casación por dos motivos: a) las funciones del notario alemán y del español no son equivalentes, lo que hace que la escritura extranjera no se haya otorgado con las solemnidades mínimas exigidas por la legislación notarial española; y b) la escritura extranjera no es un título válido para la transmisión de la propiedad. El Tribunal Supremo lo desestima.

NOTA.—La sentencia contiene un voto particular sobre la interpretación que la mayoría ha dado al artículo 1.462 CC. En este sentido, el voto discrepante sostiene que la excepción del propio artículo 1.462 CC, en relación a cuándo no se tiene por entregada la cosa, era aplicable al caso en cuestión, ya que, la escritura no mencionaba la voluntad de las partes de transmitir la posesión de la finca y, en atención al derecho y la práctica en Alemania, debe entenderse que no tuvieron intención de efectuarla, pues allí el otorgamiento de la escritura de compraventa no equivale a la tradición salvo que se indique expresamente. (C.O.M.)

30. Calificación negativa del registrador de la propiedad. Legitimación activa del registrador para interponer recurso ante la DGRN contra resolución dictada por este órgano.—El Tribunal Supremo reitera como doctrina jurisprudencial la ya declarada en las SSTs de 20 de septiembre de 2011 y de 2 de enero de 2012, entendiéndose que el registrador de la propiedad está legitimado activamente para impugnar una resolución dictada por la DGRN siempre y cuando exista un interés legítimo suficiente. Interés que habrá de acreditarse suficientemente en la demanda y que normalmente se vincula a una eventual responsabilidad civil o disciplinaria del registrador relacionada con la función calificadora registral tras la revocación expresa por la DGRN de la nota de calificación. Del artículo 328 LH, así como de lo

expuesto en la Exposición de Motivos de la reforma de 2005 de esta ley, se infiere, por un lado, la vinculación de todos los registradores a las resoluciones de la DGNR cuando resuelve recursos frente a la calificación y, con ello, la imposibilidad del registrador de recurrir la decisión de su superior jerárquico cuando revoca su calificación; y, por otro lado, la excepción a esta regla general en aquel supuesto en el que la resolución de la DGRN pueda repercutir de modo efectivo en la esfera jurídica del registrador, como sucede cuando media amenaza de responsabilidad disciplinaria contra el concreto registrador. Por tanto, no existe legitimación activa del registrador en favor de la defensa objetiva y abstracta de la legalidad o de la desconformidad con la decisión del superior jerárquico. **(STS de 28 de junio de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El Registrador de la Propiedad de la localidad de Olmedo-Valladolid emitió calificación negativa respecto de la prórroga por un plazo de cuatro años de una anotación preventiva de suspensión de embargo. Frente a dicha calificación la entidad Banca CG, S.A., interpuso recurso gubernativo ante la DGRN. La DGRN dictó resolución de 24 de abril de 2007 estimando el recurso.

Frente a dicha resolución el Registrador formuló demanda de juicio verbal ante la propia DGRN, habiendo interesado la nulidad de la resolución dictada por dicho órgano. La demanda es desestimada por sentencia de 24 de noviembre de 2008 del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Valladolid, al entenderse que el registrador demandante carecía de legitimación activa al no haber acreditado en el procedimiento que fuese titular de derecho o interés directo en la reclamación.

En su sentencia de 26 de mayo de 2009, la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, desestima el recurso de apelación interpuesto por el registrador demandante. Mantiene la falta de legitimación activa del recurrente al considerar que éste no ostenta ningún interés legítimo para impugnar la resolución de la DGRN, ya que en el procedimiento no se está juzgando la hipotética responsabilidad de este registrador, y cualquiera que sea su resolución, tanto favorable como desfavorable, existirá siempre la posibilidad de que cualquier afectado le exija responsabilidad.

La parte demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, cuyos motivos son prácticamente idénticos y se resumen en la errónea aplicación del artículo 328, párrafo cuarto, de la LH, en la redacción dada por la Ley 24/2005. Ambos recursos son desestimados. El Tribunal Supremo entiende que el Registrador de la Propiedad no ha justificado a través de su demanda que sea titular de un interés legítimo que pudiera derivarse de un anuncio o amenaza de responsabilidad disciplinaria o civil, luego no ostenta legitimación activa para ejercitar la acción que dio lugar al inicio del procedimiento.

NOTA.—Acerca de la legitimación de los registradores frente a la DGRN resulta aconsejable la lectura de L. PRATS ALBENTOSA, «Legitimación en el proceso verbal de revisión de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 825/2011, parte Comentario. Este

autor señala que el artículo 328 LH debe interpretarse restrictivamente, al ser una norma extraordinaria de legitimación. Ello implica la necesaria existencia acumulativa de dos condiciones: 1) la DGRN, mediante resolución expresa, debe haber revocado la calificación negativa del registrador que pretende combatir esa resolución; y 2) esta resolución debe afectar a un derecho o interés del que sea titular este registrador en el sentido de atribuir a dicho registrador defectos manifiestos en el ejercicio de la función calificadora, determinantes, de manera real, y no meramente hipotética, de su responsabilidad civil o disciplinaria. (G.M.A.)

DERECHO DE FAMILIA

31. Divorcio: Guarda compartida: Infracción procesal: Doctrina jurisprudencial sobre falta de motivación de las sentencias.—La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el artículo 120.3 CE. El deber de motivar es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (STS de 14 de abril de 1999). La respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber y entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 CC), lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el artículo 117.1 CE. En este sentido el TC ha señalado que «la motivación . ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, pero que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la *ratio decidendi* de las resoluciones» (STC 77/2000, 69/1998, 39/1997 y 109/1992, entre otras muchas). Esta Sala ha aplicado esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTS 5 de noviembre de 1992, 20 de febrero de 1993, 26 de julio de 2002 y 18 de noviembre de 2003, entre otras muchas). La obligación de motivación de las sentencias está recogida en el artículo 218 LEC, cuyo párrafo 2 establece que «las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho», y todo ello «ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón». La falta de motivación de la sentencia constituye un motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con el artículo 469.1.2 Lec, y su concurrencia da lugar a la nulidad, con la consiguiente aplicación de la DF 16 LEC.

La motivación contenida en la sentencia recurrida no tiene en cuenta más que de forma retórica, el interés del menor, por lo que no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida pedida únicamente por el padre, y ello por las siguientes razones: a) se invo-

ca a los simples efectos introductorios, el criterio del interés del menor, que se identifica en los textos que se citan y que según la sentencia recurrida constituyen *cita obligada*, pero no se aplica ningún criterio integrador del interés para acordar el sistema de guarda exclusiva; b) porque no expresa de forma clara cuáles son las circunstancias que llevan a negar la adopción de esta medida para los dos hijos de la pareja; c) al tratarse de una guarda y custodia pedida únicamente por uno de los progenitores, la Audiencia Provincial razona correctamente sobre los requisitos que deben cumplirse de acuerdo con el artículo 92.8 CC, pero no valora los informes psicosociales que habían ya aconsejado la guarda y custodia compartida, y se apoya solo en un informe negativo del Ministerio Fiscal, que se opone a la estimación del recurso y pide la confirmación de la sentencia recurrida «por ser correcta y ajustada a Derecho por sus propios fundamentos», en un informe puramente formal, en el que no se razona ni se dice nada sobre la medida discutida. De acuerdo ahora con el informe del Ministerio Fiscal que apoya el recurso extraordinario por infracción procesal, esta Sala concluye que falta la motivación suficiente para considerar cumplido el deber constitucional de motivación, al fundarse la sentencia recurrida únicamente en forma nominal en el interés del menor, que después no aplica para resolver el recurso de apelación.

Al apreciarse la falta de motivación de la sentencia recurrida, al estimarse el único motivo del recurso extraordinario produce la anulación de la sentencia, procediendo, conforme a la DF 16, 7.^a, LEC, dictar nueva sentencia teniendo en cuenta lo alegado en el recurso de casación.

Doctrina sustantiva sobre el interés del menor.—Alegándose infracción del artículo 92.6 y 8, CC, por ser contraria a la doctrina de las SSTs de 28 de septiembre de 2009, 10 y 11 de marzo y 8 de octubre de 2010, partiendo del carácter de orden público que tiene el interés del menor, conviene reiterar que esta Sala ha venido ya recogiendo una serie de criterios relativos a la interpretación de lo que significa aquél, que deben tenerse en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida, y que ha sido reiterada posteriormente. La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC, debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran algunos de los criterios jurisprudenciales aludidos, no permitiendo la redacción de dicho precepto la conclusión de 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 y cuanto lo sea. La STS de 22 de julio de 2011 ha interpretado la expresión *excepcional* contenida en el artículo 92.8 CC en el sentido de que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.

En el caso concreto, son circunstancias favorables a la custodia compartida: 1.º Por las condiciones laborales del padre y de la madre, la disponibilidad horaria de ambos resulta semejante y no produce ningún inconveniente para la protección del interés de los hijos. 2.º El informe psicosocial del Equipo del Juzgado de Familia llega a la conclusión de que puede ser beneficioso para los niños este tipo de guarda. 3.º En su contestación al presente recurso el Ministerio Fiscal, en su calidad de defensor y representante de los menores, que le atribuye el artículo 3 de su Estatuto orgánico, ha dicho que «está de acuerdo con la adopción de la medida de la guarda y custodia com-

partida, en base al informe que en su día formuló el referido Equipo Psicotécnico del Juzgado de Familia.

Al carecer esta Sala de conocimientos sobre las circunstancias fácticas de este caso que pueden haber cambiado después de la presentación de la demanda, se deja a la ejecución de esta sentencia la determinación de los periodos de estancia, convivencia y alimentos de los menores con cada uno de los progenitores, si bien se establecen las siguientes Bases: 1.^a Se procurará que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización de los niños. 2.^a El progenitor que no tenga consigo a los hijos y durante el periodo de convivencia con el otro progenitor, gozará de un amplio derecho de visitas. 3.^a No se podrá separar a los hermanos. 4.^a se establecerá la contribución de cada de cada progenitor a los alimentos de los menores, en que deberá computarse la atribución del uso del domicilio que fue conyugal y la dedicación personal de cada progenitor a la atención y cuidado de los hijos, y 5.^a Estas medidas se tomarán previa audiencia de los progenitores y del Ministerio Fiscal. (STS de 25 de mayo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Al dictarse la sentencia extractada los menores tienen, respectivamente, 10 y 7 años, y mayoritariamente han estado sometidos al régimen de guarda materna después de una inicial separación judicial que acordó la compartida. Curiosamente ha sido el marido, solicitante posterior del divorcio, quien ha introducido el tema debatido que, finalmente, ha sido acogido por el Tribunal Supremo en la notable sentencia extractada que debe aprobarse plenamente. Parece prudente encomendar a la fase de ejecución la tarea de completar el régimen de la —todavía, en nuestro ordenamiento— *novedosa guarda compartida* (oportunamente despojada del calificativo codicial de *excepcional*) debido al lento proceso judicial familiar que padecemos, aunque dictando la Sala 1.^a del Tribunal Supremo unas razonables bases que deberán observarse a la hora de su cumplimiento. La llegada a la adolescencia de los hijos del matrimonio, sin iniciar la práctica de la guarda compartida, en mi opinión podría malograrla (G.G.C.)

32. Divorcio: Pensión compensatoria: Se confirma la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 19 de enero de 2010.—La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres

cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia, y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal.

En lo relativo a la temporalidad de la pensión, la nueva redacción dada al artículo 97 CC por la reforma de 2005, recogió la doctrina de esta Sala en sentencia de 10 de febrero de 2005, ratificada en otras posteriores (SSTS de 9 y 15 de octubre y 21 de noviembre de 2008).

En el presente caso la Audiencia Provincial se ha ajustado a la doctrina contenida en la sentencia de 19 de enero de 2010, por lo que debe desestimarse el recurso de casación (**STS de 27 de junio de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Matrimonio celebrado en 1987, en el que nacieron tres hijas que son mayores de edad al dictarse sentencia. En 1995 pactan el régimen de separación y disuelven el de gananciales. Consta que la esposa ha trabajado como maestra, que tiene idoneidad eclesiástica para impartir clases de religión, y acredita una actividad de restauración de obras de arte. El marido es abogado. En 2008 se separaron y el marido presentó demanda de divorcio. El Juzgado de Primera Instancia en 2009 atribuyó a la esposa una pensión de 2500 euros, por trece años contados a partir de la sentencia. La Audiencia Provincial en 2010 la rebajó a 1500, a pagar por un año, con base en las siguientes razones: a) La edad de la esposa (50 años) y la duración del matrimonio (20 años), así como la edad de las hijas y especialmente su cualificación profesional, profesora de EGB, con declaración de idoneidad eclesiástica para impartir clases de religión lo que ya hizo antes de la separación matrimonial, y también tiene acreditada una actividad de restauración de obras de arte, de la que no se conoce exactamente el alcance, pero sí que se ejerce, lo que no se niega, si bien se alega que no percibe emolumentos; b) en un futuro próximo podrá ejercer cualquiera de estas actividades profesionalmente o, al menos, está en aptitud de obtener sus propios ingresos e independencia económica; c) la pensión no es de automática concesión a la separación o divorcio, ni ilimitado o absoluto, ni integra un mecanismo igualatorio de economías dispares, bien al contrario cumple la finalidad que origine a uno de los consortes una situación de desequilibrio que se reputa injusto; y d) se atribuye por el plazo de un año, que se reputa correcto por haber transcurrido ya un periodo de tiempo suficiente para adecuarse a la nueva situación familiar en la que sin duda tendrá que hacer frente por sus propios medios y aptitudes a sus necesidades.

La Ponente de esta sentencia es autora de un comentario al artículo 97 CC (*Código Civil comentado*, I, dir. por Ana Cañizares *et alri*, coords. De Pablo y Rosario Valpuesta, Cizur Menor, 2011, pp. 526-533) en la que resume y sintetiza estudios anteriores sobre el tema, ocupándose de la naturaleza del derecho a la pensión, sus caracteres (derecho personal, de naturaleza compensatoria, voluntaria, puede ser temporal), el desequilibrio como presupuesto único de aquella, la forma de determinar el desequilibrio, los diferentes criterios legales, y la actualización. Advierte que la jurisprudencia ha huido siempre de la tentación de atribuir una naturaleza jurídica concreta a la pensión compensatoria, aunque se ha inclinado por

considerar que al no ser un derecho de alimentos, tiene naturaleza reequilibradora. A propósito de la STS de 19 de enero de 2010 se interroga sobre si la actual redacción del artículo 97 CC sigue admitiendo este tipo de interpretación, ya que en su segundo párrafo alude claramente a unos determinados criterios que deben servir al juez para fijar el importe de la pensión. Concluye, sin embargo, que la respuesta debe seguir siendo la misma contenida en la sentencia del Pleno.

Personalmente no creo que el tema esté definitivamente cerrado, pese a la mencionada sentencia del Pleno de la Sala 1.^a Basta consultar la pluralidad de enfoques y las divergencias doctrinales que todavía subsisten (pueden verse en LACRUZ *et alri*, *Elementos*, IV, ed. a cargo de Rams Albesa, Madrid 2005, p. 103-107; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso*, IV, 3.^a ed., Madrid 2011, pp. 184-190, ambos con cita de abundante bibliografía monográfica) (G.G.C.)

33. Alimentos entre cónyuges. Atribución del uso y disfrute del domicilio familiar al hijo incapacitado y a la madre titular de la patria potestad rehabilitada.—La Sala Primera del Tribunal Supremo aborda en su Sentencia dos cuestiones diferentes: Por un lado, la relativa a la valoración del derecho de alimentos entre cónyuges (*ex arts.* 142 y siguientes CC) como algo diferente a la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 CC; por otro el derecho al uso y disfrute de la vivienda familiar por el hijo incapacitado y su madre, titular de la patria potestad rehabilitada, entendiendo que los hijos incapacitados han de ser asimilados a los menores, a los efectos previstos en el artículo 96.1 CC.

En relación con el derecho de alimentos entre cónyuges, el Tribunal Supremo puntualiza que los alimentos constituyen un derecho de carácter asistencial de la persona que los reclama, tal como se deduce de lo establecido en los artículos 142 y 148 CC, centrandó este último la obligación de prestarlos en la necesidad para subsistir de la persona que tenga derecho a percibirlos, y es por ello que cuando acaba la necesidad, se extingue dicha obligación (art. 152 CC). En este sentido, subsistiendo el matrimonio a pesar de la separación, los cónyuges tienen la cualidad de tales y por tanto puede existir esta obligación según dispone el artículo 143, 1.º CC, al establecer que éstos tienen obligación recíproca de prestarse alimentos. Partiendo de esta calificación, que está de acuerdo con lo acordado en la sentencia que decretó la separación, debe mantenerse la sentencia recurrida, que dejó sin efectos la pensión de alimentos a favor de la esposa, al haber quedado acreditado que no existe necesidad de la recurrente.

Por lo que se refiere a la atribución del uso de la vivienda familiar al hijo incapacitado y a la madre titular de la patria potestad rehabilitada, el Tribunal Supremo estima que concurre interés casacional por existir doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales. Conforme al artículo 96.1 CC, el uso de la vivienda se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta Sala ha interpretado esta disposición en el sentido que protege el interés de los menores, que resulta ser el más necesitado de protección en el procedimiento matrimonial (SSTS 659/2011, de 10 octubre; 451/2011, de 21 junio; 236/2011, de 14 abril; y 861/2011, de 18 enero, entre otras). Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el artículo 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapaci-

tados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación. (**STS de 30 de mayo de 2012**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—D. Jesús María y D.^a Aurora contrajeron matrimonio en 1959. Tuvieron dos hijos, Soledad y Eusebio. La separación judicial de los cónyuges se produjo en 1987 pero no llegaron a divorciarse. La sentencia de separación, dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 3.^a, de 9 abril 1987, atribuyó el domicilio conyugal a la esposa mientras durara la convivencia con el hijo y acordó también alimentos a favor de la esposa y del hijo común menor de edad. Posteriormente, el marido solicitó modificación de las medidas acordadas en el proceso de separación, sobre lo que resolvió la sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 22 de Madrid, de 10 febrero 1997, decretando la supresión de los alimentos del hijo, ya mayor de edad y mantuvo los de la esposa y el uso del domicilio familiar.

Durante la tramitación del actual procedimiento el hijo, D. Eusebio, fue incapacitado en 2010, por sufrir una enfermedad mental; la sentencia del Juzgado de 1.^a instancia núm. 95 de Madrid, de 3 diciembre 2010, declaró la incapacidad plena y rehabilitó la patria potestad de la madre. El marido, D. Jesús María, fue también incapacitado de forma parcial en 2011, imponiéndole una curatela para actos de disposición y administración. Antes de ser sometido a curatela, D. Jesús María demandó a D.^a Aurora, pidiendo que se dejaran sin efecto los alimentos acordados a la esposa en la sentencia de separación y la atribución del uso del domicilio, porque la vivienda era de su propiedad exclusiva, la esposa había comprado una casa en propiedad fuera de Madrid, como consecuencia de haber adquirido una herencia y el marido estaba jubilado. D.^a Aurora se opuso a la demanda y alegó, entre otros extremos, la incapacidad del hijo y formuló reconvencción, pidiendo que se acordase una pensión de alimentos para el hijo y que se aumentase su pensión compensatoria.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 22, de Madrid, de 13 enero 2010, estimó la demanda y extinguió el uso de la vivienda y la que denominó pensión compensatoria y no estimó la reconvencción. Respecto a la pensión de la esposa, entendió que se habían modificado las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de dictarse las sentencias de separación y la primera de modificación de medidas, teniendo una solvencia que no tenía, por lo que debía dejarse sin efecto; que no se podía mantener el uso de la vivienda porque la esposa tenía capacidad económica suficiente y porque el interés del hijo no era el más necesitado de protección, ya que «su minusvalía, que no incapacidad legal, no puede

conllevar por sí sola y sine día, preferencia jurídica alguna sobre el uso del inmueble frente al derecho de propiedad que ostenta en exclusiva el demandante» y respecto a la petición de alimentos para el hijo realizada en la reconvencción, no puede pedirse ahora por la madre, ya que debía hacerlo el propio interesado.

La citada sentencia fue recurrida por la esposa, que no obstante confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22, de 22 de marzo de 2011, con apoyo en los siguientes argumentos: por un lado en el hecho de que la pensión concedida a la esposa, de carácter alimenticio y no compensatorio, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 152.3 CC debía extinguirse, como igualmente se habría extinguido de haberse considerado como pensión compensatoria al tener la recurrente sus propios ingresos, lo que implicaba la superación del desequilibrio económico que pudo condicionar la inicial sanción judicial del derecho. Por otro lado, en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar la Audiencia estimó que el derecho de uso de la vivienda no tiene carácter vitalicio, encontrándose, por el contrario, sometido a un necesario condicionante temporal, máxime en supuestos, cual en el caso acaecía, en que la titularidad de dicho bien corresponde exclusivamente al cónyuge no beneficiario del uso, no obstante seguir viviendo el hijo incapacitado en el mismo en compañía de la esposa. Para la Audiencia, debía ponderarse que el derecho de uso sancionado en su momento en favor de ambos se prolongaba ya durante más de veinticinco años, disponiendo ahora la citada progenitora, no sólo de medios económicos propios de los que anteriormente carecía, o eran de escasa cuantía y continuidad, sino también de una vivienda de su titularidad, apta para cubrir, de modo digno, las necesidades cotidianas de alojamiento de madre e hijo.

La esposa formuló el correspondiente recurso de casación que fue admitido parcialmente por el Tribunal Supremo en cuanto al mantenimiento del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar por el hijo incapacitado y la esposa demandante (*P.B.M.*)

34. Ruptura de pareja de hecho. No procede la atribución al hijo y la madre del uso y disfrute de vivienda propiedad del padre que no constituyó el domicilio familiar.—La Sala Primera del Tribunal Supremo sigue en esta sentencia la doctrinal mantenida en Sentencia 248/2012, de 9 de mayo, conforme a la cual en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse, al amparo del artículo 96 CC, viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar. En el presente recurso, los litigantes no habían contraído matrimonio, por lo que la aplicación de esta doctrina exige una argumentación complementaria: La aplicación del artículo 96 CC a las rupturas de convivencias de hecho con hijos exige que se cumplan los mismos requisitos exigidos en la propia disposición, es decir, que constituyan la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código Civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el artículo 70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges. Cuando se trata de una

pareja que convive sin haber contraído matrimonio, la atribución del domicilio familiar se rige por las mismas reglas que en la ruptura matrimonial. Por ello, el juez no puede atribuir a los hijos o a un cónyuge o conviviente un inmueble al que los convivientes no hayan reconocido como domicilio familiar, circunstancia ésta que se daba precisamente en el caso debatido, donde los convivientes habían manifestado que el inmueble sobre el cual se pretendía la atribución del uso y disfrute en ningún momento tuvo tal condición.

Se concluye igualmente que las necesidades de habitación del hijo menor, incluidas en el derecho de alimentos, no necesariamente deben ser satisfechas mediante la atribución de la posesión de un inmueble propiedad del padre, ya que la regulación del derecho de alimentos no exige una solución de este tipo. Consecuencia de lo cual, (STS de 31 de mayo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—D.^a Ofelia y D. Fermín mantuvieron una relación sentimental, con convivencia, desde septiembre de 2006 hasta noviembre de 2008. De esta relación nació su hijo el 1 diciembre de 2007. La pareja estaba domiciliada en Mallorca, donde D. Fermín prestaba sus servicios como profesional del fútbol, hasta que fue contratado por un club turco, en cuyo momento trasladó su domicilio a Estambul, sin que le acompañara D.^a Ofelia. Tras el traslado del recurrente a Turquía, y una vez producida la ruptura de la pareja, D.^a Ofelia y el hijo de ambos pasó a residir en un inmueble propiedad de D. Fermín, en una localidad cercana a Madrid, que nunca llegó a constituir el hogar familiar aunque fue ocupado por la recurrida y su hijo debido a la tolerancia de su propietario D. Fermín.

D.^a Ofelia demandó a D. Fermín, ejercitando acción de reclamación de la guarda y custodia, alimentos y atribución del uso y disfrute del domicilio familiar. En lo relativo a la vivienda, única cuestión que es objeto del recurso de casación, pidió que se le atribuyera el uso y disfrute del inmueble situado en Boadilla del Monte. D. Fermín se opuso alegando que nunca habían convivido en esta vivienda y que su intención al comprarla fue la inversión. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Palma de Mallorca, de 18 de mayo de 2010, estimó en parte la demanda. Atribuyó a D.^a Ofelia la guarda y custodia del hijo de la pareja, estableció un derecho de comunicación y estancias del hijo con su padre; fijó la cuantía de los alimentos y no atribuyó la vivienda porque con independencia de la ocupación posterior a la ruptura no había quedado acreditado que tuviera el carácter de residencia permanente e intencionada que exige el Tribunal Supremo. Por lo tanto, se entendió que no procedía la atribución ex artículo 96.1 CC, al considerarse que la vivienda de Madrid tenía por objetivo cumplir una función ajena a la de propio y verdadero domicilio. D.^a Ofelia apeló la sentencia, que fue revocada por la SAP de Baleares, sección 4.^a, de 17 de febrero de 2011, al entender que la vivienda de Boadilla estaba destinada a constituir domicilio familiar cuando los litigantes y su hijo se establecieran en España, pese a que no llegaron a consolidar dicha voluntad, como consecuencia de la residencia del padre fuera de España y la ruptura de la pareja, considerando igualmente que el interés del menor era que la guarda y custodia la ejerciese la madre y que al residir ésta en España, concretamente

en Madrid, donde también residía su familia era oportuna la atribución del uso de la vivienda citada. Por ello, atendiendo al interés del menor, la Audiencia consideró aplicable la doctrina que considera que se trataría de vivienda familiar, «por estar adscrita al servicio del conjunto familiar satisfaciendo del mejor modo el interés del menor».

D. Fermín presentó recurso de casación, que fue admitido por el Auto del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2011 por entender que la vivienda cuyo uso se discutía, no había sido nunca domicilio familiar. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante frente a la Sentencia, de fecha 17 de febrero de 2011, dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Baleares.

NOTA.—El Tribunal Supremo mantiene en el caso planteado la doctrina emanada de la Sentencia 248/2012, de 9 de mayo, a los efectos de unificar la de las Audiencias Provinciales en esta materia, conforme a la cual, en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar. El supuesto de hecho planteado por esta última Sentencia difería sensiblemente de la de 31 de mayo de 2013, en la medida en que en la misma se debatía sobre la atribución del uso y disfrute a la esposa, de profesión dentista, de un local propiedad del marido, donde aquella venía ejerciendo su profesión. Las razones expuestas en aquella sentencia para desestimar la atribución del uso solicitada se encontraban básicamente, dejando aparte la interpretación literal del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento en los siguientes argumentos: 1.ª La atribución de otras residencias de la familia o de otros locales debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico matrimonial que rija las relaciones entre cónyuges; 2.ª La sentencia que decreta el divorcio o la separación, declara la disolución del régimen. Puede declarar también su liquidación, pero para ello debe seguirse el procedimiento del artículo 806 y siguientes LEC, en defecto de acuerdo previo; 3.ª Cuando los cónyuges se rijan por un régimen de separación de bienes, como ocurría en este caso, no se producen problemas de atribución de bienes, porque los patrimonios están claramente fijados. Por ello, el juez de familia no tiene competencia para atribuir el uso de bienes distintos de aquellos que constituyen la vivienda familiar. Un argumento a favor de esta conclusión la proporciona el artículo 103, 4.ª CC, que permite en medidas provisionales que pueden convertirse en definitivas, señalar qué bienes gananciales hayan de entregarse a cada cónyuge para su administración y disposición, previo inventario y con la obligación de rendir cuentas. Esta regla no es aplicable al régimen de separación de bienes.

En consecuencia, debe formularse la siguiente doctrina, a los efectos de unificar la de las Audiencias provinciales en esta materia: en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

La doctrina expuesta resulta igualmente aplicable en los supuestos de ruptura de convivencias de hecho con hijos, a las que resulta

igualmente aplicable el artículo 96 CC, siempre que se cumplan los mismos requisitos exigidos por tal disposición. (P.B.M.)

35. Capitulaciones matrimoniales después de celebrado el matrimonio: Sustitución del de gananciales por el de separación: Falsedad de la afirmación de no haber bienes gananciales: Nulidad.—El presente litigio versa sobre la petición de declaración de nulidad de unas capitulaciones matrimoniales, estimada en ambas instancias, porque la manifestación de la inexistencia de bienes gananciales en el momento de su otorgamiento fue falsa, como se deduce de la prueba presentada, por lo que debería haberse liquidado el régimen antes de proceder a la separación de bienes. En realidad la sentencia recurrida está implícitamente reconociendo que este negocio fue simulado. Pero al no haberse alegado por la demandante, ahora recurrida, no ha declarado la nulidad por esta causa, sino por concurrencia de una causa falsa. Con esta explicación deben examinarse los motivos del recurso.

Causa en las capitulaciones.—Las capitulaciones matrimoniales son un contrato entre cónyuges relativo a bienes, celebrado sobre el supuesto de la existencia de una economía común del matrimonio. El contenido de los capítulos incluye la regulación total o parcial de esa economía. El matrimonio constituye la base del negocio jurídico de capitulaciones, pero no es su causa en sentido técnico; en definitiva, es un presupuesto de eficacia porque sin matrimonio, las capitulaciones no tienen sentido. Y ello porque los negocios de Derecho de familia tienen unas peculiaridades que no permiten utilizar el concepto general de causa en el sentido del artículo 1261 CC, aunque las capitulaciones deban considerarse como contratos, como lo demuestra el artículo 1335 CC.

Nulidad de las capitulaciones.—Debe confirmarse la sentencia recurrida que declaró nulas las capitulaciones matrimoniales celebradas entre los cónyuges por las siguientes razones: 1.º) Contendían una declaración que ha sido probada como falsa: la de que no existían bienes gananciales. La prueba llevada a cabo demostró que al menos había dos tipos de bienes gananciales, consistentes en unos depósitos bancarios y un inmueble. La disolución sin liquidación del régimen anterior vulnera una de las reglas básicas del cambio de régimen, porque los cónyuges falsearon la realidad, manteniendo de facto el régimen de gananciales. 2.º) Las capitulaciones en sí mismas y el negocio que incluyen relativo al cambio de régimen, no tienen causa onerosa o gratuita, en el sentido que los artículos 1261 y 1274 CC otorgan a la causa. Pero al darse la circunstancia, que se ha declarado probada, de la falsedad de la declaración en relación a la existencia de bienes en el régimen que se disolvía, se deduce la concurrencia de falsedad de la causa en el otorgamiento de las capitulaciones, puesto que se expresan unas razones para el pacto de separación de bienes —la no existencia de gananciales— que no coinciden con la realidad patrimonial de los cónyuges. 3.º) La falta de disolución de la sociedad de gananciales produjo el absurdo del mantenimiento de dos regímenes matrimoniales incompatibles.

Tipo de ineficacia.—En el motivo segundo se cuestiona el tipo de ineficacia que se debería haber aplicado y, como consecuencia, el plazo para el ejercicio de la acción. Se ejercitó la de nulidad y así se ha resuelto en la sentencia recurrida. El artículo 1335 CC establece que la invalidez de las capitulaciones se regirá por las reglas generales de los contratos, por lo que declarada la falta de causa, se produce un defecto estructural de dicho capítulo y el tipo de inefi-

cacia que debe ser aplicado es la nulidad, de aquí que no pueda aplicarse el plazo de caducidad establecido en el artículo 1301 CC, para los casos de anulabilidad.

Los recurrentes reconstruyen la acción ejercitada y pretenden montar el argumento sobre la anulabilidad, que niegan porque existió consentimiento. Pero olvidan los argumentos de la sentencia recurrida e introducen una serie de argumentos artificiosos sobre una base falsa, lo que ocurre también con la cuestión relativa a los pretendido actos de confirmación de las capitulaciones efectuados, a su entender por la esposa demandante, con lo que introducen una cuestión nueva, lo que está vedado en casación (STS 13 de marzo de 2012), y, además, no respetan el resultado de la prueba, por lo que están haciendo supuesto de la cuestión.

Inaplicación del artículo 1324 CC.—Según la doctrina más extendida, el artículo 1324 CC recoge la antigua doctrina sobre la confesión de la dote, de modo que, frente a la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC, se introduce un medio de destruir la presunción, permitiendo la confesión por parte de uno de los cónyuges de que los bienes son propiedad del otro. Pero nada de esto ocurrió en el actual litigio: 1.º) No hay ninguna confesión clara de reconocimiento de que determinados bienes sean propiedad de uno o de otro; la negación de la propia existencia de bienes gananciales no puede considerarse como una confesión, porque falta el elemento esencial, es decir, el reconocimiento de un cónyuge de que los bienes son del otro; 2.º) Lo que se declaró fue que no había bienes gananciales; y 3.º) La parte que sostiene que sí había gananciales estaba obligada a obtener la nulidad de los capítulos para poder pedir la liquidación, porque la apariencia creada solo podía destruirse con la declaración de nulidad y para ello no es definitiva la compleja argumentación sobre la confesión. **(STS de 18 de junio de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En fecha no determinada se contrae un matrimonio sin celebrar capitulaciones en el que el marido aporta dos hijos de un matrimonio anterior. El 11 de julio de 2000 otorgan capitulaciones, pactando el régimen de separación de bienes, y manifiestan literalmente: «II. Que la sociedad conyugal formada por los comparecientes no tiene en el día de hoy bienes de carácter ganancial. III. Y que al amparo de lo que dispone el artículo 1392.4 CC, los comparecientes han resuelto modificar el régimen económico de su consorcio matrimonial, para que en adelante quede sometido al régimen de absoluta separación de bienes». Consta que el mismo día, ante el mismo notario, y mediante escritura de número correlativo siguiente a la antes aludida, ambos cónyuges constituyen una sociedad limitada, aportando metálico en una cuenta que iba a ser de la sociedad. Los cónyuges se separaron en marzo de 2004 y el marido falleció intestado el 18 mayo del mismo año, siendo declarados herederos abintestato ambos hijos. Constan además diversas enajenaciones de bienes, presuntamente comunes, del padre a los hijos a partir del año 2000, cuya nulidad insta simultáneamente la viuda, acciones que el Juzgado de Primera Instancia declaró indebidamente acumuladas.

NOTA.—Conflicto habitual cuando el bínubo trata de beneficiar abiertamente con su patrimonio a los hijos del primer matrimonio, en detrimento de la segunda esposa. No parece que la modificación capitular de 2000 tuviera directa relación con la separación sobreve-

nida cuatro años más tarde, sino que existe más bien un plan –en apariencia, torpemente urdido– para eliminar *à tout prix* la presencia de bienes gananciales, en el que colabora, no sabemos si consciente o inconscientemente, la esposa perjudicada. Ocurre sin embargo que el Tribunal Supremo ha tenido que afrontar uno de los problemas más oscuros del régimen capitular codicial, obligando a la Sala a realizar afirmaciones un tanto contradictorias. Afirma LACRUZ (*Elementos*, IV, Madrid 2005, p. 136): «A lo que creo, en nuestro Derecho positivo no puede hablarse propiamente de causa de los capítulos, que son un *instrumentum* capaz de contener estipulaciones en cuanto *negotium*, radicalmente influidas por un matrimonio que es su presupuesto y base, pero no su causa. Sobre todo, en el actual régimen la posibilidad de capítulos postnupciales elimina cualquier papel protagonista de la boda». Más adelante, el propio autor, al tratar de los casos de invalidez de los capítulos, no incluye coherentemente la falta de causa (p. 146). Tampoco lo hace en concreto MARTÍNEZ DE AGUIRRE (*Curso*, IV, Madrid 2011, p. 217) limitándose a afirmar genéricamente que las capitulaciones matrimoniales podrán ser nulas o anulables en los mismos casos y por las mismas causas que los contratos. La sentencia extractada en su 5.º FD reitera y ratifica la citada postura de Lacruz, aunque afirma la concurrencia de falsedad de la causa en el otorgamiento de las capitulaciones, puesto que se expresan unas razones para el pacto de separación de bienes que no coinciden con la realidad patrimonial de los cónyuges.

A mi juicio aquí hay un problema de interpretación negocial, y acaso podría defenderse que se trata de un motivo determinante de las capitulaciones elevado a condición suspensiva expresado en los siguientes términos: «Dado que no existen bienes gananciales pactamos la separación». El cambio de régimen no tiene que justificarse, ni siquiera explicarse, sino que corresponde a la autonomía negocial de los cónyuges; pero cabe someterlo a condición suspensiva. En sentido impropio podría hablarse de un «motivo causalizado» convertido en una determinación accesoria de la voluntad, y al no darse en la realidad produce la ineficacia del negocio. La sentencia invoca el principio de que un matrimonio no puede simultáneamente estar sujeto a dos regímenes económicos diversos, y por ello sugiere que hubiera sido más correcto técnicamente acudir al negocio simulado. La realidad demostró que la mujer había sido muy perjudicada económicamente por el cambio de capitulaciones, que, sin embargo, había consentido lisa y llanamente. La solución parece equitativa pero la argumentación no convence del todo (*G.G.C.*)

DERECHO MERCANTIL

36. Derecho de adquisición preferente en caso de fallecimiento de socio. La valoración del auditor.—A partir de los artículos 110 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 353.1 CCO, se desprende que el valor de las acciones y participaciones que debe tomarse en consideración en estos supuestos es el valor razonable y no el valor fijado por el auditor designado, coincida o no con el razonable.

El cumplimiento del procedimiento fijado en la ley para la designación del auditor garantiza la independencia del mismo y la titulación adecuada para la función que se le asigna, pero no prejuzga el acierto del informe.

El auditor es un arbitrador legal que, a diferencia del árbitro (encargado de dirimir una cuestión entre las partes), desempeña una función por encargo de las partes.

El auditor no tiene libertad para fijar el valor que considere procedente y con independencia de que fuere razonable o no, ya que la ley excluye el *mero arbitrium* e impone el deber de estar a lo razonable de acuerdo con las reglas de la ciencia exigibles en el desempeño del encargo. Lógica consecuencia de lo anterior es que la valoración efectuada por el auditor sea susceptible de impugnación ante los tribunales. (STS de 18 de mayo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—En el caso concreto se constata el error en la fecha tenida en cuenta por el auditor nombrado para fijar el valor de las participaciones de un socio fallecido. La sentencia de instancia, en lugar de fijar el valor razonable de las participaciones en la fecha correcta, trata de deducir cuál sería el valor que habría fijado el auditor en el caso de que hubiese valorado las participaciones a dicha fecha y, dada la total ausencia de datos útiles a tal fin en el informe del citado auditor, extrapola los manejados en el dictamen emitido por el perito judicial, sin ponderar ni la racionalidad del método, ni la razonabilidad del resultado. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por los herederos del socio fallecido y asume la instancia. (B. G. F.)

37. Derecho concursal. Interpretación de las normas anteriores a la LC.—La LC respeta con carácter general la regla de la irretroactividad. Su disposición transitoria primera se refiere a los procedimientos seguidos conforme a la legislación derogada que estuvieran en trámite en el momento de la entrada en vigor de la Ley 22/2003 y establece que dichos procedimientos continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior. Sin embargo, ello no es óbice para que el Tribunal Supremo afirme, siguiendo su anterior STS de 16 de septiembre de 2010, que ambas normas, las que hacían referencia a los procedimientos concursales derogados y la LC vigente en la actualidad, deban interpretarse conjuntamente, de manera sistemática, para cumplir así una verdadera función normativa sobre la materia. Por tanto, no basta con aplicar la norma derogada, como impondría la regla general de la irretroactividad de la nueva, sino que la aplicación ha de dirigirse a la finalidad perseguida por la Ley 22/2003 y ha de respetar el espíritu en que se inspira la misma. (STS de 21 de mayo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La mercantil I, como titular de crédito contra una sociedades quebradas, alegó en la demanda que éstas habían incumplido el convenio que habían alcanzado con sus acreedores en la tramitación del procedimiento de quiebra, en los términos aprobados judicialmente. Al hallarse en tramitación la quiebra cuando entró en vigor la Ley 22/2003, la demandante, con apoyo en la dis-

posición transitoria primera, apartado segundo de esta norma, solicita la resolución del convenio.

Tal pretensión fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Palma de Mallorca, en su sentencia de 9 de noviembre de 2007, y posteriormente, en resolución del recurso de apelación, por la sentencia de 8 de octubre de 2008 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 5.ª Ambos órganos entendieron que la regla específica pactada por las deudoras y acreedoras para el supuesto de que aquellas no pagasen las deudas en el plazo señalado debía cumplirse.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la actora contra la sentencia de segunda instancia. Entiende que dicha sentencia, al desestimar la pretensión de la recurrente de la apertura de la fase de liquidación conforme a las normas de la Ley 22/2003, no tuvo en cuenta la disposición adicional primera de la LC, que manda interpretar la legislación derogada a la luz del espíritu y finalidad de la vigente, y la disposición transitoria primera, apartado 2, que impone abrir de oficio la fase de liquidación, en los términos que la LC regula, una vez firme la resolución judicial que declare el incumplimiento del convenio. Por ello, el Tribunal Supremo estima el recurso de apelación interpuesto en su día por la mercantil I contra la sentencia de primera instancia, la cual se deja sin efecto, con estimación de la demanda, declarando resuelto por incumplimiento el convenio alcanzado entre las deudoras quebradas y sus acreedores en el procedimiento de quiebra.

NOTA.—Publicada en el BOE el 10 de julio de 2003, la Ley Concursal tuvo una *vacatio legis* superior al año. Salvo en relación a la modificación de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevista en la disposición final tercera (vigente desde el día siguiente al de su publicación en el BOE), la Ley entró en vigor el 1 de septiembre de 2004 (disposición final trigésimo quinta). El apartado segundo de la disposición transitoria primera, con el título «Procedimientos concursales en tramitación», declara «Los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior, sin más excepciones que las siguientes (...) (2) La resolución judicial que declare el incumplimiento de un convenio aprobado en cualquiera de los procedimientos concursales a que se refiere esta disposición transitoria y gane firmeza después de la entrada en vigor de esta ley producirá la apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación regulada en ella. Conocerá de este concurso el mismo juzgado que hubiere tramitado el precedente procedimiento concursal». (G.M.A.)

38. Concurso de acreedores. Retroacción de la quiebra: inexigibilidad de fraude.—Ni el artículo 878.2.º CCO ni la jurisprudencia que lo aplica, ya sea utilizando criterios «rigoristas», ya «flexibles», exigen que los actos perjudiciales para la masa activa de la quiebra —o del concurso— tengan finalidad fraudulenta.

Transacción homologada judicialmente: naturaleza contractual.—La homologación judicial no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes, sea judicial o extrajudicial, por lo que sus efectos no pueden identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada. (STS de 5 de junio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—En 1981 doña Tamara heredó el patrimonio de su difunto esposo, don Pedro. En 1989 se declara judicialmente que doña Apolonia era hija no matrimonial y heredera única abintestato del fallecido don Pedro. Asimismo se reconoce a favor de doña Tamara el usufructo de un tercio del caudal relicto; y se la condena judicialmente a rendir cuentas y a entregar a la heredera los bienes de la herencia. En diciembre de 1998 doña Tamara y doña Apolonia, alcanzaron un acuerdo transaccional por el que: a) la viuda y usufructuaria reconoció adeudar a la heredera 1.143.038.075 pesetas; b) ambas litigantes fijaban el valor del usufructo en 500.000.000 pesetas; c) para el pago de parte de la deuda la usufructuaria liquidó el usufructo sobre los bienes de la herencia, por lo que, hechas las oportunas compensaciones, la deuda quedó reducida a 643.038.075 pesetas; y d) se fijó a favor de doña Tamara y a cargo de doña Apolonia una pensión alimenticia por importe de 350.000 pesetas mensuales. En la misma fecha del acuerdo transaccional doña Tamara otorgó escritura de venta de varios inmuebles a favor de doña Apolonia cuyo precio fue pagado mediante compensación convencional de deudas entre las partes. Posteriormente, doña Tamara, sobre cuyos bienes desde 1992 pesaban varios embargos, fue declarada en quiebra necesaria por auto de 20 de junio de 2000. La retroacción se fijó a fecha 1 de junio de 1998. La masa pasiva de la quiebra ascendió a 1.234.206,51 euros mientras la masa activa quedó reducida a la pensión alimenticia pactada en la transacción. Ante esta situación la Sindicatura de la quiebra de doña Tamara, presenta demanda solicitando la nulidad del acuerdo transaccional y de las compraventas otorgadas por doña Tamara a favor de doña Apolonia. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia estiman parcialmente la demanda en lo relativo a las nulidades solicitadas. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—En el caso que nos ocupa el fundamento de la retroacción de la quiebra se halla en que la codemandada doña Tamara dispuso de todo su patrimonio (incluido su derecho de usufructo y todos los inmuebles de su propiedad) en favor de la otra codemandada, doña Apolonia, en cumplimiento de una sola obligación y en favor de un solo acreedor, desatendiendo los créditos de los demás acreedores, con evidente perjuicio del principio *par conditio creditorum*. (C.O.M.)